

# INDICE

Página

## ARTÍCULOS

- El saneamiento y la liquidación de entidades de crédito en el ordenamiento comunitario. *Cristobal Espín Gutiérrez* . . . . . 7
- Prenda *omnibus*, prenda rotativa de acciones y garantía flotante. *Abel B. Veiga Copo* . . . . . 33

## CRÓNICA

- El impacto de la Unión Económica y Monetaria sobre los contratos financieros internacionales. *Manuel E. Morán García* . . . . . 75

## JURISPRUDENCIA

- La responsabilidad de las entidades financieras por errores en la aportación de datos a los registros de morosos. *Daniel Rodríguez Ruiz de Villa* . . . . . 103
- Interpretación extensiva de la reserva legal de la denominación *banco* a favor de las entidades de crédito. *Rita Largo Gil* . . . 125
- Los fondos internos de previsión social de las entidades financieras. *Alberto Javier Tapia Hermida* . . . . . 159

## NOTICIAS

1.	Nueva normativa norteamericana en materia de derivados. <i>Emilio Díaz Ruiz</i> .....	199
2.	Decisión marco europea en cuanto a la ejecución de resoluciones de embargo preventivo y de aseguramiento de pruebas. <i>Jaime Baillo Morales</i> .....	202
3.	Propuesta de Directiva sobre mediación en los seguros privados. <i>Rocio Quintáns Eiras</i> .....	204
4.	Los compromisos por pensiones y obligaciones similares de las entidades de crédito tras la nueva regulación del Banco de España. <i>Fernando García Martínez</i> .....	210
5.	Reforma de la Ley 1/1991, de 4 de enero, de las Cajas de Ahorro de Aragón. <i>María José Rodríguez Docampo</i> .....	216
6.	Actividades de control en relación con el Banco de España. <i>Julio Fernández-Sanguino Fernández</i> .....	221
7.	Modernización de la Directiva sobre servicios de inversión: comunicación de la Comisión de 15 de noviembre de 2000. <i>Alberto J. Tapia Hermida</i> .....	227
8.	Determinación comunitaria de los mercados regulados sometidos a la normativa en materia de servicios de inversión. <i>Jaime Baillo Morales</i> .....	229
9.	Modificación de la Directiva comunitaria relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales. <i>Alfonso Guilarte Gutiérrez</i> .....	230
10.	Directiva 2000/46/CE sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y a su ejercicio así como a la supervisión cautelar de dichas entidades. <i>María José Rodríguez Docampo</i> .....	233
11.	Resolución comunitaria para una más eficaz regulación del mercado europeo de valores negociables. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i> .....	238

## BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía .....	243
--------------------	-----

---

# ARTÍCULOS

---

# EL SANEAMIENTO Y LA LIQUIDACIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO EN EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

CRISTOBAL ESPÍN GUTIÉRREZ  
*Profesor Titular de Derecho Mercantil  
Universidad Complutense*

---

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. ÁMBITO DE APLICACIÓN.
- III. SANEAMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO COMUNITARIAS.
  - 1. Competencia administrativo-judicial comunitaria y su reconocimiento.**
    - A) Competencia orgánica.
    - B) Poder de actuación de los administradores y liquidadores.
  - 2. Competencia legislativa y regulación material de ciertas operaciones.**
    - A) Regla general: la ley del Estado de origen y la *par conditio creditorum*.
    - B) Excepciones a la regla general.
    - C) Regulación material de ciertas operaciones.
  - 3. Régimen procedimental.**
    - A) Deberes de información entre las autoridades competentes.
      - a) *Información a las autoridades competentes del Estado miembro de acogida.*
      - b) *Información a las autoridades competentes del Estado miembro de origen.*

- B) Derecho de presentación de créditos.
- C) Publicidad.
  - a) *Publicación.*
  - b) *Deber de información hacia los acreedores conocidos.*
  - c) *Régimen lingüístico.*
  - d) *Inscripción en registros públicos.*
- D) Liquidación voluntaria.
- E) Secreto profesional.

IV. SANEAMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO NO COMUNITARIAS.

V. ENTRADA EN VIGOR DE LAS DISPOSICIONES NACIONALES.

---

## I. INTRODUCCIÓN

El Parlamento Europeo y el Consejo han adoptado el 4 de abril de 2001 la Directiva 2001/24/CE, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito <sup>(1)</sup>.

La regulación de los institutos concursales en el ámbito del Derecho mercantil internacional <sup>(2)</sup>, que históricamente ha tenido un desarrollo lento, ha progresado notablemente en los últimos años. Este fenómeno ha sido semejante, pero más acentuado, si el ámbito al que lo referimos es el de las entidades de crédito <sup>(3)</sup>.

Las distintas crisis económicas padecidas y el fenómeno de la globalización económica han propiciado el desarrollo de proyectos de regulación internacional de las situaciones de insolvencia transnacionales en los últimos años.

---

(1) DO L 125 de 5.5.2001, pp. 15 y ss.

(2) Vid. amplia bibliografía en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho Mercantil Internacional*, 2.ª ed., Madrid, 1995, p. 657, nota 1 y también en CALVO CARAVACA, A.L., "Problemas y tendencias del Derecho concursal internacional", *CDC* n.º 15, Madrid, 1994, p. 13.

(3) En abril de 1997 el Comité de Basilea (Comité de Ordenación Bancaria y Procedimientos de Supervisión) publicó los "Principios esenciales para una supervisión bancaria efectiva". Entre sus recomendaciones destacaba la ausencia de referencias al régimen de las crisis financieras. (Vid. ZUNZUNEGUI, F., *Derecho del Mercado Financiero*, 2.ª ed., Madrid, 2000).

El tema de la insolvencia estuvo ausente de los trabajos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI - UNCITRAL) desde que en 1968, en el 1.º período de sesiones, se esbozó su agenda inicial, hasta 1995 <sup>(4)</sup> (28.º período de sesiones) en que se creó un grupo de trabajo para esta materia. Fruto del mismo ha sido la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre insolvencia transfronteriza de 30 de mayo de 1997 <sup>(5)</sup>. De su ámbito de aplicación se prevé la exclusión de las entidades sometidas a un régimen especial, como son las entidades bancarias y de seguros (art. 1.º 2).

El artículo 220 <sup>(6)</sup> del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957 preveía que los Estados miembros entablarían negociaciones para asegurar, en favor de sus nacionales, la simplificación de las formalidades relativas al reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales. En cumplimiento de este mandato se concluyó el Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil <sup>(7)</sup>, el 27 de septiembre de 1968, y se aprobó el Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil <sup>(8)</sup>. Ambos textos han excluido de su ámbito de aplicación a la quiebra, a los convenios entre quebrados y acreedores y a los demás procedimientos análogos (art. 1.º 2). Estas exclusiones han justificado la aparición encadenada de textos normativos concursales en el marco europeo, cada

<sup>(4)</sup> Vid. OLIVENCIA, M., "El tema de la insolvencia en la agenda de UNCITRAL", *RDBB* n.º 62, Madrid, 1996, pp. 411 y ss.

<sup>(5)</sup> ESPLUGUES, C., "La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza, de 30 de mayo de 1997: ¿de la hambruna al exceso?", *CDC* n.º 27, Madrid, 1998, pp. 47 y 48 y texto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza publicada en *CDC* n.º monográfico 1997, pp. 461 y ss.

<sup>(6)</sup> Es el actual art. 293 del Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht (7 de febrero de 1992) en versión consolidada con los cambios efectuados por los Tratados de Amsterdam (2 de octubre de 1997) y de Niza (26 de febrero de 2001).

<sup>(7)</sup> DO L 299 de 31.12.72, pp. 32 y ss. modificado por los Convenios de adhesión a dicho Convenio. Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho Mercantil...*, ob. cit., p. 663; BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "Proyecto de Convenio sobre quiebras, convenios de quiebra y procedimientos análogos", en *Tratado de Derecho comunitario europeo*, T. III, dirigido por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y S. MUÑOZ MACHADO, Madrid, 1986, pp. 827 y ss. y GARCÍA VILLAVERDE, R., "El Derecho concursal comunitario", *Documentación administrativa*, n.º 202, 1984, pp. 145 y ss.

<sup>(8)</sup> DO L 012 de 16.01.2001, pp. 1-23. Este Reglamento entrará en vigor el 1 de marzo de 2002 y en general sustituirá, entre los Estados miembros, a las disposiciones del Convenio de Bruselas de 1968.

vez con un mayor nivel de eficacia, como son: el Convenio europeo sobre ciertos aspectos internacionales de la quiebra, firmado en Estambul el 5 de junio de 1990; el Convenio de Bruselas sobre procedimientos de insolvencia de 23 de noviembre de 1995 <sup>(9)</sup>; y, finalmente, el Reglamento (CE) n.º 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia <sup>(10)</sup>, que entrará en vigor el 31 de mayo de 2002 (art. 47).

Tanto los Convenios de Estambul (art. 1.º 1) y de Bruselas (art. 1.º 2), como el Reglamento (CE) n.º 1346/2000 excluyen de su ámbito de aplicación los procedimientos referidos a las entidades de crédito y de seguros, al estar sometidas a regímenes especiales en el Derecho interno de cada Estado <sup>(11)</sup>.

En este contexto histórico es en el que hay que situar la Directiva 2001/24/CE, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito, objeto de este estudio. Aunque los primeros pasos de esta Directiva se remontan a 1985 <sup>(12)</sup>, ha sido necesario esperar hasta el año 2000 para que se produjera el impulso decisivo en su proceso de elaboración <sup>(13)</sup>.

Esta disposición ha de encuadrarse dentro del ordenamiento comunitario en un doble contexto normativo: por un lado atendiendo a su objeto, las medidas de saneamiento y los procedimientos de liquidación, y por otro al sujeto, las entidades de crédito.

---

<sup>(9)</sup> Vid. ESPLUGUES, C., "Eficacia en España de los procedimientos concursales iniciados en el extranjero, análisis del Anteproyecto de Ley concursal, de 12 de diciembre de 1995, en relación con el Convenio de Bruselas, a los procedimientos de insolvencia", *RDBB* n.º 68, Madrid, 1997, p. 1123, nota 6, y p. 1149 y texto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza publicada en *CDC...*, ob. cit., p. 427.

<sup>(10)</sup> DO L 160 de 30.6.2000, pp. 1 y ss.

<sup>(11)</sup> También en la Ley Modelo sobre insolvencia transfronteriza de UNCITRAL se contempla la exclusión de las entidades de crédito y de seguros (art. 1.º 2).

<sup>(12)</sup> El 19 de diciembre de 1985, la Comisión transmitió al Consejo una propuesta de Directiva relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito y los sistemas de garantías de depósito (DO C 356 de 31.12.1985, p. 55 y DO C 36 de 8.2.1988, p. 1). El 13 de marzo de 1987 el Parlamento Europeo emitió su dictamen (DO C 99 de 13.4.1987, p. 211), confirmado el 2 de diciembre de 1993 en primera lectura (DO C 342 de 20.12.1993, p. 30).

<sup>(13)</sup> El Consejo de la Unión Europea aprobó el 17 de julio de 2000 la Posición Común (CE) n.º 43/2000, con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo (DO C 300 de 20.10.2000, pp. 13 y ss.). El 16 de enero de 2001 el Parlamento Europeo ha aprobado una Resolución legislativa (procedimiento de codecisión: segunda lectura) con 13 enmiendas a la Posición Común. La Comisión ha emitido un dictamen el 8 de marzo de 2001 sobre las enmiendas del Parlamento por el que modifica la propuesta de la Comisión al aceptar las enmiendas, "sin que tenga razones para oponerse a mejorar la redacción si así lo deseara una mayoría cualificada en el Consejo". Finalmente la Decisión del Consejo es de 12 de marzo de 2001.

En su aspecto objetivo esta Directiva ha de encajarse y coordinarse con el Reglamento (CE) n.º 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia. La desaparición en la Unión Europea de las fronteras comerciales, la libre circulación de personas, bienes y capitales y la implantación de la moneda única hacen imprescindible el contar con disposiciones concursales que den solución a los conflictos que aparecen por la frecuente existencia de elementos extranjeros en las crisis empresariales. El buen funcionamiento del mercado interior exige que los procedimientos concursales transfronterizos se desarrollen de forma eficaz y efectiva, mediante la adecuada coordinación de medidas.

El Reglamento (CE) n.º 1346/2000, disposición comunitaria directamente aplicable en los Estados miembros, regula la competencia judicial, el reconocimiento y efectos de las resoluciones dictadas en los procedimientos de insolvencia y el derecho aplicable (competencia legislativa). Expresamente se excluye de su ámbito a los procedimientos de insolvencia relativos a las entidades de crédito, a las entidades aseguradoras, a las empresas de inversión que presten servicios que impliquen la posesión de fondos de valores negociables de terceros, y a los organismos de inversión colectiva (art. 1.º 2), en atención a sus regímenes especiales y a las amplias competencias de intervención que tienen las autoridades nacionales de control (Considerando 9.º).

Con el propósito de mantener la coherencia de la legislación comunitaria y adaptar la normativa específica del sector bancario a la regulación general, la Directiva 2001/24/CE, relativa al saneamiento y a la liquidación de entidades de crédito, acoge numerosas disposiciones basadas en este Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia.

La última fase de elaboración de esta Directiva ha coincidido con la correspondiente a la Directiva 2001/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las compañías de seguros <sup>(14)</sup>. Las semejantes características normativas entre ambos sectores han motivado el que se hayan adoptado soluciones similares en abundantes casos.

En el ámbito subjetivo esta Directiva 2001/24/CE, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito, es coherente con los principios que inspiran la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio <sup>(15)</sup>, que codifica un amplio conjunto de Directivas existentes sobre

---

(14) DO L 110, de 20.4.2001, pp. 28 y ss.

(15) DO L 126 de 26.5.2000, pp. 1 y ss. modificada por la Directiva 2000/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000 (DO L 275 de 27.10.2000, pp. 37 y ss.).

esta materia y sector <sup>(16)</sup>; y que concibe a la entidad de crédito y a sus sucursales bajo una perspectiva unitaria, sometida a la supervisión de las autoridades competentes del Estado en que se haya expedido la autorización, que es válida para el conjunto de la Comunidad. Este criterio de unidad ha de regir, como regla general, el régimen de adopción de medidas de saneamiento y de incoación de procedimientos de liquidación.

La Directiva 94/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 1994, relativa a los sistemas de garantía de depósitos <sup>(17)</sup>, al haber establecido el principio de adhesión obligatoria de las entidades de crédito al sistema de garantía del Estado miembro de origen, ha facilitado el reconocimiento mutuo de las medidas de saneamiento y de los procedimientos de liquidación de las entidades de crédito.

La Directiva 2001/24/CE, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito, se divide en cinco títulos, dedicados respectivamente: a la delimitación del ámbito de aplicación y definiciones, a las medidas de saneamiento, a los procedimientos de liquidación, a las disposiciones comunes a las medidas de saneamiento y a los procedimientos de liquidación, y por último a las disposiciones finales.

## II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Desde el punto de vista subjetivo esta Directiva va dirigida por un lado a las entidades de crédito comunitarias, abarcando a las sucursales <sup>(18)</sup> situadas en Estados miembros distintos de aquél en que se encuentra su domicilio social; y, por otro, a las sucursales de entidades de crédito cuyo domicilio social está fuera de la Comunidad y que tengan como mínimo sucursales en dos Estados miembros (art. 1.º).

El ámbito objetivo abarca las medidas de saneamiento y los procedimientos de liquidación. El método de delimitación se basa en la enunciación de unas definiciones (art. 2.º), eliminando el sistema de enumeración exhaus-

---

(16) Vid. Considerando 1 y art. 67 dedicado a las Directivas derogadas.

(17) DO L 135 de 31.5.1994, pp. 5 y ss.

(18) Vid. la definición de entidad de crédito y sucursal en los puntos 1 y 3 respectivamente del art. 1.º de la Directiva 2000/12/CE, y las excepciones previstas en el art. 2.º 3 de la misma.

tiva de modalidades vigentes en los diferentes Estados de la Unión Europea <sup>(19)</sup>.

Las medidas de saneamiento <sup>(20)</sup> se definen por la concurrencia de dos requisitos: que estén encaminadas a preservar o restablecer la situación financiera de una entidad de crédito y que puedan afectar a los derechos preexistentes de terceros. En concreto, se especifica en aquellas que supongan la posibilidad de suspender pagos, la suspensión de medidas de ejecución o la reducción de créditos.

Los procedimientos de liquidación son aquellos procedimientos colectivos incoados y controlados por las autoridades administrativas o judiciales o cualesquiera otras autoridades competentes de un Estado miembro, cuyo fin sea liquidar activos bajo supervisión de esas autoridades, incluso cuando concluyan mediante convenio u otra medida análoga. La decisión de incoar un procedimiento de liquidación a una entidad de crédito supondrá que deba revocarse su autorización (art. 12.1).

### III. SANEAMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO COMUNITARIAS

#### 1. Competencia administrativo-judicial comunitaria y su reconocimiento

##### A) Competencia orgánica

Esta Directiva acoge el principio de unidad y universalidad <sup>(21)</sup> para la adopción de las medidas de saneamiento y la incoación de los procedimientos de liquidación.

---

(19) Se ha optado por elaborar unas definiciones y suprimir los anexos incluidos en la Propuesta de Directiva de 1985, en que se enumeraban las actuaciones de este tipo contempladas en las distintas legislaciones nacionales. Esta omisión se justifica, entre otras razones, en la dificultad que supondría incorporar a la Directiva los cambios que se produjeran en las legislaciones nacionales. Ejemplo de las dificultades de mantener una lista en vigor de actuaciones de saneamiento y procedimiento de liquidación de cada Estado vid. ESPÍN GUTIÉRREZ, C., "La competencia para decidir el aumento del capital social en el ordenamiento comunitario", *RDBB*, n.º 65, Madrid, 1997, p. 294.

(20) Sobre medidas de saneamiento y liquidación de entidades de crédito en el ordenamiento español vid. ZUNZUNEGUI, F., *Derecho del Mercado...*, ob. cit., pp. 369 y ss. y bibliografía en pp. 386 y 387.

(21) El principio de unidad y universalidad, en el ámbito concursal internacional, supone que la autoridad judicial del Estado en que el deudor tiene su domicilio o sede tiene competencia exclusiva para declarar la apertura del procedimiento concursal y sus decisiones son reconocidas por los Estados en que se hallen los bienes del quebrado; a su vez la quiebra queda sometida a una sola ley, pretendiendo dar una igualdad de trato a los acreedores con independencia de la nacionalidad (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho Mercantil...*, ob. cit., pp. 665 y ss.).

Debido a las dificultades en armonizar la normativa relativa a las medidas de saneamiento de los Estados miembros, se ha optado por el sistema de reconocimiento mutuo de las que cada uno de ellos adopten para restaurar la viabilidad de las entidades que hayan autorizado. En base a este reconocimiento las autoridades administrativas o judiciales del Estado miembro de origen serán las únicas facultadas para decidir sobre la aplicación de medidas de saneamiento a una entidad de crédito, incluidas sus sucursales situadas en otro Estado miembro (art. 3.º 1). El Estado miembro de origen no tiene obligación de consultar a las autoridades del Estado miembro de acogida sobre las repercusiones de una medida de saneamiento. El Estado miembro de acogida no puede dictar medidas de saneamiento sobre las sucursales en él establecidas, lo que supone la aplicación más pura del principio de unidad y universalidad.

A falta de medidas de saneamiento, o en caso de fracaso de éstas, las entidades de crédito en crisis deben ser liquidadas. La igualdad de trato entre los acreedores exige que la entidad de crédito se liquide también atendiendo al principio de unidad y de universalidad. Conforme al cual, y coherentemente con el principio de reconocimiento mutuo de las autorizaciones y de los sistemas de supervisión prudencial <sup>(22)</sup>, las autoridades administrativas o judiciales del Estado miembro de origen serán las únicas autorizadas para decidir la incoación de los procedimientos de liquidación de una entidad de crédito, incluidas sus sucursales, y para liquidar los bienes de la entidad de crédito situados en otros Estados miembros (art. 9.º 1). Estos procedimientos se reconocerán, sin necesidad de otras formalidades, en los demás Estados miembros y producirán en ellos los mismos efectos que en el Estado miembro de incoación (art. 9.º 1). De esta forma estas decisiones alcanzan una eficacia extraterritorial <sup>(23)</sup>.

En esta Directiva, al contrario del Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, no está prevista la posibilidad de procedimientos secundarios de insolvencia <sup>(24)</sup>.

---

<sup>(22)</sup> El reconocimiento mutuo de las autorizaciones y de los sistemas de supervisión prudencial han sido elementos básicos para alcanzar el sistema de concesión de una autorización única, válida en toda la Comunidad, y la aplicación del principio de supervisión por el Estado miembro de origen (vid. Considerando 7 de la Directiva 2000/12/CE). Sobre el concepto de reconocimiento mutuo vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Resolución comunitaria sobre el principio del reconocimiento mutuo", *RDBB* n.º 80, Valladolid, 2000, pp. 284 y ss.

<sup>(23)</sup> Sobre la eficacia de los concursos extranjeros en España vid. ESPLUGUES, C., "Eficacia...", ob. cit., pp. 1131 y ss.

<sup>(24)</sup> Vid. Capítulo III (arts. 27 a 38) del Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia.

## B) Poder de actuación de los administradores y liquidadores

Los administradores y los liquidadores estarán facultados para ejercer en el territorio de todos los Estados miembros todos los poderes que pueden ejercer en el territorio del Estado miembro de origen <sup>(25)</sup>. Podrán designar a personas para que les asistan o les representen en los Estados miembros de acogida, especialmente para facilitar la solución de las dificultades que pudieran encontrar los acreedores del Estado miembro de acogida (art. 28.2) <sup>(26)</sup>.

La Directiva no tiene por fin ampliar los poderes ejecutivos o judiciales del Estado miembro de origen, por ello el administrador o liquidador deberá respetar la legislación de los Estados miembros en cuyo territorio quieran actuar, en particular en lo relativo a las modalidades de realización de bienes y a la información a facilitar a los trabajadores asalariados. Los poderes no pueden incluir el uso de la fuerza, ni la facultad de pronunciarse sobre un litigio o controversia (art. 28.3) <sup>(27)</sup>.

El nombramiento de un administrador o de un liquidador quedará acreditado mediante la presentación de una copia legalizada de la decisión del nombramiento o por cualquier otro certificado expedido por la autoridad administrativa o judicial de Estado miembro de origen. Podrá exigirse su traducción a la lengua o a una de las lenguas oficiales del Estado miembro en cuyo territorio quiera actuar el administrador o liquidador, sin que se exija ninguna legalización u otra formalidad (art. 28.1) <sup>(28)</sup>.

---

(25) Este reconocimiento del nombramiento de la persona encargada de gestionar las medidas de saneamiento o los procedimientos de liquidación y de sus poderes en todos los demás Estados miembros es un elemento esencial para la aplicación de las decisiones tomadas en el Estado miembro de origen.

(26) Esta disposición se ajusta a lo dispuesto en el art. 18.1 del Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, que también ha servido de base para el art. 27.2 de la Directiva 2001/17/CE, relativa al saneamiento y a la liquidación de compañías de seguros.

(27) Esta disposición se atiene a lo dispuesto en el art. 18.3 del Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, que a su vez ha servido de base para el art. 27.3 de la Directiva 2001/17/CE, relativa al saneamiento y a la liquidación de compañías de seguros.

(28) Estos requisitos formales relativos a la prueba del nombramiento del administrador o liquidador se basan en lo previsto en el art. 19 del Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia. Su texto es semejante al de la Directiva 2001/17/CE, relativa al saneamiento y a la liquidación de las compañías de seguros, salvo que en ésta la posibilidad de probar el nombramiento se puede hacer también con un certificado emitido por las autoridades competentes del Estado miembro de origen (art. 27.1).

La revocación de la autorización como consecuencia de estar incurso en un procedimiento de liquidación no impide que las personas encargadas de la liquidación continúen realizando determinadas actividades propias de la entidad de crédito, cuando sean precisas o adecuadas para la liquidación. El Estado miembro de origen puede disponer que sus autoridades competentes sean las que deban consentir y controlar esas actividades (art. 12).

## **2. Competencia legislativa y regulación material de ciertas operaciones**

### **A) Regla general: la ley del Estado de origen y la *par conditio creditorum***

La aplicación de las medidas de saneamiento y la liquidación de la entidad de crédito se efectuará de conformidad con lo dispuesto en las leyes, reglamentos y procedimientos aplicables en el Estado miembro de origen <sup>(29)</sup>, salvo las excepciones contempladas en la propia Directiva (arts. 3.º 2 y 10.1).

Conforme al principio de unidad y de universalidad, los títulos de crédito de todos los acreedores con residencia habitual, con domicilio o domicilio social en un Estado miembro han de recibir el mismo trato y la misma prelación que los de naturaleza equivalente de los acreedores con residencia habitual, domicilio o domicilio social en el Estado miembro de origen (art. 16.2), aplicándose así la máxima de la *par conditio creditorum* <sup>(30)</sup>.

Las medidas de saneamiento serán eficaces con arreglo a la Ley del Estado miembro de origen en toda la Comunidad sin otras formalidades, desde el momento en que lo sean en ese Estado miembro, aunque la normativa del Estado miembro de acogida no prevea tales medidas, o las condicione a unos requisitos que no se cumplan en ese caso (art. 3.º 2).

La Directiva recoge una lista, no exhaustiva, de cuestiones relacionadas con los procedimientos de liquidación que se han de regir por la legislación del Estado miembro de origen (art. 10.2). Esta relación es idéntica a la recogida en la Directiva 2001/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al sanea-

---

<sup>(29)</sup> En relación con la competencia legislativa en el ámbito concursal internacional la regla es la correlación *forum-ius*, la aplicación de la ley del foro o tribunal que ha declarado la quiebra (*lex fori concursus*) a la mayoría de las cuestiones jurídicas. Esta regla suele combinarse para determinadas circunstancias con la *lex rei situae* y la *lex contractus* (vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho Mercantil...*, ob. cit., pp. 678 y 679).

<sup>(30)</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho Mercantil...*, ob. cit., p. 666, esp. notas 22, 23 y 24.

miento y a la liquidación de las compañías de seguros (art. 9.º 2), y semejante a la que se recoge en el Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia <sup>(31)</sup> (art. 4.º 2). Así la legislación del Estado miembro de origen determinará: los bienes que son objeto del procedimiento de liquidación y la suerte de los bienes adquiridos después de incoarse el procedimiento; las facultades de la entidad y del liquidador; las condiciones de oponibilidad de una compensación; los efectos del procedimiento sobre los contratos vigentes en los que participa la entidad; los efectos del procedimiento sobre los procedimientos judiciales individuales, salvo los que estando en curso versen sobre un bien o un derecho del que se haya desposeído a la entidad de crédito; los créditos que deban cargarse al pasivo de la entidad y la suerte de los créditos nacidos después de incoado el procedimiento; las normas relativas a la presentación, examen y reconocimiento de los créditos; las normas del reparto del producto de la realización de los bienes, la prelación de los créditos y los derechos de los acreedores que hayan sido parcialmente satisfechos después de la incoación del procedimiento de liquidación en virtud de un derecho real o por el efecto de una compensación; las condiciones y los efectos de la clausura del procedimiento de liquidación, en particular, mediante convenio; los derechos de los acreedores una vez terminado el procedimiento de liquidación; la imposición de las costas y gastos del procedimiento de liquidación; y las normas relativas a la nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales para el conjunto de los acreedores <sup>(32)</sup>.

## B) Excepciones a la regla general

Los efectos de las medidas de saneamiento y los procedimientos de liquidación pueden entrar en conflicto con las normas aplicables dentro del marco de la actividad económica y financiera de la entidad de crédito y de sus sucursales

---

(31) El Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, dispone que la ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos será la del Estado miembro en cuyo territorio se abra el procedimiento (Estado de apertura) (art. 4.º 1). Incluye una lista de cuestiones que se regirán por esta ley, que coincide con la que recoge la Directiva relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito, salvo que en aquella se enumera además un primer aspecto al que se aplica la Ley del Estado miembro de apertura, que es: la determinación de los deudores que pueden ser sometidos a un procedimiento de insolvencia en calidad de tales [art. 4.º 2.a)].

(32) En relación con estas normas relativas a la nulidad o inoponibilidad de los actos perjudiciales para los acreedores (operaciones de reintegración a la masa) FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y CALVO CARAVACA, A.L. han sostenido que, dado que la inoponibilidad de los actos realizados durante el periodo de sospecha a la masa se justifica para asegurar la igualdad entre los acreedores, debe ser una sola ley la que regule esta cuestión: la de la quiebra y no otras como: la rectora del contrato, la del lugar de celebración del acto o la *lex rei sitae* (*Derecho Mercantil...*, ob. cit., p. 692, y esp. nota 109).

en los demás Estados miembros, por ello se ha considerado conveniente atemperar el principio de la aplicabilidad de la ley del Estado miembro de origen, disponiendo unas excepciones para determinados contratos y derechos.

Esta Directiva establece unas excepciones que se limitan a los efectos de las medidas de saneamiento y a los procedimientos de liquidación <sup>(33)</sup>.

Los efectos de una medida de saneamiento o de la incoación de un procedimiento de liquidación sobre las relaciones laborales se regirán por la ley del Estado miembro aplicable a la relación de trabajo [art. 20.1.a)] <sup>(34)</sup>. El fin de esta norma es proteger a los empleados de las entidades de crédito en el Estado miembro de acogida, frente al riesgo de que su contrato quede sometido a la jurisdicción de otro Estado miembro. Se pretende evitar que los trabajadores de una sucursal de una entidad de crédito reciban un trato distinto del que reciben los del mismo sector y en el mismo Estado.

Se ha considerado también apropiado hacer una excepción al principio de unidad y universalidad con los efectos de las medidas de saneamiento o de la incoación de los procedimientos de liquidación sobre los contratos que otorgan un derecho de uso o de adquisición de un bien inmueble. Estos efectos se habrán de regir exclusivamente por la ley del Estado miembro en cuyo territorio esté situado el inmueble; que será, a su vez, la que defina si se trata de un bien mueble o inmueble [art. 20.1.b)] <sup>(35)</sup>. En todos los Estados miembros estos contratos están sometidos a una normativa especial, para proteger a las partes contratantes y para velar por los intereses generales del Estado miembro en el que están situados.

---

(33) Estas excepciones no abarcan los demás asuntos relativos a las medidas de saneamiento y a los procedimientos de liquidación, como la presentación, el examen, el reconocimiento y la prelación de los créditos en relación con dichos contratos y derechos y las normas de distribución del producto de la realización de los bienes, que se regirán por la legislación del Estado miembro de origen (Considerando 17 de la Directiva 2001/24/CE).

(34) Esta disposición se ajusta al art. 10 del Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, y al art. 19.a) de la Directiva 2001/17/CE, relativa al saneamiento y a la liquidación de las compañías de seguros.

En relación con el art. 10 del Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, CERDÁ ALBERO, F. y SANCHO GARGALLO, I., siguiendo el considerando 28 de este Reglamento, sostienen, en relación con los contratos de trabajo, que “los efectos de la incoación del procedimiento concursal sobre su continuación o conclusión, así como los derechos y obligaciones de las partes afectadas en estas relaciones laborales, se regirán por el Derecho aplicable a estos contratos con arreglo a las normas generales de conflicto. Pero la prelación y preferencia, y en general los privilegios de los créditos laborales se regirán por la ley del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia” (*Curso de Derecho Concursal*, Madrid, 2000, p. 64).

(35) Se ajusta a lo establecido en el art. 8.º del Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, así como el art. 19.b) de la Directiva 2001/17/CE, relativa al saneamiento y a la liquidación de las compañías de seguros.

Los efectos sobre los derechos sobre un bien inmueble, un buque o una aeronave que estén sujetas a inscripción en un registro público se registrarán exclusivamente por la ley del Estado miembro bajo cuya autoridad se lleve el registro [art. 20.1.c)]<sup>(36)</sup>. Se incorpora esta excepción para evitar conflictos con los sistemas nacionales de registro de estos bienes.

Los efectos de las medidas de saneamiento (art. 3.º 2) y del procedimiento de liquidación de una entidad de crédito sobre los procedimientos judiciales individuales se registrarán por la ley de insolvencia del Estado miembro de origen [art. 10.2.e)], pero se exceptúan los efectos respecto a un procedimiento en curso relativo a un bien o a un derecho del que se haya desposeído a la entidad de crédito, en cuyo caso se registrarán exclusivamente por la ley del Estado miembro en el que esté en curso dicho procedimiento (art. 32)<sup>(37)</sup>. Dicha ley determinará si el procedimiento debe o no suspenderse, de qué modo debe proseguir, o si deben introducirse cambios en el mismo para dejar constancia de que la entidad de crédito está sujeta a procedimientos de saneamiento o de liquidación.

La función especial de los pactos contractuales de compensación y recompra, habitualmente empleados en los mercados financieros, exige una excepción del principio de aplicación universal de la ley del Estado miembro de origen, para así proteger el funcionamiento de los mercados financieros y garantizar la certidumbre jurídica de las partes contratantes<sup>(38)</sup>. Por ello, los acuerdos de compensación<sup>(39)</sup> y de novación se registrarán exclusivamente por la ley

---

(36) Se basa en el art. 11 del Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, y coincide con el art. 19.c) de la Directiva 2001/17/CE, relativa al saneamiento y a la liquidación de las compañías de seguros.

(37) Esta norma se ajusta a lo dispuesto en el art. 15 del Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, del mismo modo que lo hace el art. 26 de la Directiva 2001/17/CE, relativa al saneamiento y a la liquidación de las compañías de seguros.

(38) Sobre la situación concursal de la compensación en el marco de las operaciones financieras relativas a instrumentos derivados y pactos de recompra en el ordenamiento español vid. CERDÁ ALBERO, F./SANCHO GARGALLO, I., *Curso...*, ob. cit., pp. 118 y 123.

(39) En el ordenamiento español se establece en relación con las operaciones financieras relativas a instrumentos derivados (permutas financieras, operaciones de tipos de interés a plazo, opciones y futuros, compraventas de divisas, combinaciones de las anteriores operaciones, o similares o análogas) realizadas en el marco de un acuerdo de compensación contractual, en que una de las partes es una entidad de crédito en situación de quiebra, suspensión de pagos, liquidación, administración, intervención, que sólo se incluirá como crédito o deuda de la masa el importe neto de las operaciones financieras amparadas en el acuerdo, conforme a las reglas establecidas en el mismo (disp. adic. 10.ª Ley 37/1988, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores).

aplicable al contrato que rige dichos acuerdos (art. 25); y los pactos de recompra <sup>(40)</sup> entre la entidad de crédito y la otra parte en el pacto se regirán exclusivamente por la ley aplicable al contrato que rige dichos pactos, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 24 (art. 26).

El ejercicio de los derechos de propiedad o de otros derechos sobre instrumentos <sup>(41)</sup> cuya existencia o transferencia suponga una inscripción en un registro, en una cuenta, o en un sistema de depósito centralizado poseído o situados en un Estado miembro se regirá por la legislación del Estado miembro en el que se ha llevado a cabo, se posee o se sitúa el registro, la cuenta o el sistema de depósito centralizado en el que están inscritos dichos derechos (art. 24). Esta excepción tiene como fin proteger los derechos de los instrumentos ante los posibles efectos negativos de medidas de saneamiento o de procedimientos de insolvencia incoados según la legislación de un Estado miembro que sea diferente de la jurisdicción del Estado miembro en el que esté situado el registro, cuenta o sistema de depósito.

Sin perjuicio de lo que acabamos de señalar (art. 24), las transacciones realizadas en el contexto de un mercado regulado <sup>(42)</sup> se han de regir exclusivamente

---

<sup>(40)</sup> Las operaciones con pacto de recompra en un mercado secundario son definidas en el ordenamiento español como aquéllas en las que el titular de los valores los vende hasta la fecha de la amortización, conviniendo simultáneamente la recompra de valores de idénticas características y por igual valor nominal, en una fecha determinada e intermedia, entre la venta y la de amortización más próxima, aunque ésta sea parcial o voluntaria. La declaración de quiebra del primer vendedor o la admisión a trámite de su solicitud de suspensión de pagos supondrá para las operaciones con pacto de recompra la resolución de pleno derecho del pacto de recompra y el primer comprador adquirirá irrevocablemente el dominio de los valores vendidos (dis. adic. 12.ª de la Ley 37/1988, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores).

<sup>(41)</sup> Por instrumento hay que entender: los valores negociables; las participaciones de un organismo de inversión colectiva; los instrumentos del mercado monetario; los contratos financieros a plazo (futuros), incluidos los instrumentos equivalentes que requieran pago en efectivo; los contratos a plazo sobre tipos de interés (FRA); los contratos de permuta (swaps) sobre tipos de interés, sobre divisas o los contratos de intercambios ligados a acciones o a un índice sobre acciones ("equity swaps"), y las opciones destinadas a la compra o venta de cualquiera de los instrumentos anteriores, incluidos los instrumentos equivalentes que requieran pago en efectivo (concretamente, se incluyen en esta categoría las opciones sobre divisas y sobre tipos de interés) (vid. la sección B del anexo de la Directiva 93/22/CEE del Consejo, de 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables).

<sup>(42)</sup> Por mercado regulado hay que entender el regulado con arreglo al punto 13 del art. 1.º de la Directiva 93/22/CEE del Consejo, de 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables.

mente por la ley aplicable al contrato que rige dichas transacciones (art. 27) <sup>(43)</sup>. La presente Directiva no afecta a la Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, sobre la firmeza de la liquidación de los sistemas de pagos y de liquidación de valores <sup>(44)</sup>, con arreglo a la cual los procedimientos de insolvencia no deben tener efecto alguno sobre la oponibilidad de las órdenes cursadas válidamente, ni sobre las garantías dadas a un sistema (Considerandos 4 y 5 y arts. 3.º y ss.).

Como ya se ha mencionado anteriormente en los procedimientos de liquidación de entidades de crédito, la legislación del Estado miembro de origen determinará las normas relativas a la nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales para el conjunto de los acreedores [art. 10.2.b)], sin embargo se exceptúa la aplicación de esta regla general cuando el beneficiario de dichos actos pruebe: que ese acto está sujeto a la ley de un Estado miembro distinto del Estado miembro de origen, y que dicha ley no permite impugnarlo (art. 30.1). Igualmente, si una autoridad judicial acuerda una medida de saneamiento que disponga normas relativas a la nulidad, la anulación o la inoponibilidad de los actos perjudiciales al conjunto de los acreedores, realizados con anterioridad a la adopción de la medida, tampoco se aplicará la ley del Estado miembro de origen si el beneficiario prueba esas dos mismas circunstancias (art. 30.2).

Si después de la adopción de una medida de saneamiento o la incoación de un procedimiento de liquidación, la entidad de crédito dispone a título oneroso de un inmueble, de un buque o una aeronave sujeta a inscripción en un registro público; o de los instrumentos o los derechos sobre tales instrumentos cuya existencia o transferencias ponga una inscripción en un registro, en una cuenta o en un sistema de depósito centralizado poseídos o situados en un Estado miembro, la validez de dicho acto se regirá por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio esté situado dicho bien inmueble o bajo cuya autoridad se

---

(43) Este artículo ha sido incorporado por enmienda del Parlamento Europeo en segunda lectura (enmienda n.º 13, art. 20 octies). La Posición Común en su art. 20.1.g) disponía que los efectos sobre las transacciones efectuadas y los procedimientos aplicables en el marco de un mercado regulado se regirían exclusivamente por la ley del Estado miembro aplicable a dicho mercado [art. 20.1.g)], sin perjuicio de lo previsto en la letra f). La Posición Común coincidía con el criterio del art. 9.º del Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia y del art. 23 de la Directiva 2001/17/CE, relativa al saneamiento y a la liquidación de las compañías de seguros, que disponen que estas transacciones se regirán por la ley aplicable a dicho mercado. En estos dos últimos textos se señala que ello es sin perjuicio de lo establecido en relación con los derechos reales de terceros (art. 5.º y art. 20 respectivamente).

(44) DO L 166 de 11.6.1998, pp. 45 y ss.

lleve dicho registro, cuenta o sistema de depósito (art. 31) <sup>(45)</sup>. Esta norma está motivada por la necesidad de garantizar certidumbre legal a las partes contratantes y la confianza pública en los registros y en los sistemas de pago [de la misma manera que las letras *b*) y *c*) del apdo. 1 del art. 20 y el art. 24].

### C) Regulación material de ciertas operaciones

Esta Directiva, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito, ha optado por la regulación material de ciertas actuaciones relacionadas con operaciones de delimitación de la masa activa (de reducción y de reintegración) y de la compensación de créditos.

La adopción de medidas de saneamiento o la incoación de procedimientos de liquidación no afectará a los derechos reales <sup>(46)</sup> de los acreedores o de terceros, en lo que se refiere a los bienes <sup>(47)</sup> que pertenezcan a la entidad de crédito (*separatio ex iure crediti*) y que estén situados dentro del territorio de otro Estado miembro en el momento en que se apliquen las medidas o se incoen los procedimientos (art. 21.1) <sup>(48)</sup>. Se enumeran en concreto los siguientes derechos: el derecho a realizar o a hacer realizar el bien y a ser pagado con el producto o los rendimientos de dicho bien, en particular, en virtud de prenda o hipoteca; el derecho exclusivo a cobrar un crédito, en particular el derecho garantizado por una prenda de la que sea objeto el crédito o por la cesión de dicho crédito a título de garantía; el derecho a reivindicar y/o a reclamar su restitución a cualquiera que lo posea o utilice contra la voluntad de su titular; y el derecho real de usufructo de los bienes (art. 21.2). La Directiva dispone que se asimilará a un derecho real el derecho inscrito en un registro público y oponible frente a terceros que permita obtener un derecho real como los anteriores (art. 21.3).

La adopción de medidas de saneamiento o la incoación de procedimientos de liquidación contra una entidad de crédito que adquiere un bien no afectará a

---

<sup>(45)</sup> Esta disposición se basa en lo dispuesto en el art. 14 del Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia.

<sup>(46)</sup> Sobre las garantías reales que tienen los acreedores pignoratícios e hipotecarios en el ámbito concursal transnacional vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho Mercantil...*, ob. cit., p. 695).

<sup>(47)</sup> Los bienes pueden ser materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, bienes determinados o el conjunto de bienes no determinados en su totalidad que cambia cada cierto tiempo (art. 21.1).

<sup>(48)</sup> Este artículo 21 recoge lo dispuesto en el art. 5.º del Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, de la misma manera que lo hace el art. 20 de la Directiva 2001/17/CE, relativa al saneamiento y a la liquidación de las compañías de seguros.

los derechos del vendedor basados en una reserva de dominio <sup>(49)</sup> (*separatio ex iure domini*), cuando en el momento de adoptar dichas medidas o de incoar dichos procedimientos el bien se encuentre dentro del territorio de un Estado miembro diferente del Estado en el que se han adoptado dichas medidas o incoado dichos procedimientos (art. 22.1) <sup>(50)</sup>.

La adopción de medidas de saneamiento o la incoación de procedimientos de liquidación contra una entidad de crédito después de que ésta haya entregado un bien vendido no constituye causa de resolución o de rescisión de la venta y no impedirá al comprador la adquisición de la propiedad cuando en el momento de la adopción de medidas o de la incoación de los procedimientos el bien se encuentre en el territorio de un Estado miembro diferente del Estado en el que se han adoptado dichas medidas o incoado dichos procedimientos (art. 22.2).

El deudor que satisfaga una obligación en favor de una entidad de crédito, sometida a un procedimiento de liquidación incoado en otro Estado miembro, cuando debiera haberlo hecho en beneficio del liquidador, quedará liberado si concurren dos circunstancias: que la entidad de crédito no fuera persona jurídica y que el deudor no tuviera conocimiento de la incoación. Este segundo requisito se presume, salvo prueba en contrario, cuando se satisfaga la obliga-

(49) La venta con cláusula de reserva de dominio tiene una especial importancia desde el punto de vista económico y una gran complejidad desde el punto de vista jurídico (DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., "El proyecto de Convención Europea sobre la cláusula de reserva de dominio simple", *RCDI*, 1983, pp. 561 y ss.). En algunos ordenamientos jurídicos esta cláusula es válida entre las partes, pero inoponible a terceros y en especial a la masa de la quiebra; en otros posee eficacia *erga omnes* y, por tanto, el vendedor puede reivindicar la cosa vendida, sustrayéndola de la masa activa. Se han defendido diferentes criterios para determinar la ley aplicable (*lex contractus*, *lex rei sitae* y *lex fori concursus*). Vid. al respecto FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho Mercantil...*, ob. cit., p. 694; BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "Proyecto...", ob. cit., p. 844; BOTANA AGRA, M., "Algunos aspectos de la reserva de dominio en la quiebra", en AA.VV., *Estudios en homenaje al profesor Alonso Otero*, Santiago de Compostela, 1981, pp. 51 y ss. y GARCÍA VILLAVERDE, R., "El Derecho...", ob. cit., pp. 184 y ss.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./CALVO CARAVACA, A.L. han defendido la conveniencia, en el ámbito comunitario, de no seguir un criterio que supusiera la aplicación de una sola ley, pero no la misma, sino que era necesario alcanzar una regulación material que permitiera un trato uniforme en este tema ("El Derecho...", ob. cit., p. 694). En este sentido el art. 7.º 1 del Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, ha optado por la regulación material de esta cuestión, estableciendo que la apertura de un procedimiento de insolvencia contra el comprador de un bien no afectará a los derechos del vendedor basados en una reserva de propiedad, cuando dicho bien se encuentre en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado de apertura, en el momento de apertura del procedimiento.

(50) Estas disposiciones sobre las reservas de dominio son acordes con lo dispuesto en el art. 7.º del Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, y sigue la misma línea que lo dispuesto en el art. 21 de la Directiva 2001/17/CE, relativa al saneamiento y a la liquidación de las compañías de seguros.

ción antes de que se produzcan las medidas de publicidad previstas; y por el contrario se presume, también salvo prueba en contrario, que sí tenía conocimiento de la incoación cuando se haya satisfecho la obligación con posterioridad a la publicidad (art. 15) <sup>(51)</sup>. Hay que destacar que esta protección que se presta al deudor que actúa de buena fe es solo para el caso, muy poco común, de que satisfaga una obligación a una entidad de crédito que no sea una persona jurídica.

En relación con la compensación de créditos se ha optado por una formulación jurídica material favorable a ella <sup>(52)</sup>. La adopción de medidas de saneamiento o la incoación de procedimientos de liquidación no afectará al derecho del acreedor a reclamar la compensación de su crédito con los de la entidad de crédito, cuando dicha compensación esté permitida por la legislación aplicable al crédito de la entidad de crédito (art. 23.1) <sup>(53)</sup>, independientemente de si está o no permitida por el Estado miembro de origen.

Todo lo señalado anteriormente no impide el ejercicio de las acciones de nulidad, anulación o inoponibilidad previstas en el art. 10.2.1) (art. 21.4; art. 22.3; art. 23.2).

### **3. Régimen procedimental**

La Directiva recoge una serie de normas relativas al procedimiento de adopción y aplicación de las medidas de saneamiento y a la incoación y desarrollo de la liquidación; centradas fundamentalmente en los deberes de informa-

---

(51) La norma se basa en lo dispuesto en el art. 24 del Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia.

(52) En defensa de la admisibilidad o no de la compensación de créditos se han enfrentado dos concepciones jurídicas: las que la ven como un mero medio de pago (Derecho francés, belga, luxemburgués y español) y las que la ven como un medio de simplificar el cumplimiento de las obligaciones entre las partes y a su vez como una garantía de pago (Derecho alemán, italiano, holandés e inglés) vid. sobre esta cuestión FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho Mercantil...*, ob. cit., p. 691 y GARCÍA VILLAVERDE, R., "El Derecho...", ob. cit., pp. 161 y 183-184.

El Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, ha optado por una formulación jurídico-material favorable a la compensación. En su art. 6.º, ap. 1 se establece que la apertura del procedimiento de insolvencia no afectará al derecho de un acreedor a reclamar la compensación de su crédito del deudor, cuando la ley aplicable al crédito del deudor insolvente permita dicha compensación.

(53) Esta disposición en relación con la compensación recoge el criterio establecido en el art. 6.º del Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, seguido también por el art. 22 de la Directiva 2001/17/CE, relativa al saneamiento y a la liquidación de las compañías de seguros.

ción entre las autoridades, en la publicidad de las actuaciones y en el derecho de presentación de créditos. Estos preceptos están inspirados o basados en su mayoría en el Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia.

A) Deberes de información entre las autoridades competentes

a) *Información a las autoridades competentes del Estado miembro de acogida*

Las autoridades administrativas o judiciales del Estado miembro de origen que adopten medidas de saneamiento o decidan la incoación de un procedimiento de liquidación no estarán obligadas a consultar a las autoridades competentes del Estado miembro de acogida, pero sí de informarlas por todos los medios de su decisión y de las repercusiones que pueden tener, si es posible antes de su adopción y, si ello no puede ser así, se las informará inmediatamente después (arts. 4.º y 9.º 2). En este último supuesto hay que entender que deben concurrir razones graves y de urgencia.

La decisión de incoar un procedimiento de liquidación a una entidad de crédito supondrá que deba revocarse su autorización, de lo cual deberán ser informadas las autoridades competentes de los Estados miembros de acogida (art. 12.1) <sup>(54)</sup>, que tomarán las medidas adecuadas para impedir que la entidad afectada inicie nuevas operaciones en su territorio y para salvaguardar los intereses de los depositantes (art. 22.9 de la Directiva 2000/12/CE, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio).

Dada la celeridad que debe darse a la transmisión de la información, la Directiva ha optado por que se efectúe a través de las autoridades competentes del Estado de origen (arts. 4.º y 9.º 2 *in fine*) <sup>(55)</sup>.

---

<sup>(54)</sup> Cada dos años, la comisión presentará un informe sobre estos casos al Comité consultivo bancario (art. 22.9 *in fine* Directiva 2000/12/CE, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio).

<sup>(55)</sup> A menos que la autoridad administrativa o judicial que adopte la medida de saneamiento sea al mismo tiempo la autoridad competente del Estado miembro de origen, la primera transmitirá la información a la propia autoridad competente, que a su vez la transferirá a las autoridades competentes del Estado miembro de acogida. Este procedimiento informativo se justifica por el hecho de que las autoridades competentes de los Estados miembros mantienen estrechas, fluidas y constantes relaciones de cooperación, lo cual garantiza una más rápida transmisión de la información.

b) *Información a las autoridades competentes del Estado miembro de origen*

Si las autoridades administrativas o judiciales del Estado miembro de acogida consideraran necesaria la aplicación en su territorio de medidas de saneamiento a una sucursal de una entidad de crédito deberán de informar de ello a las autoridades competentes del Estado miembro de origen (art. 5.º). Bajo el principio de unidad y universalidad, solamente las autoridades administrativas o judiciales del Estado miembro de origen pueden adoptar medidas de saneamiento sobre una entidad de crédito y sus sucursales. Por la razón arriba mencionada, la transmisión de esta información también se efectuará por las autoridades competentes del Estado miembro de acogida (art. 5.º).

B) *Derecho de presentación de créditos*

Cuando se acuerden medidas de saneamiento, los acreedores con residencia habitual, domicilio o domicilio social en los demás Estados miembros distintos al de origen tendrán derecho a presentar sus créditos o las observaciones relativas a ellos, si la legislación del Estado miembro de origen dispone este derecho para los acreedores con residencia habitual, domicilio o domicilio social en dicho Estado (art. 7.º 2). En cambio, en todo caso, cuando se incoe un procedimiento de liquidación, todos los acreedores que tengan su residencia habitual o domicilio en un Estado miembro distinto del de origen, incluidas las autoridades públicas, tienen derecho a presentar sus títulos de créditos o las observaciones relativas a éstos<sup>(56)</sup> (art. 16.1).

Salvo los casos en que la legislación del Estado miembro de origen establezca la posibilidad de presentación de observaciones relativas a los créditos, el acreedor enviará una copia de los justificantes, si los hubiera, e indicará la naturaleza del crédito, la fecha en que se originó y su importe y si reivindica un carácter privilegiado, una garantía real o una reserva de dominio, y cuáles son los bienes que abarca la garantía (art. 16.3)<sup>(57)</sup>.

---

<sup>(56)</sup> Este apartado 1 del art. 16 sigue la línea del art. 39 del Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, pero adicionalmente se establece también el derecho de "presentar observaciones por escrito relativas a los créditos", pues hay Estados miembros que no exigen la presentación de créditos, sino solamente observaciones en relación con los créditos.

Sobre el examen y reconocimiento de los créditos vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho Mercantil...*, ob. cit., pp. 696 y ss.

<sup>(57)</sup> La norma se basa en el art. 41 del Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, que especifica el contenido de la presentación de un crédito.

## C) Publicidad

La publicidad de las medidas de saneamiento y de los procedimientos de liquidación se llevan a cabo mediante publicaciones (art. 6.º y 13), información a los acreedores conocidos (art. 7.º y 14) e inscripción en registros públicos (art. 29).

### a) *Publicación*

La publicación de la decisión por la que se adoptan medidas de saneamiento es obligatoria cuando se den dos circunstancias: que la aplicación de esas medidas pueda afectar a los derechos de terceros en un Estado miembro de acogida, y que en el Estado miembro de origen sea posible presentar recurso contra la decisión que ordena dicha medida. En este caso las autoridades administrativas o judiciales competentes del Estado miembro de origen, el administrador o cualquier persona habilitada a este efecto en el Estado miembro de origen deberán publicar un extracto de su decisión <sup>(58)</sup> en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas y en dos diarios de difusión nacional de cada Estado miembro de acogida <sup>(59)</sup>, con ello se favorece el ejercicio del derecho de recurso dentro de los plazos previstos (art. 6.º 1).

Las medidas de saneamiento se aplicarán independientemente de las publicaciones mencionadas y surtirán todos sus efectos con respecto a los acreedores, a menos que las autoridades administrativas o judiciales del Estado miembro de origen o la legislación de dicho Estado relativa a esas medidas dispongan otra cosa (art. 6.º 5).

La decisión de incoar la liquidación de la entidad de crédito debe, en todo caso, publicarse cumpliendo las exigencias mencionadas para las medidas de

---

(58) El extracto de la decisión deberá mencionar, en la lengua o las lenguas oficiales de los Estados miembros de que se trate: el objeto y la base jurídica de la decisión adoptada, los plazos del recurso, en concreto una indicación de la fecha de expiración de esos plazos y la dirección de las autoridades o del órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso (art. 6.º 4).

(59) El extracto de la decisión se enviará, cuanto antes y por los medios más adecuados, a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas y a los dos diarios de difusión nacional de cada Estado miembro de acogida (art. 6.º 2). La Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas publicará el extracto a más tardar doce días después de su envío (art. 6.º 3).

saneamiento y correspondiendo el deber de hacerlo a los liquidadores o cualquier autoridad administrativa o judicial (art. 13) <sup>(60)</sup>.

b) *Deber de información hacia los acreedores conocidos*

Cuando se decida adoptar medidas de saneamiento, las autoridades administrativas o judiciales del Estado miembro de origen o el administrador deberán informar a los acreedores conocidos que tengan su domicilio, residencia habitual o domicilio social en los demás Estados miembros, siempre que la legislación del Estado miembro de origen exija la presentación del crédito para su reconocimiento o disponga la notificación obligatoria de la medida a los acreedores conocidos que tengan su residencia habitual, domicilio, o domicilio social en dicho Estado (art. 7.º 1). La información individual que se facilite a los acreedores conocidos no debe ser materia de discriminación entre los acreedores domiciliados en los distintos Estados miembros.

Cuando se efectúe la incoación de un procedimiento de liquidación la autoridad administrativa o judicial de Estado miembro de origen o el liquidador sin demora deberán informar de ello individualmente, mediante el envío de una nota a los acreedores conocidos que tengan su residencia habitual, su domicilio, o su domicilio en los demás Estados miembros. Este deber no existe si la legislación del Estado miembro de origen no exige la presentación del crédito para su reconocimiento (art. 14) <sup>(61)</sup>.

La información que se ha de facilitar debe mencionar: los plazos, las sanciones previstas en relación con dichos plazos, el órgano o la autoridad a quien deben presentar dichos títulos, y las observaciones relativas a éstos, las demás medidas prescritas, y si los acreedores cuyo título de crédito está garantizado por un privilegio o por una garantía real deben presentar su título de crédito (arts. 14.2 y 7.º 1 *in fine*).

---

(60) El Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, establece que el síndico podrá pedir que se publique el contenido esencial de la decisión por la que se abre el procedimiento de insolvencia y, en su caso, la decisión de su nombramiento, en todo Estado miembro con arreglo a las modalidades de publicación previstas en dicho Estado (art. 21.1). No obstante cualquier Estado miembro en el que el deudor tenga un establecimiento podrá prever la publicación obligatoria (art. 21.2).

(61) Esta norma se ajusta a lo dispuesto en el art. 40 del Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, salvo que en éste no se recoge la exclusión de este deber cuando no se exija la presentación del crédito para su reconocimiento. Sobre la obligación de informar a los acreedores en ese Reglamento vid. CERDÁ ALBERO, F./SANCHÓ GARGALLO, I., *Curso...*, ob. cit., pp. 62 y 63.

Con objeto de preservar los derechos de los acreedores, no sólo al inicio del procedimiento de liquidación, los liquidadores deberán informar con regularidad a los acreedores de forma adecuada sobre la evolución de la liquidación (art. 18).

c) *Régimen lingüístico*

El régimen lingüístico de la publicación, notificación y presentación de créditos establecido en esta Directiva está basado en el Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia (art. 42).

La publicación de la decisión y la información que se notifica individualmente a los acreedores conocidos, se dará en la lengua, o lenguas oficiales del Estado miembro de origen; pero se utilizará un impreso cuyo encabezamiento contenga la expresión “Convocatoria para la presentación de títulos de crédito. Plazos aplicables”, o en su caso “Convocatoria para la presentación de las observaciones relativas a un título de crédito. Plazos aplicables”, en todas las lenguas oficiales de la Unión Europea (arts. 17.1 y 7.º 1).

Los acreedores que tengan su residencia habitual, su domicilio o su domicilio social en un Estado miembro distinto del de origen podrán presentar su título de crédito o sus observaciones relativas a éste en la lengua o en una de las lenguas oficiales de dicho Estado miembro, pero con un encabezamiento que contenga la expresión “Presentación de título de crédito” o, en su caso, “Presentación de las observaciones relativas a los créditos” en la lengua o lenguas oficiales del Estado miembro de origen. Será posible la exigencia de una traducción de la presentación del título de crédito o de las observaciones relativas a éste en dicha lengua (arts. 17.2 y 7.º 2).

d) *Inscripción en registros públicos*

El administrador, el liquidador o cualquier autoridad administrativa o judicial del Estado miembro de origen podrá pedir que se inscriba una medida de saneamiento o la decisión de incoar un procedimiento de liquidación en el registro de la propiedad, en el registro mercantil o en cualquier otro registro público que se lleve en los demás Estados miembros <sup>(62)</sup>. Los Estados miembros podrán establecer la inscripción de oficio, en cuyo caso las personas y autorida-

---

(62) Los gastos de inscripción se considerarán gastos y costes del procedimiento (art. 29.2). Este criterio se ajusta a lo dispuesto en el art. 23 del Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia.

des mencionadas deberán adoptar las medidas necesarias para efectuar tal inscripción (art. 29.1) <sup>(63)</sup>.

**D) Liquidación voluntaria**

Antes de adoptar por parte de la entidad de crédito un acuerdo de liquidación voluntaria, debe consultarse a las autoridades competentes del Estado miembro de origen en la forma más adecuada. La liquidación voluntaria no impedirá el que las autoridades administrativas o judiciales del Estado miembro de origen puedan adoptar medidas de saneamiento o decidan la incoación de un procedimiento de liquidación (art. 11).

**E) Secreto profesional**

El deber de secreto profesional se extiende, según las normas y condiciones del art. 30 de la Directiva 2000/12/CE <sup>(64)</sup>, a toda persona que deba recibir información en el marco de los procedimientos de información o de consulta establecidos en los artículos 4, 5, 8, 9, 11 y 19, tanto autoridades como particulares, con la excepción de las autoridades judiciales a las que se aplican las disposiciones nacionales vigentes (art. 33).

**IV. SANEAMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO NO COMUNITARIAS**

El principio de unidad y universalidad mantenido en esta Directiva, para las medidas de saneamiento y los procedimientos de liquidación de las entidades de crédito y sus sucursales en la Unión Europea, no se aplica a las sucursales de las entidades de crédito de terceros países, que recibirán un trato independiente en lo que respecta a la aplicación de medidas de saneamiento y procedimientos de liquidación.

Las autoridades administrativas o judiciales del Estado miembro de acogida de una sucursal de una entidad de crédito con domicilio social fuera de la

---

<sup>(63)</sup> Esta disposición sigue el criterio establecido en el art. 22 del Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia.

<sup>(64)</sup> El art. 30 de la Directiva 2000/12/CE (codificada), relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, regula ampliamente la obligación de secreto profesional de las autoridades competentes.

Comunidad tendrán la obligación de informarsin demora (sies posible antesde su adopción y, si no, inmediatamente después), por todos los medios, a las autoridades competentes de los demás Estados miembros de acogida en los que haya sucursales <sup>(65)</sup>, sobre su decisión de adoptar cualquier medida de saneamiento, de incoar un procedimiento de liquidación, y de revocar la autorización, incluyendo sus correspondientes efectos (arts. 8.º 1 y 19.1 y 2). Las autoridades administrativas o judiciales y, en su caso, los liquidadores, se esforzarán por coordinar sus actuaciones (arts. 8.º 2 y 19.3). La transmisión será efectuada por las autoridades competentes del Estado miembro de acogida cuyas autoridades administrativas o judiciales hubieren decidido la aplicación de las medidas de saneamiento o la incoación del procedimiento de liquidación (art. 8.º 1 y 19.1 y 2).

## V. ENTRADA EN VIGOR DE LAS DISPOSICIONES NACIONALES

Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones nacionales necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en esta Directiva el 5 de mayo de 2004. Estas disposiciones sólo serán aplicables a las medidas de saneamiento adoptadas o a los procedimientos de liquidación incoados con posterioridad a esa fecha. Las medidas y los procedimientos anteriores seguirán estando regulados por la ley que les era aplicable en el momento de la adopción o de la incoación (art. 34).

---

(65) El art. 11 de la Directiva 2000/12/CE, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, dispone que todas las entidades de crédito serán inscritas en una lista que se publicará anualmente en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, cuya actualización será efectuada por la Comisión.

# **PRENDA *OMNIBUS*, PRENDA ROTATIVA DE ACCIONES Y GARANTÍA FLOTANTE**

ABEL B. VEIGA COPO

*Ayudante de Derecho Mercantil  
Universidad Pontificia Comillas de Madrid*

---

## **SUMARIO**

- I. LA RAZÓN DE LA EXTENSIÓN *OMNIBUS*.
    - 1. La admisibilidad de la figura y el problema de la indeterminación.**
    - 2. La prenda omnibus en el caso de acciones de una sociedad.**
  
  - II. LA PRENDA ROTATIVA. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.
    - 1. El cambio de objeto de la prenda.**
    - 2. La viabilidad de la sustitución del objeto.**
    - 3. ¿Necesidad de nuevo documento público?**
    - 4. La prenda rotativa sobre acciones y su proyección sobre una cartera de valores.**
  
  - III. LA *FLOATING CHARGE*.
    - 1. La garantía flotante y su cristalización.**
    - 2. La garantía prolongada y ampliada.**
- 

La prenda *omnibus*, la prenda rotativa y la posibilidad de una prenda flotante constituyen una serie de figuras específicas sobre la prenda ordinaria, y que con una aceptación más o menos generalizada son llevadas a cabo por la práctica

bancaria <sup>(1)</sup>. Las peculiaridades del tráfico mobiliario y la generalización de las garantías exigen ir más allá de las figuras simples. Las técnicas de ampliación permiten que las garantías cubran las deudas presentes y futuras que surjan de las relaciones comerciales entre deudor y acreedor garantizado <sup>(2)</sup>. En las estipulaciones de créditos garantizados con prenda, normalmente las entidades de crédito se caracterizan por imponer más que pactar cláusulas que o bien extienden la garantía a todos los créditos que puedan surgir en las relaciones entre las partes, aunque no sean líquidos y exigibles o gocen de otra garantía, o bien extienden el derecho de prenda y de retención a todos los títulos o valores que por cualquier razón estén en posesión de la entidad crediticia frente a cualquier crédito de las mismas consus clientes o finalmente la sustitución de unos valores garantizados por otros en caso de disminución del valor de la garantía <sup>(3)</sup>. No

---

(1) En las estipulaciones de créditos garantizados con prenda las entidades de crédito estipulan cláusulas del tenor de ésta: “Los valores pignorados lo están en tal concepto, no sólo en garantía de las obligaciones y responsabilidades referidas, sino también en garantía del cumplimiento de cualesquiera otras obligaciones, deudas, responsabilidades, descubiertos y operaciones de cualquier naturaleza que ya existieran o en el futuro establezca el pignorante y / o el tercero garantizado con el banco”. Cláusula extraída del libro *Derecho del mercado financiero*, III-2, AAVV. Banco Central Hispano, Madrid, 1994, p. 380; GARRIGUES, *Contratos bancarios*, Madrid, 1975, p. 317 ss.; Goza esta cláusula de un gran predicamento en el derecho italiano, basta una remisión a las condiciones generales de la Banca italiana sobre la cuenta corriente, así la *Norme che regolano i conti correnti di corrispondenza e servizi connessi* (VIALE, *Le garanzie bancarie, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* [GALGANO (dir.)], Padua, 1994, p. 93) en su art. 5.º recoge: “L’Azienda di credito, in garanzia di qualunque suo credito verso il Correntista, presente o futuro, anche se non liquido ed esigibile ed anche se cambiario, è investita di diritto di pegno e di diritto di ritenzione su tutti i titoli o valori di pertinenza del Correntista che siano comunque e per qualsiasi ragione detenuti dall’Azienda di credito o pervengano ad essa successivamente”; en el derecho alemán esta cláusula se recoge dentro del apartado de las cláusulas de la prenda que recogen las condiciones generales de los bancos y cajas de ahorro, así el art. 14.2 de AGB der privaten Banken und der Genossenschaftsbanken, Fassung Januar 1993, en CLAUSSEN, *Bank- und Börsenrecht*, Munich, 1996, p. 470.

(2) Conforme ROJO AJURIA, “La unificación del derecho de garantías reales mobiliarias. La experiencia del derecho comparado”, en *Tratado de garantías en la contratación mercantil* [NIETO CAROL y otros (Coords.)], II-1, Madrid, 1996, pp. 79 ss.; SERICK, *Garantías mobiliarias en derecho alemán* [CARRASCO PERERA (traducción de)], Madrid, 1990, pp. 52-66.

(3) Estamos ante cláusulas generales, *omnibus*, por efecto de las cuales el garante se obliga a garantizar todas las obligaciones dependientes de operaciones bancarias de cualquier naturaleza, incluso obligaciones futuras; sobre la fianza *omnibus*, como figura idónea para este tipo de cláusulas, vid. entre otros, CARRASCO PERERA, “Las nuevas garantías personales”, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, I, Madrid, 1996, pp. 629 ss.; VIALE, *Le garanzie bancarie*, cit., p. 71; COLOMBO, “Pegno bancario: Le clause di estensione, la prova della data”, *BBTC*, 1982, p. 193; MOLLE, *I contratti bancari*, Milán, 1966, p. 58, y en la p. 711 y ss. ofrece un amplio clausulado de condiciones generales relativas a aperturas de crédito garantizada por títulos.

cabe duda que bajo estas fórmulas existe una difusa aspiración de la moderna realidad mercantil en pro de la superación de las tradicionales rigideces del sistema de garantías reales.

## I. LA RAZÓN DE LA EXTENSIÓN *OMNIBUS*

*Prima facie* la razón de esta extensión es fácilmente comprensible; las entidades de crédito buscan gozar de una garantía lo suficientemente flexible y elástica que sea susceptible de abarcar todas las operaciones económicas convenidas entre las partes, sin necesidad de proveer una nueva garantía, o bien procediendo al renovación o integración de aquella eventualmente ya existente <sup>(4)</sup>. Ahora bien, la posibilidad de abuso por parte de las entidades de crédito es alta, pudiendo llegar a provocar en algunos casos situaciones de sobregarantía, ya que las mismas pueden imponer garantías desproporcionadas al riesgo asumido <sup>(5)</sup>. El mayor beneficiario de estos pactos es sin duda, la entidad de crédito que disminuye en gran medida los riesgos ante un eventual incumplimiento de los créditos y financiaciones que ha otorgado <sup>(6)</sup>.

(4) Así, VIALE, cit., p. 5, aunque habla de un afianzamiento genérico, *fideiussione omnibus*, pero perfectamente adaptable a la prenda, sobre una garantía elástica y dúctil; igualmente GABRIELLI, "Negozii costitutivi di garanzie reali", BBTC, 1996, p. 152 ss, p. 164; MONTEL, voz Pegno (diritto vigente), *Novissimo Digesto Italiano* [AZARA-EULA (Dirs.)], XII, Turin, 1965, pp. 773-798.

(5) *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.* [La Ley de Condiciones generales de la contratación incluye una lista de cláusulas abusivas en la DA 1 de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios. Cláusula 18]. No debemos olvidar que, aunque en el contrato de prenda el deudor pignoraticio asume un riesgo, ello no legitima al predisponente para hacer más onerosa la prestación de cobertura. La preocupación por estas formas de abuso está especialmente desarrollada en el ordenamiento alemán, en el que se ha desarrollado un extenso y pormenorizado estado de opinión doctrinal y jurisprudencial, basado en una interpretación extensiva del § 138 BGB, en virtud del cual son nulos los negocios contrarios a las buenas costumbres. Sobre este tema FERNÁNDEZ ARMESTO/DE CARLOS BERTRÁN, *El derecho del mercado financiero*, Madrid, 1992, p. 203, siguen a PALANT/HEINRICH, y proponen una serie de indicios de construcción doctrinal que avisan de la existencia de una garantía excesiva, destacando: a) la afeción en garantía del crédito de la totalidad o inmensa mayoría del patrimonio del acreditado; b) la constitución de la garantía *a posteriori*; c) la no apreciación de garantías por terceros; d) la prohibición al deudor de obtener financiación adicional; y e) cuando los bienes dados en garantía tienen un valor muy superior a las obligaciones garantizadas; en general, el límite máximo de cobertura no debe exceder del 130%, salvo que se trate de bienes cuyo precio sea muy volátil, en cuyo caso el límite se amplía.

(6) Vid. DOLMETTA, "La fideiussione bancaria attiva nell'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale", BBTC, 1992, p. 30.

Ahora bien, admitir estas cláusulas invita a reflexionar sobre su licitud. Unas estipulaciones de este calibre, y con el claro beneficio que reporta a una de las partes, induce a una cierta sospecha de posible defraudación hacia los terceros. Así, bastaría que un bien, por ejemplo, unas acciones, estuviesen depositadas en una entidad de crédito para que cualquier concesión de crédito de esta entidad al titular de las mismas implicase una automática constitución prendaria sobre estas acciones. O bien que cualquier ulterior concesión de crédito al mismo deudor implicase una extensión automática de los bienes objeto de gravamen de una anterior obligación a los nuevos créditos concedidos. Por el artículo 1866 CC el contrato de prenda habilita al acreedor para retener la cosa en su poder hasta que se le pague el crédito, y si mientras el acreedor retiene la prenda el deudor contrae con él otra deuda exigible antes de haberse pagado la primera, podrá aquel prorrogar la retención hasta que se le satisfagan ambos créditos, aunque no se hubiese estipulado la sujeción de la prenda a la seguridad de la segunda deuda. Pero que se confiera al acreedor esta facultad de retención no es lo mismo que extender el derecho real de prenda a las ulteriores obligaciones que contraiga el deudor frente a ese mismo acreedor.

La admisión de esta figura ha de realizarse con limitaciones, dado que un contrato concluido por las partes que implique una sucesiva extensión de un vínculo de garantía preexistente a otros y ulteriores créditos, puede convertirse en un instrumento socialmente dañoso y perjudicial para los intereses generales y públicos <sup>(7)</sup>. Esta técnica de globalización debe supeditarse a su validez tanto a su

---

<sup>(7)</sup> La doctrina italiana ha mostrado sus reticencias a estas prácticas. Así destacamos a GORLA, *Del Pegno delle Ipoteche*, en *Commentario del codice civile*, [SCIALOJA/BRANCA (a cura di)], arts. 2784-2899, Boloni-Roma, 1963, p. 46; COLOMBO, "Pegno bancario", cit., p. 198-199; GABRIELLI, "Negozzi", cit., p. 167 es partidario de una admisibilidad con límites; aunque en relación para la fianza y la admisibilidad de este tipo de clausulado en aquella sede, es interesante traer a colación los argumentos de RAGUSA MAGGIORE, "Sulle fideiussioni per debito futuro", *Riv. Dir. Com.*, 1980, p. 129; DOLMETTA, cit., p. 31 y ss.; La sentencia del Trib. Roma, 27 de mayo de 1985, asume la tesis de GALGANO, "La società per azioni", en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padua, 1984, p. 10: "E sulla scia di questa osservazione si è concluso che il contratto risulta *nella realtà, uno strumento socialmente dannoso e gravemente pregiudizievole per gli interessi pubblici e generali*"; TAMPONI, "Sulla clausola estensiva della garanzia pignoratizia ai crediti presenti ed ai crediti futuri", *Riv. Dir. Civ.*, 1974, p. 212 ss, p. 224; para RUBINO, "Determinatezza e determinabilità del credito garantito nella costituzione di pegno", en *BBTC*, 1952, p. 470-471, observa que el problema de los límites de determinación y determinabilidad del crédito a garantizar es distinto de aquellos límites de admisibilidad de una constitución de prenda por crédito futuro; en el derecho alemán, doctrina y jurisprudencia son proclives a la total admisibilidad de esta figura, en la que los bienes quedan pignorados desde la entrega o traspaso posesorio y sin necesidad de modificación de la fecha inicial de constitución de la garantía, y sin necesidad de nuevo documento público, al respecto vid. GÖSMAN, en *Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken*, 1993, 1/383.

adecuación con la normativa sobre cláusulas abusivas como con la exigencia de determinación de la obligación futura garantizada.

La utilización de una prenda *omnibus* significa, en definitiva, el empleo, en los singulares modelos de garantía, de cláusulas que amplían la aseguración del crédito más allá de la relación originaria que ha dado lugar a la garantía, extendiéndola eventualmentea otras posibles relaciones de crédito existentes entre las mismas partes <sup>(8)</sup>. A primera vista, podría pensarse que nuestro ordenamiento admitiría una especie de amplitud genérica vía art. 1866 II CC, mas esta interpretación es errónea puesto que el derecho que se reconoce al acreedor ex art. 1866 CC es únicamente para créditos nacidos pendiente el primero y constituida por tanto la prenda, y que vencen latente ésta. La prenda *omnibus* cubre todos los créditos que se originen entre acreedor pignoraticio y deudor, con independencia tanto de la fecha de constitución de la garantía, como del vencimiento del crédito garantizado. Y por otra parte, el propio texto de la ley habla de un derecho de retención, no de una extensión del derecho de prenda, por lo tanto este artículo no puede ser fundamento para la admisibilidad de una prenda *omnibus* <sup>(9)</sup>. Todo lo más estamos frente a un derecho personal intranscendente *erga omnes*.

### 1. La admisibilidad de la figura y el problema de la indeterminación

Las dudas sobre su admisibilidad se centran en que tanto el crédito garantizado como el objeto del gravamen resultan inicialmente indeterminados; de este modo se cuestiona si son válidas estas cláusulas ante la generalizada exigencia de que el objeto del contrato y de la obligación sean determinados o al menos determinables <sup>(10)</sup>.

<sup>(8)</sup> Vid., GABRIELLE, "Negozi", cit., p. 165.

<sup>(9)</sup> Ya argüía GARRIGUES, *Contratos bancarios*, Madrid, 1975, p. 317 cómo la mayoría de las pólizas bancarias contienen una cláusula por cuya virtud el prestatario consiente en que los valores que constituyen la garantía de la operación queden también afectos a cualquier otra deuda que, por distintos conceptos, pudiera tener contraída con el Banco. Mas el alcance jurídico de estas cláusulas no es enteramente el mismo que el del párrafo segundo del artículo 1866 del CC; análogamente GORLA, *Del pegno*, cit., p. 89.

<sup>(10)</sup> A favor de la exigencia de la determinabilidad y la individualización de la prenda, ANGELICI, *Le garanzie bancarie, Trattato di Diritto Privato* [RESCIGNO (Dir.)], 12, Turín, 1986, p. 1026 y ss., especialmente p. 1036; COLOMBO, "Pegno bancario", cit., p. 196 para quien la prenda constituida en garantía de créditos indeterminados es nula, y muestra su repulsa de cómo a pesar de nulidad se mantiene en las condiciones generales de la banca; en cambio VIALE, cit., p. 74-75, a pesar de la falta de individualización se decanta por la validez de la cláusula extensiva que sería no obstante susceptible de producir sus efectos, aunque sea puramente limitados a las relaciones entre el banco y el deudor; sobre este último punto COLOMBO, cit., p. 206-207; RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, en *Trattato di Diritto Civile*, [VASALLI (dir.)], XIV, Turín, 1952, p. 188: "il riferimento ad un credito da garantire è un presupposto necessario dell'atto che fa sorgere il pegno".

Con la aceptación de la cláusula extensiva el constituyente manifiesta preventivamente su consentimiento a la constitución de una eventual prenda sobre todos los bienes que sucesivamente vengan a disponibilidad del banco, con la consecuencia de que éste último, en caso de rechazo por parte del deudor, bien podría hacer valer judicialmente el propio derecho a la firma de los referidos actos constitutivos.

Hemos de partir, pues, de la necesaria determinabilidad del objeto de la garantía, esto es, el principio de especialidad —*Bestimmtheitsgrundsatz*—, de modo que los elementos fundamentales de la prenda se encuentren íntegramente, al menos, determinados. La determinabilidad del objeto del contrato de prenda incide, en particular, sobre el problema de la individualización de la res objeto del derecho real de garantía. Este principio conlleva la determinación del sujeto garante y garantizado, el crédito en sí mismo y el objeto dado en garantía. También hemos de interrogarnos si la admisibilidad de este tipo de cláusula *omnibus* general atenta contra el principio de accesoriedad, acaso tiene sentido un derecho de garantía si no existe un crédito a garantizar; cuestión aparte sería un contrato autónomo de garantía personal <sup>(11)</sup>.

Un ámbito proclive a estas prácticas se produce sobre todo cuando los bienes que sirven de garantía son bienes fungibles. Sin ir más lejos, como paradigma de fungibilidad tenemos los valores representados por anotaciones, si bien al constituirse una garantía son objeto de especificación o desglose (art. 17 RD 116/1992) <sup>(12)</sup>. La cláusula se estructura de tal modo que la prenda garantiza también los créditos, futuros y eventuales, incluso si no son líquidos y exigibles, y aunque se goce de otras coberturas garantizadoras.

Es, en consecuencia, requisito imprescindible para la correcta constitución de la relación prendaria determinar: a) las partes o sujetos que intervienen en la prenda; b) la obligación principal o crédito garantizado, y c) el objeto dado en garantía. Si supeditamos la validez de la figura a la determinación de la obligación principal, es precisa la concurrencia acumulativa de dos elementos: con-

---

(11) Sobre este punto son interesantes las observaciones de RUBINO, "La responsabilità patrimoniale", cit., p. 191; COLOMBO, cit., p. 197, que si bien parte de que el concepto de accesoriedad no tiene un significado unívoco, es incontestable que un derecho de garantía no tiene sentido si no existe un crédito a garantizar; BENATTI, "Il contratto autonomo di garanzia", *BBTC*, 1982, p. 171 ss.

(12) No debe extrañarnos este régimen de fungibilidad cuando era ya una configuración propia del depósito colectivo de valores en antiguo sistema de compensación del Decreto 1128/1974, que concebía este depósito como regular fungible. Una suerte de depósito colectivo en el que la propiedad se mantenía en una proporción correspondiente a la cuota de participación en el conjunto de los títulos depositados. (Vid. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., p. 402 ss.; En el derecho italiano paralelamente se crea el sistema de Monte Titoli).

crección de los sujetos de la relación jurídica de la que han de surgir las eventuales obligaciones principales y fijación de un límite máximo a la obligación garantizada (determinación del objeto).

Es obvio que el acreedor pignoraticio exige una prolija delimitación de los bienes que estarán afectos para la satisfacción del crédito. Un interés que se centra tanto *a priori* como *a posteriori*. Por un lado, determinará los bienes que durante la fase estática o de seguridad de la garantía enervará del campo de actuación de otros terceros, y por otro, potenciará su derecho de preferencia, y en caso de que llegue el día de la ejecución, venderá y satisfará su crédito, por lo que la determinabilidad sirve para conocer la cantidad concreta que debe ser satisfecha <sup>(13)</sup>.

No en vano el valor de una garantía se banalizaría si el grado en que aísla los bienes objeto de garantía para un acreedor pignoraticio fuese insuficiente. Hacemos abstracción en esta sede de la ductibilidad de la existencia de figuras abstractas de garantía, en las que el principio de especialidad no es un requisito esencial <sup>(14)</sup>.

La principal objeción a esta prenda radica en si efectivamente se cumplen los parámetros del principio de especialidad <sup>(15)</sup>.

Nuestro ordenamiento no es ajeno a estas prácticas; así, y como adaptación del principio de especialidad, encontramos la hipoteca de máximo, puesto que al existir un *maximum* de responsabilidad hipotecaria, es decir un techo o tope de garantía, permite la existencia de cierta indeterminación en la obligación principal, sin detrimento de que se pergeñen las líneas básicas del crédito. Ahora bien, estos parámetros se difuminarían si simplemente constataren los sujetos involucrados, con lo cual debemos indagarlas respecto a la relación jurídica subyacente. De otra parte encontramos un parangón con la figura de la

---

<sup>(13)</sup> De este modo, el título constitutivo de la prenda habrá de indicar el crédito garantizado, esto es, la fuente del crédito, su cuantía, así como el objeto de la prenda con una suficiente individualización. Vid. GORLA, *Del pegno*, cit., p. 46 en cuanto al objeto, para que sea válida la cláusula debe establecerse que todos los títulos o bienes del deudor, depositados o poseídos por cualquier título por la entidad, deben quedar en garantía del crédito, sin que signifique admitir una indicación genérica *per relationem*. Siendo nulo el pacto por el cual la prenda se deba extender también a otros objetos no individualizados.

<sup>(14)</sup> Ejemplos palmarios de esta posibilidad lo constituyen los contratos autónomos de garantía. ANGELICI, *Le garanzie bancarie*, cit., p. 1032; BENATTI, cit., p. 171.

<sup>(15)</sup> TAMPONI, "Sulla clausola estensiva della garanzia pignoratizia ai crediti presenti ed ai crediti futuri", *RDC*, 1974, p. 222, quien comenta una sentencia de Cassazione civile de 19 de junio de 1972; la Suprema Corte negaba que los estatutos del banco en cuestión tuvieran eficacia normativa externa, pretendiendo prolongar esa cláusula extensiva.

fianza por créditos futuros perfectamente extrapolable a la prenda por vía analógica, sobre la base de que *lo mismo que puede existir obligación presente, de contenido determinado o indeterminado, también la obligación futura puede serlo determinada o indeterminadamente, sin que sea admisible confundir la futuridad con la indeterminación* <sup>(16)</sup>.

Ahora bien, al hilo de esta controversia podemos preguntarnos, por un lado, si hemos de entender que dentro del concepto de obligación futura han de integrarse todas aquellas que en el momento de la constitución de la garantía no hayan nacido, independientemente de que su proceso de formación esté iniciado o no se haya iniciado todavía; y por otro, si es imprescindible la preexistencia de un vínculo jurídico del cual surgirá la obligación a garantizar, vínculo que se estima indispensable por exigencias de la accesoriedad; y finalmente, si bien no es necesario que exista entre las partes un vínculo jurídico del que surja la obligación garantizada en el momento de acordarse la garantía, han de existir en tal momento circunstancias objetivas que, referidas a las personas y al montante de las deudas, permitan la determinación de la obligación futura <sup>(17)</sup>. Es decir, *ab initio* se requiere un cierto grado de concreción sobre lo que es materia del contrato y, por lo tanto, del vínculo jurídico. En efecto, de la propia noción de determinabilidad deriva la necesaria concurrencia al celebrarse el contrato de los criterios que conducen a la necesaria y definitiva determinación, sin necesidad de nuevo convenio *inter partes* <sup>(18)</sup>.

---

(16) Ver en extenso GUILARTE, *Comentarios al código civil y compilaciones forales*, tomo XXIII [ALBALADEJO (Dir.)], 2.ª ed., Madrid, 1990, pp. 105 y 107, partidario de afianzar cualquier obligación futura, entendiendo por tal la que no tiene realidad, por no haber nacido, en el momento de constituirse la fianza, pero tal amplísima posibilidad ha de armonizarse con el principio que proclama el carácter expreso de la fianza y con el requisito de la determinabilidad. Ha de entenderse, pues, que sólo la obligación futura y determinada o determinable, sin necesidad de una nueva declaración del fiador y del acreedor, es susceptible de afianzamiento, **lo cual exigirá, como se ha observado, que, al menos, sean conocidas las partes entre quienes la obligación principal debe surgir y, de alguna forma, esté determinado o sea determinable el límite de la garantía o de la obligación principal**; vid. "Comentario art. 1825 CC", en *Comentario del Código civil*, T. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 1792; también SALINAS ADELANTADO, *El régimen jurídico de la prenda de valores negociables*, Valencia, 1996, pp. 276-277.

(17) Tesis y criterios desarrollados por GUILARTE, *Comentarios*, cit., p. 104.

(18) Así lo corrobora el art. 1273 CC del que se desprende que dichos criterios han de deducirse ineludiblemente del negocio constitutivo celebrado. Sobre estos extremos vid. FERNÁNDEZ ARROYO, "Comentario a la Sentencia de 23 de febrero del 2000. Fianza general por deudas futuras. Presupuestos de validez de las garantías fideusorias globales", *CCJC*, 53, 2000, pp. 727 y ss. y 739.

No podemos abogar por un grado de indeterminación extremo, sino más bien relativizado hasta un tope máximo que funcione como límite permisible para garantizar una obligación a la que queda afecta la garantía, y siempre desde la base de una total identificabilidad de los sujetos involucrados.

Otro problema, y no menor, en aras a una posible prelación y que se suscita si se admite esta figura, es la necesidad de analizar si la individualización debe provenir en el acto mismo en el que el constituyente presta el consentimiento, o sin embargo puede producirse ulteriormente; así mismo podemos plantearnos si es admisible el criterio de determinación expresa de la cláusula, especialmente en aquellos bienes que vengan a estar en posesión del banco <sup>(19)</sup>. La idoneidad de esta cláusula debe permanecer excluida en tanto no se indique en un documento con fecha cierta cuáles serán los bienes, ulteriores respecto de aquellos que inicialmente fueron objeto del acto constitutivo de la prenda, y sobre los que el vínculo prendario se extiende <sup>(20)</sup>.

## 2. La prenda *omnibus* en el caso de acciones de una sociedad

El problema fundamental que nos encontramos en el caso de prendas *omnibus* es el de si cláusulas del tenor “*El banco tendrá un derecho de prenda sobre todos los valores y saldos propiedad del cliente que se encuentren en poder del banco, actualmente o en el futuro*” eran y son válidas, y si son válidas o por mejor decir si esa prenda va a producir sus efectos frente a terceros en tanto en cuanto no se lleve a cabo el traspaso posesorio (valores futuros y aún no en poder del banco) y se otorgue la correspondiente escritura o documento público. Lo mismo sucede respecto a la prelación, ¿cuándo se entiende verificada, desde el momento en que se haya producido el traspaso posesorio y el otorgamiento de documento público, o puede por contra mantenerse como fecha prelatoria la inicial? ¿Deben prevalecer por tanto las prendas o embargos anteriores a estas fechas frente al acreedor prendario? La validez de esta cláusula, se ha afirmado, configurando la constitución de la prenda como una relación compleja (consentimiento más imposición), en la cual el deudor, aceptando la cláusula, prestaría el consentimiento a la sujeción a prenda de los bienes que terminen sucesivamente en depósito del acreedor bancario; la relación compleja se perfeccionaría con este sucesivo subvenir en depósito del acreedor, ya que

(19) Sobre el momento de esta individualización se pronuncia ANGELICI, “Le garanzie bancarie”, cit., p. 1039: “perplexità in particolare possono nutrirsi nei confronti di un modo di individuazione del bene che si presenta in termini assolutamente generici e che, a ben guardare, pare voler addirittura prescindere dallo stesso comportamento volontario delle parti e riferirsi anche a fatti solo accidentali.”

(20) Conforme GABRIELLI, “Negozi”, cit., p. 166.

el primitivo consentimiento constituye el título para el cambio del *animus detinendi animus possidendi* <sup>(21)</sup>. La objeción fundamental que se puede achacar a este tipo de prenda es la indicación genérica *per relationem*, con mera referencia a los futuros objetos que terminarán en posesión del banco, con lo que otros acreedores terceros pueden resultar fácilmente defraudados, puesto que bastaría con entregar al acreedor banco cualquier título u objeto para constituir la prenda. No se trata aquí de una concesión en prenda de bienes futuros, sino de una concesión en prenda de bienes indeterminados y determinables solamente con la misma formalidad constitutiva de la prenda (imposición) <sup>(22)</sup>. De admitir tal figura el momento o la fecha de constitución de la garantía habrá de ser el de la entrega de los bienes en la primigenia prenda, no en el de los sucesivos de la prenda *omnibus*. De este modo se verifica una alteración del elemento de la proporcionalidad extendiéndose la garantía pignoratícia a sumas diversas de aquellas que han formado objeto de la primigenia operación crediticia.

Por otra parte, también podemos encontrar cláusulas extensivas de la garantía a futuros créditos o cualesquiera otras operaciones bancarias de las que resulte acreedora la entidad bancaria. Esto es, cláusulas tendencialmente omnicomprendivas de toda relación jurídico-económica entre banco y cliente, pesea que en la póliza o contrato lo único cierto y determinado son los sujetos intervinientes pero no los créditos u operaciones crediticias que todavía son futuros, y portanto no determinados. La simple individualización de los sujetos entre los cuales el crédito puede surgir no puede contener los elementos suficientes e idóneos ni para determinar la relación jurídica constitutiva del crédito ni el objeto del crédito <sup>(23)</sup>. Otra interpretación merecería la cláusula si en la misma se enumeraran taxativamente los diversos negocios concretos de entre los cuales puedan surgir los créditos que se deban entender incluidos en la prenda, con independencia de que éstos negocios sean ya existentes <sup>(24)</sup>. Así, para que esta cláusula sea más viable debe concretar los negocios que gozan de una tipicidad suficiente en el tráfico que permita su fácil individuación, excluyéndose por contra términos residuales como “y todos los demás negocios que se puedan concluir con el cliente”, o el recurso a expresiones ambiguas como “las operaciones de crédito que existan entre las partes”. Sino se concretizan los requisitos necesarios a fin de que esos créditos puedan considerarse determinados,

---

(21) Esta es la tesis formulada por COLOMBO, cit., p. 201.

(22) Cfr. GORLA, cit., p. 46.

(23) A análoga solución se llega en Italia, donde la mayor parte de la doctrina entiende nula semejante cláusula. Una buena síntesis de las diferentes opiniones doctrinales puede verse en el reciente trabajo de MARANO, “Pegno bancario e fallimento”, *BBTC*, 2000, 1, p. 124.

(24) Cfr. SALINAS, “Pegno omnibus”, *BBTC*, 1997, p. 615; MARANO, cit., p. 124.

como por ejemplo, individualizando el monto del crédito, la naturaleza del mismo, la fuente y el vencimiento, semejante cláusula o bien es nula en cuanto a la extensión, pero no en cuanto al resto del concreto contrato de prenda, o bien es indiciaria de una especie de precontrato de prenda, perfeccionándose el derecho real de prenda únicamente con la suficiente determinación de crédito garantizado <sup>(25)</sup>. El derecho real de prenda sólo surge cuando el crédito está determinado, no antes. En estos casos, por tanto, el crédito carece del derecho de prelación, no pudiendo considerarse privilegiado. Cuestión distinta se produce si el deudor que tiene en garantía sus acciones contrae un nuevo crédito frente al mismo acreedor bancario exigible antes de haberse pagado el primero: podrá prorrogar el acreedor el derecho de retención hasta que se le satisfagan ambos créditos, aunque no se hubiese estipulado la sujeción de la prenda a la seguridad de la segunda deuda (ex art. 1866 CC) <sup>(26)</sup>. Ahora bien, esto no significa dotar al acreedor pignoraticio ni de prelación ni del derecho a apropiarse de los frutos que produzcan los bienes.

## II. LA PRENDA ROTATIVA. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

### 1. El cambio de objeto de la prenda

La virtualidad de esta figura consiste en la posibilidad de cambiar un objeto prendario por otro cuando el primero peca o sufre un detrimento patrimonial considerable, lo que menoscaba la eficacia de la garantía sin tener que proceder de este modo a una ejecución anticipada, o solicitar del deudor un complemento de la garantía para lo que deberá pignorar un nuevo bien pero con fecha ulterior a la primera garantía.

La admisibilidad de una prenda rotativa debe ser asimilada a la luz de los principios que rigen la autonomía de la voluntad, dado que en la práctica tal forma de garantía aparece siempre más difusa, como sucede en el caso de

---

(25) A favor de entender nula la cláusula de extensión si no se determina el crédito se pronuncian entre otros RUBINO, "La responsabilità", cit., p. 190; GORLA, *Del pegno*, cit., pp. 15 y s.; LAURINI, "Sulla clausola di estensione della garanzia a crediti futuri e indeterminati", *BBTC*, 1967, p. 431; COLOMBO, "Pegno bancario", cit., p. 197.

(26) Se cuestiona TAMPONI, "Sulla clausola estensiva della garanzia pignoraticia ai crediti presenti e a quelli futuri", *Riv. Dir. Civ.*, 1974, p. 221, al igual que COLOMBO, cit., p. 199, si cabe la conversión de la cláusula de extensión de garantía (inválida) reconduciéndola por extensión pacticia al derecho de retención del acreedor (art. 2794 del Codice) también para los créditos surgidos anteriormente a la constitución del primigenio derecho de prenda y vencidos después del pago del crédito garantizado.

prenda de valores conferidos en gestión patrimonial, o con la misma prenda de valores de deuda pública, etc. Entre los ordenamientos que admiten esta figura, el derecho italiano, en el art. 2742 del *Codice*, admite la sustitución del objeto de la prenda, con la consiguiente transmisión de la prelación, a través de la subrogación a la indemnización de la cosa objeto de prenda cuando ésta última hubiere perecido o se hubiese deteriorado <sup>(27)</sup>.

Esta prenda opera mediante una subrogación real, sustituyendo el objeto de la prenda, pero manteniendo la originaria unidad e identidad de la relación, en cuanto al interés protegido con la garantía y dirigido no a conseguir la cosa, sino el valor económico representado por la cosa, bajo la cual se subsume el concepto de garantía real <sup>(28)</sup>.

En nuestro ordenamiento hemos de partir, antes de decantarnos por la admisibilidad de la figura, de un análisis del art. 1129 CC, enjuiciando ante todo si estamos ante una norma de mínimos inderogable. Este artículo habilita al acreedor a ejecutar la garantía al perder el beneficio del plazo el deudor ante la disminución de la garantía y su no ulterior reposición o integración de su valor. En su párrafo tercero se plantea el supuesto de esa pérdida de garantía cuando el deudor por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras. La pregunta es obvia, cabe la sustitución del objeto por una alteración vía legal (ley catalana de garantías posesorias), o cabe también por vía convencional. Para ello es necesario cuestionarnos si es factible en derecho común sostener como causas de sustitución del objeto —rotación de la prenda— no sólo la desaparición del objeto sino también si es viable cuando opera una mera disminución imputable ya al deudor, ya por mero caso fortuito. Pensemos así en el supuesto de unas acciones admitidas a negociación bursátil y que son objeto de pignoración, y que las mismas disminuyen de valor debido a fluctuaciones en su cotización, ¿es por ello caso fortuito? Hasta qué punto no es previsible una alteración de su

---

(27) Vid. GABRIELLI, cit., p. 168; BARBIERA, "Responsabilità patrimoniale", en *Il codice civile commentario*, [SCHLESINGER (dir.)], Milán, 1991, pp. 140 y ss. Un amplio y reciente estudio sobre la garantía rotativa puede verse en RESCIGNO, "Le garanzie rotative convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina", *BBTC*, 2001, p. 1 y ss.

(28) Conforme ROJO AJURIA, cit. p. 79; en Alemania en particular el uso de la reserva de dominio —*Eigentumvorbehalt*— se halla tan extendido que hoy constituye la garantía principal a favor de vendedores y suministradores, vid. SERICK, *Garantías mobiliarias*, cit., pp. 52-66, para quien la primera forma de prolongación se efectúa a través de la cesión anticipada de créditos, acompañada de una autorización de cobro basada en la fiducia germánica. La segunda forma de prolongación se efectúa a través de la cláusula de especificación, cuando los bienes están destinados a transformarse en otros bienes distintos; id. *Eigentumvorbehalt und Sicherungsübereignung*, IV, Heidelberg, 1976.

valor cotización. ¿Porqué no preverlo *ex ante*? Aplicando los artículos 1129 y 1105 CC, con un razonamiento económico es imputable al acreedor pignoraticio prever esos riesgos. Éste era consciente de que las acciones podía decaer en su valor. Una visión económica del derecho aconseja el pacto expreso en contrario que prevé el art. 1105 CC.

El artículo 1129 CC es garantía del acreedor pero también del deudor. Si es caso fortuito y se destruye totalmente la cosa, el deudor debe reponer la garantía. Sin embargo, si el objeto disminuye de valor no tiene el deudor que complementar la garantía <sup>(29)</sup>. El problema es que una cosa es que el acreedor no tenga la facultad de realizar anticipadamente el crédito y otra bien distinta que no tenga derecho a exigir al deudor que cubra esa diferencia. Sería lícito portanto prever en un contrato de prenda que en caso de pérdida de valor —disminución— tenga el deudor que reponer el valor de la garantía incluso aunque el art. 1129.3 CC únicamente lo prevé si es por caso fortuito <sup>(30)</sup>.

Para admitir la rotatividad hemos de partir de una suficiente especificación o indicación de los bienes que pueden o van a ser objeto de la sustitución, es decir, es necesaria una rigurosa predeterminación del pacto y de los bienes, así como los mecanismos a través de los cuáles los bienes originariamente sujetos dejan de estarlo y cómo se procede formalmente a esa sustitución. Por ello las cláusulas rotativas sólo se admitirán si son suficientemente específicas, precisando la modalidad de determinación del valor de los bienes, si prevén indicadores externos que permitan la inmediata identificación de los bienes (acciones cautelares, certificados, anotaciones, etc.) y finalmente cuando se prevea formalmente toda operación de cambio del objeto que individualice los nuevos

(29) Vid. BADOSA COLL, art. 1105, *Comentario del Código Civil*, [PAZ-ARES/DÍEZ-PICAZO/BERCOVITZ/CODERCH (Coord.)], Tomo II, Madrid, 1991, pp. 42 y ss.; C. LASARTE ÁLVAREZ, art. 1129, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Madrid, 1991, pp. 108-109; MORENO QUESADA, “El vencimiento anticipado del crédito por alteración de sus garantías”, *ADC*, 1971, pp. 429-479.

(30) En el derecho norteamericano, el riesgo a una pérdida accidental de la prenda —obligación colateral— recae en el deudor, quien debe prever la cobertura de un seguro. Así B. CLARK, *The law of secured transactions under the Uniform Commercial Code*, Boston, 1980 (1997 *Cumulative supplement* n.º 3, Kansas), parágrafo 7.14[4][b], *Risk of loss*, señala: “Under 9-207(2)(b), the risk of accidental loss of the pledged collateral is on the debtor “to the extend of any deficiency in any effective insurance coverage”. The insurance coverage referred to in this provision of course means that taken out by the secures party to protect its own interest... If the collateral is not insured at all and is accidently destroyed or lost, the risk of loss is on the debtor and the obligation is not discharged. But if the secured party’s interest in the collateral is insured, what about the subrogation rights of the insurer?”; P. COOGAN/W. HOGAN/D. VAGTS/J. McDONNELL, *Secured Transactions under the UCC*, Volume 1 A, New York-San Francisco, 1998, 14.06[4][c].

bienes objeto de la garantía haciendo expresa referencia al originario contrato de prenda con pacto de sustitución.

Cosa distinta es un pacto que consienta al acreedor que, invariable el valor de los bienes objeto de la garantía, su cambio o sustitución comporte la constitución de una nueva garantía, no una subrogación real del objeto, con lo que el acreedor pierda la posibilidad de satisfacerse preferentemente sobre el producto de la realización de los bienes que formaban el objeto de la primera garantía.

Pero, ¿se puede sustituir el objeto de la prenda?, y si es posible, ¿es necesario otorgar una nueva escritura pública? <sup>(31)</sup>. Y si lo es, ¿estamos ante una nueva prenda en cada modificación o, simplemente se trata de una alteración de la relación primigenia? En principio hemos de partir de la constitución de una nueva prenda, lo cual no es sino un corolario impuesto por la exigencia de la certeza de la fecha para su oponibilidad a terceros. Si asumimos la tesis de que la prenda es un derecho de satisfacción para cobrar el crédito, no en la cosa misma, sino en el valor del objeto de la garantía, quedan limadas sustancialmente las principales asperezas hacia la admisibilidad de la sustituibilidad de valores <sup>(32)</sup>. Así, durante la fase estática de la garantía el objeto de la prenda recae en la cosa dada en garantía, mas cuando llega la fase ejecutiva el derecho de satisfacción preferente del acreedor recae sobre el valor económico de la cosa. Bajo esta perspectiva es posible, mediante subrogación real, llevar a cabo la sustitución del objeto de la prenda, manteniendo la originaria unidad e identidad de la relación, en cuanto que el interés protegido con la garantía no es aquel dirigido a la obtención de la *res*, sino aquel dirigido a la realización de la utilidad real: la del valor económico representado por la cosa, en la cual se identifica el concepto de garantía real <sup>(33)</sup>.

La clave de la sustituibilidad radica en la exacta individualización del valor económico de los bienes que se intercambian, la paridad de valor, pero sobre todo, en la elección del momento cronológico en el cual se ha de fijar el

---

(31) A favor de renovar la escritura, entre otros, REALMONTE, "L'oggetto del pegno: vecchi e nuovi problemi", *BBTC*, 1994, pp. 10-22, p. 13; VIALE, "Le garanzie bancarie", cit., p. 103; TAMPONI, "Sulla clausola", cit., pp. 212 y ss. y p. 218.

(32) El preámbulo de la ley de garantías catalana es claro: "Asimismo, se regula la prenda de cosas fungibles. Esta figura tiene como base el paso del concepto de 'prenda objeto' al de 'prenda de valor'. Esto significa la posibilidad de sustituir la totalidad o una parte de las cosas dadas en prenda por otras de la misma especie y calidad, siempre que se hubiera pactado expresamente, lo cual implica el mantenimiento de la garantía"; para SALINAS ADELANTADO, *El régimen*, cit., p. 221, si el acreedor pignoraticio no puede apropiarse del objeto de la prenda sin valorar que éste coincide con la cantidad garantizada es porque, en realidad, el objeto de su derecho no es la "cosa" en sí, *sino su valor económico*.

(33) Partidario de este postulado GABRIELLI, "Negozi", cit., p. 169.

valor de los bienes que sustituyen a los primitivos. Y esta valoración o bien se lleva a cabo de una vez en el momento de la constitución del vínculo prendario, o bien se fija el valor en el momento del cambio de los bienes objeto de la garantía. Es decir, o bien se predetermina el valor del vínculo de garantía originariamente en base a una paridad económica, o bien dentro de los parámetros del ligamen en el momento exacto de proceder a la sustitución verificándose la valoración del bien.

El problema se produce a la hora de concretar la determinación de valor de los bienes cuya paridad representa el límite de admisibilidad de la sustitución del objeto de la garantía. La predeterminación del valor del vínculo prendario en modo alguno debe entenderse como una indicación abstracta del valor económico de la inicial garantía, pues que pasaría entonces con la facultad de un acreedor no rotativo de hacer suyos los aumentos de valor, fructos e intereses de los bienes pignoralados. La rotatividad es compatible con la sustitución del objeto efectuada con bienes correspondientes al contravalor del bien originario pero no a sus frutos, puesto que la sustitución debe hacerse con bienes con identidad de valor a aquellos originarios. Nunca la rotatividad puede significar un perjuicio a los derechos de los acreedores quirografarios, además de no significar una disminución del valor del patrimonio del deudor que sirve como garantía genérica. No en vano el valor de una garantía depende del grado en que aísla las pretensiones del acreedor garantizado de las pretensiones del resto de acreedores. La correcta determinación del precio de mercado señala un límite externo a la validez del pacto de rotatividad.<sup>(34)</sup>

## 2. La viabilidad de la sustitución del objeto

Novemos inconveniente alguno para sustituir de forma progresiva valores pertenecientes a un mismo deudor, siempre y cuando gocen de fungibilidad—y sin que estemos ante una prenda irregular—, con un valor cotejado parangonable, y sin merma de la garantía<sup>(35)</sup>. La necesaria equivalencia entre el valor del bien sustituido y el valor del bien sustitutivo comporta que la subsistencia de la relación vendrá medida o evaluada de todos modos en el momento en que se

<sup>(34)</sup> Sobre estos extremos puede verse un amplio estudio y desarrollo en RESCIGNO, cit., p. 14 y ss.; así como PISCITELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, Torino, 1999, pp. 102 y ss., nt. 145 donde señala las dificultades existentes a la hora de realizar el concreto cálculo del valor para determinados bienes.

<sup>(35)</sup> El art. 12.2 *in fine* de la ley de garantías posesorias catalana (22/1991, 29 nov.), al hablar de la sustitución de valores, ya cotizables ya no, prevé una diferencia de valor hasta el 5%, pero en este caso, el deudor repondrá inmediatamente la diferencia en metálico; más detenidamente aborda esta cuestión REALMONTE, "L'oggetto del pegno", cit., p. 10; RESCIGNO, cit. pp. 12 y ss.

produce la sustitución y no en el momento de la eventual apertura de la ejecución forzosa <sup>(36)</sup>.

La relación obligatoria-garantoria es la misma, sin necesidad de modificar el título constitutivo de la prenda, cuyos elementos, a excepción del objeto, están explícitamente en él determinados. En lo concerniente al objeto, siempre que se sustituyan cosas dadas en garantía por otras *de la misma especie y calidad*, y se hubiese pactado expresamente, podemos hablar de mantenimiento de la garantía. Por otra parte debemos efectuar, desde un plano formal, una distinción entre los objetos materiales y el objeto de la garantía, con abstracción unitaria de la concreta *res*, ya que desde tal perspectiva el objeto de la garantía adquiere un valor de síntesis, independiente de la específica identidad de los singulares componentes, con una evaluación del sustrato material <sup>(37)</sup>. En suma se trata de aprovechar al máximo el carácter de la fungibilidad, especificando en el contrato qué bienes fungibles y de qué calidad constituyen y pueden constituir el objeto de la prenda <sup>(38)</sup>. El art. 11.3 de la Ley catalana sobre garantías posesorias sobre cosas muebles de 29 de noviembre de 1991 constituye el mejor exponente sobre la concepción unitaria de la prenda, señalando: “*Podrán configurarse como objetos unitarios de prenda los conjuntos o paquetes de valores, como pueden ser acciones, obligaciones, bonos, créditos o efectos en general, de acuerdo con la legislación aplicable en la materia*”, y en el art. 12.1, sin cortapisa alguna, proclama: “*Si se hubiese pactado así expresamente, el deudor podrá sustituir la totalidad o una parte de las cosas fungibles dadas en prenda, entendiéndose por cosas fungibles aquéllas que se pueden sustituir por otras de la misma especie y calidad.*”

A pesar de algunas dudas que puede suscitar el texto de la ley, hay que reconocer que estamos ante un válido ejemplo de flexibilización y dilatación en

---

(36) A lo que añade GABRIELLI, cit., p. 171, “se le parti hanno espressamente previsto il patto di rotazione del vincolo, nell’atto costitutivo della garanzia, l’effettivo verificarsi della sostituzione non potrebbe considerarsi alla stregua di fatto che manifesta in modo sistematico il mutamento *in pejus* delle condizioni patrimoniali del costituente... la rotatività della garanzia è dunque connaturata al tipo di operazione economica posta in essere, la cui funzione verrebbe frustrata se, ad ogni successivo passaggio del vincolo di garanzia, si rendesse necessaria la predisposizione di un nuovo titolo di prelazione.”

(37) En este sentido MESSINETTI, “Le strutture formali della garanzia mobiliare”, *RCDD*, 1991, pp. 812 y ss.

(38) En el ordenamiento francés la Ley 83-1 de 3 de enero de 1983 sobre desarrollo de las inversiones y la protección del ahorro señala: “*Tout titre venant en substitution ou en complément de ceux constitués en gage, par suite d’échanges, de regroupements, de divisions, d’attributions gratuites, de souscription en numéraire ou autrement, sont, sauf convention contraire, compris dans l’assiette du gage à la date de la déclaration prévue à l’alinéa 1.º*”.

la determinación del objeto. Ahora bien, no es específica si las sustituciones han de operar entre valores del mismo género o, por contra, operaría también entre los valores que componen el elenco de bienes fungibles, es decir, sustituir acciones por bonos o por obligaciones <sup>(39)</sup>. El criterio más correcto es éste último a tenor de lo preceptuado en el párr. 2.º del art. 12: “*En el caso de valores cotizables, la sustitución de unos valores por otros se hará por el precio de las respectivas cotizaciones en el mercado oficial el día de la sustitución*”; en consecuencia, es plenamente factible sustituir cualquier bien del conjunto por otro perteneciente al mismo siempre cuando guarde absoluta parejidad económica.

### 3. ¿Necesidad de nuevo documento público?

Y con respecto al segundo interrogante, se plantea el dilema de si para cada sustitución o para cada adición al objeto inicial es preceptivo el otorgamiento de un nuevo documento público, con el sustancial incremento de costes que ello implica y, sobre todo, cuál ha de ser la fecha de esta nueva pignoración, la inicial o la adicional de la nueva constitución <sup>(40)</sup>. La cuestión no es fácil de dirimir, así si damos preferencia a la fecha de la ampliación de la garantía estamos beneficiando a acreedores intermedios y, sin embargo, si mantenemos la fecha inicial de la primitiva constitución prendaria, sustraemos bienes a la garantía de ese otro acreedor, continuando bajo el derecho de preferencia del primer acreedor. Incluso podemos plantearnos si prima la fecha de la constitución o la de la sustitución. El cambio del objeto de garantía ha de efectuarse sin mermar el principio de continuidad del originario derecho de prelación respecto a los nuevos bienes. Pensemos en el caso de diferentes valores representados mediante anotaciones en cuenta y que son objeto de prenda, la inscripción de la garantía en el registro contable —al margen de un posible apoderamiento al

<sup>(39)</sup> Nuevamente en el derecho francés, el derecho clásico de prenda era totalmente reacio a toda posibilidad de subrogación real. Pero hoy tal regla no tiene razón de ser, pues no constituye sino un freno al desarrollo de la prenda. La nueva redacción del art. 29 de la Ley de 3 de julio de 1983, si bien ya la anterior reforma de 1996 admitía cierta flexibilización, sienta un principio general de fungibilidad autorizando la subrogación real, así vid. LEGEAIS, “Gage de comptes d’instruments financiers”, *RDBB*, 64, 1997, p. 227.

<sup>(40)</sup> REALMONTE, “L’oggetto”, cit., p. 13, quien después de admitir la necesidad de que toda sustitución debe llevar aneja una renovación de la escritura, afirma es contundente: “necessità che trova concorde la giurisprudenza e che in dottrina è sostenuta non solo da chi ad ogni sostituzione ricollega la nascita *ex novo* del pegno, ma pure da chi opta per la permanenza dell’originario rapporto. Si potrebbe prospettare la sufficienza dell’indicazione nella scrittura iniziale, oltre che dei titoli consegnati al creditore pignoratizio, anche della specie di titoli con cui questi potranno essere sostituiti.”; también RSCIGNO, cit., pp. 20 y ss.

banco para proceder ante la entidad encargada del registro— opera con la fecha de esta constitución adicional, mas no con la de la primigenia relación prendaria, ¿qué sucede con los terceros de buena fe en orden a la oponibilidad de la prenda? Si por ejemplo en la escritura o documento público inicial de constitución de prenda sobre una cartera de valores de un mismo deudor se indica suficientemente que valores son entregados en prenda al acreedor pignoraticio y paralelamente se advierte de la posibilidad de la especie de valores que pueden ser entregados como sustitución, en caso de disminución de la cotización de esos valores, podría facilitarse la posibilidad de eficacia de esta prenda rotativa. Ahora bien, esto significa admitir que en el caso de anotaciones en cuenta a la hora de expedir el certificado de legitimación se consignasen en estos extremos al menos su posibilidad, pues de otro modo el tercero no tendría acceso a estas estipulaciones, salvo que se le mostrase el documento público donde se consignase toda la operación de crédito y garantía. No obstante si nos encontramos ante títulos documentados y la prenda se constituye por vía cartular sobre acciones a la orden a través de endoso, la constitución de la prenda variará de fecha pues no puede entenderse la inicial de la primera afección de valores, pues la fecha será la del endoso y no la de la subrogación. En el caso de acciones al portador se estará a lo dispuesto en la escritura o documento de constitución de la garantía, en donde podría estipularse alguna cláusula de rotación de la garantía sobre otros valores del deudor. Lo mismo sucedería si la transmisión limitada de las acciones se verifica por derecho común. En estos casos sí se podría oponer a esos ulteriores terceros el documento público. La fecha de constitución sería la inicial de la prenda primera. De este modo el punto de equilibrio entre unos y otros intereses, los del deudor y acreedor y los de los terceros ambos dignos de igual tutela, quiebran ante semejante situación <sup>(41)</sup>.

Por otra parte cuando aumenta el valor del objeto de la garantía, fruto de sucesivas incorporaciones, sin alteración de la fecha inicial de constitución de la garantía, puede dar lugar a un importante abuso por parte del banco. O la hipótesis de que banco y cliente estén de acuerdo en crear un crédito aparente que justificase la extensión de la prenda a todos los bienes y valores depositados en el banco. No sería extraño proponer la fijación de un límite máximo del valor

---

(41) SALINAS ADELANTADO, *El régimen*, cit., p. 228, propone una posible solución, que sería: “en los valores cotizados, la negativa del acreedor pignoraticio a la transferencia de que habla el art. 41.3 RD 116/1992 hasta que se le comunicase dicha circunstancia al tercero para romper su buena fe. En los valores no cotizados, sin embargo, visto el tenor del art. 50.3 RD 116/1992, parece que no cabría esta posibilidad”; para RESCIGNO, cit., p. 26, “la tutela del creditore pignoratizio, infatti, non può spingersi al punto di crearse una sorta di fictio di insorgenza di un diritto di pegno prevalente sui diritti dei terzi su di un bene primache lo stesso sia effettivamente divenuto oggetto di quella garanzia”.

que puede llegar a tener la garantía <sup>(42)</sup>. De este modo, fijado este límite, y concretado en una cantidad determinada, sería fácilmente demostrable la desproporción *abusiva* entre el límite fijado en relación con los créditos que se garantizan. La fijación de este límite, similar con lo que sucede con la *marge de garantie* francesa <sup>(43)</sup>, o con la *beleihungsquote* alemana, opera de la siguiente forma: si el valor de la garantía baja o se minorra por debajo de dicho límite, se puede pedir un complemento al deudor, o proceder, en caso de inacción, a ejecutarla prenda. Del mismo modo, y en sentido contrario, si el crédito pignoraticio estuviese suficientemente garantizado a la vez que determinado o determinados los créditos para los cuales se afectan en garantía los valores, el constituyente de la garantía podría disponer hipotéticamente de aquellos valores que sobrepasasen en exceso el margen de garantía, ya que aquel no peligraría. Como vemos y siguiendo esta argumentación, la colisión con una prenda entendida en sentido clásico es inevitable, ya que en ésta el constituyente no recuperaría la cosa hasta la extinción de la obligación. Un margen de garantía que, en definitiva, ampara al acreedor pignoraticio de las fluctuaciones del valor de la garantía.

#### 4. La prenda rotativa sobre acciones y su proyección sobre una cartera de valores

En línea de principio, adquieren relevancia jurídica aquellos pactos que prevén, respecto a la relación jurídica existente *inter partes*, la sustitución, total o parcial, del objeto de la garantía, salvaguardando la continuidad de la relación jurídica. Pensemos así en el supuesto de constitución de una prenda sobre una cartera de valores, y no tanto ya sobre una cartera de valores estática sino en la cartera de valores dinámica con una gestión unitaria y con modificaciones cons-

---

(42) En este sentido SALINAS, *El régimen*, cit., propone la redacción de la siguiente cláusula, p. 222: “El banco tendrá un derecho de prenda sobre todos los valores y saldos propiedad del cliente que se encuentren en poder del banco, actualmente o en el futuro, **hasta la cantidad de los créditos garantizados, elevado en un 10% y en cualquier caso hasta la suma de ... ptas.**”

(43) GAVALDA/STOUFFLET, *Droit Bancaire*, París, 1994, p. 335: “Le banquier prête contre nantissement, pour une durée généralement courte, une somme représentant une fraction de la valeur des titres; une marge de sécurité est toujours prévue (v. Com., 4 fév. 1969: Bull. civ. IV, 1969, 4, n.º 38, p. 39, décidant que cette marge est stipulée dans l'intérêt du banquier à qui il ne peut être reproché de ne pas l'avoir respectée). Pour mieux se garantir contre les fluctuations des cours, la banque se réserve en outre la faculté de réclamer une augmentation du gage si la baisse atteint un certain taux”.

tantes de los valores específicos que integran la misma <sup>(44)</sup>. Y la problemática comienza cuando se quiere constituir una prenda sobre una cartera gestionada y sin que se elimine la posibilidad de que el gestor pueda seguir disponiendo de los valores concretos que la componen e integrándola con otros valores nuevos. Es decir, como compaginamos la prohibición del art. 1859 CC “El acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda... ni disponer de ellas” con la gestión dinámica de estas carteras, en las que no se disminuye *a priori* el objeto de la garantía, o por mejor decir no tiene por qué disminuir el valor del objeto de la prenda, sino que se sustituye un objeto por otro <sup>(45)</sup>. Naturalmente, el cliente no sería titular de los bienes singulares atribuidos en gestión, sino de aquellos bienes que resulten *di volta in volta* objeto de la gestión, en razón a su continua sustitución o cambio, característica esencial y natural del contrato de gestión <sup>(46)</sup>. Las partes (cliente de la gestión-deudor prendario y acreedor pignoraticio) introducen en el contrato de prenda un pacto de sustitución de los bienes en garantía —el cual debe indicar adecuadamente los criterios y la modalidad de la sustitución mediante una referencia precisa al contrato de gestión— de modo que las sucesivas sustituciones del objeto de la garantía operen dentro de un procedimiento unitario, y sin que modifiquen la relación jurídica dando lugar a nuevas prendas, limitándose por tanto a integrarse dentro del contrato de

---

(44) Sobre este particular puede verse el estudio y la distinción de ambos tipos de cartera a la hora de constituir una prenda efectuado por SALINAS, *El régimen*, cit., pp. 229 y ss.

(45) Se ha llegado incluso a distinguir a la hora de pignorar una cartera de valores entre una prenda de créditos o de derechos y una prenda de bienes muebles, así, GOMMELINI, “Il pegno e le gestioni patrimoniali”, *Riv. Dir. Comm.*, 1994, pp. 194 y ss., se refiere a un *pegno sui crediti contrattuali di cliente*, y que cuando se pignora una cartera lo que se hace es gravar o constituir una prenda sobre el derecho a la restitución del contravalor de la cartera que tiene el titular. Y como señala LENER, “Pegno di titoli”, cit., p. 592, que es partidario de una prenda de bienes muebles, en este caso el objeto de la garantía estaría constituido por el derecho a la restitución del *tantundem*, non dai valori oggetto (continuamente *in mutamento*) de la gestión. A su vez GORLA/ZANELLI, *Del pegno e delle ipoteche*, Commentario del Codice Civile, [SCIALOJA/BRANCA], 4.ª ed., Bolonia-Roma, 1992, p. 60, manifiestan su disconformidad sobre una prenda del derecho a la entrega de una cosa determinada y concreta, pues ésta sólo daría al acreedor prendario la cosa objeto de dicho derecho pero no el *ius distrahendí* sobre las cosas que tiene derecho a recibir; se ha argumentado incluso la posibilidad de aplicar a este tipo de prenda sobre carteras la figura de la universalidad de bienes que se recoge en el art. 816 del Codice. Vid. ENRÍQUEZ, “Il pegno di patrimoni oggetto di gestione mobiliare”, *Giur. Comm.*, 1993, pp. 759 y ss., p. 762; el propio art. 2786 del Codice alude a que pueden ser dados en prenda *le universalità di mobili*. Niega la posibilidad de constituir una prenda sobre un *portefeuille* DOISE, “Nantissement de monnaie, de comptes et de valeurs mobilières”, *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 1994 (38), pp. 30-51, espec. p. 43.

(46) Cfr. BOCHICCHIO, “Gestione di patrimoni mobiliari da parte di enti finanziari e pegno”, *Contratto e impresa*, 1988, p. 392.

garantía originario <sup>(47)</sup>. Así en esta cláusula de rotación, se deben contener las indicaciones necesarias para identificar los sucesivos cambios y por consiguiente la transformación del vínculo de garantías sobre los valores que constituyen el objeto, especificándose si la sustitución puede verificarse entre el mismo tipo de valores o no, acciones por obligaciones, o acciones de un tipo por acciones del mismo tipo, así como cuál será el criterio para llevar a cabo la sustitución, que en el caso de acciones cotizadas no puede ser otro que el referenciado por su precio de cotización. De este modo se puede sustituir cualquier bien de ese conjunto fungible por otro bien susceptible de integrarse dentro de ese conjunto y cuyo valor sea equivalente al bien que se sustituye. La prenda de valores integrados en un contrato de gestión vendrá así a gravar los valores objeto de la gestión misma, cualesquiera que sean y en razón de la actividad sustitutiva del gestor, a condición de que el contrato constitutivo de prenda evidencie el aspecto dinámico de la constitución <sup>(48)</sup>. No siendo necesario acudir por tanto al documento público, salvo para las acciones al portador, pues para las acciones que se representen cartularmente bastará con que se acredite la posesión de la acción y en su caso la inscripción en el propio título de la prenda, y para el caso de acciones anotadas en cuenta será imprescindible la inscripción de la garantía en el registro contable. Para facilitar estas actividades, el mecanismo más idóneo es el de conferir un apoderamiento al gestor para que pueda pignorar cada uno de esos valores que sustituyen a otros de la misma especie y calidad <sup>(49)</sup>. Finalmente, no debe obviarse la otra faceta que implica una prenda sobre una cartera de valores, cuales sea la de la influencia del acreedor pignoraticio sobre el propio contrato de gestión. Es más, el gestor pasa a ser además una especie de tercero depositario a efectos de la constitución de la prenda o de administrador de los valores si son anotaciones en cuenta, para que se entienda producido el traspaso posesorio o en su caso para realizar la inscripción registral, y siempre y cuando el propio gestor consienta el poseer en favor del acreedor prendario y no prefiera resolver el contrato. En este punto cabe distinguir, por un lado si la prenda es coetánea a la creación de la cartera de valores, o por contra si es ulterior, hipótesis esta última más frecuente, y por otro lado si el acreedor pignoraticio de la cartera es el propio gestor, o por contra el acreedor pignoraticio es un tercero a la gestión de valores. En la hipótesis de que la prenda sea ulterior al contrato de gestión y el acreedor pignoraticio sea tercero a la gestión, la afección de la cartera de valores a una prenda implica, primero,

(47) Cfr. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Padua, 1990, p. 187.

(48) Conforme LENER, "Pegno di titoli dematerializzati e di titoli in gestione patrimoniale: nuove indicazioni dalla giurisprudenza", *BBTC*, 1998, II, pp. 587 y ss., p. 593.

(49) El problema no obstante continúa siendo el de la fecha registral que consta en los valores introducidos en la cartera como bien apunta SALINAS, *El régimen*, cit., p. 236.

una reducción en los poderes de disponibilidad en el titular de los valores para retirar éstos y también para aumentar el riesgo de la cartera, y segundo, se van a cercenar los poderes del gestora la hora de adoptar las decisiones de inversión y agravarse en suma su régimen de responsabilidad <sup>(50)</sup>. Así por ejemplo cabe preguntarse si el deudor prendario y titular de la cartera puede unilateralmente revocar el contrato de comisión o por contra necesita el consentimiento del acreedor prendario, siendo evidente que sólo conjuntamente puede revocar la comisión de gestión, pero no aisladamente. Paralelamente el acreedor deberá cuando menos ser consultado o informado sobre las instrucciones vinculantes que el titular de la cartera transmita al gestor, en aras a preservar el valor de su garantía y que la propia cartera no quede vacía de contenido económico ante decisiones de elevado riesgo. Lógicamente, si el gestor es sabedor de una discordancia de criterio entre las partes podría negarse a ejecutar la orden, puesto que en caso contrario y siempre que el gestor ejecute la orden dada por el titular y esta signifique un abuso para la garantía del acreedor, éste podrá exigir tanto al titular de la cartera como al gestor los daños causados <sup>(51)</sup>.

Por otra parte, como ya hemos señalado, la constitución de la prenda atenúa las facultades del gestor, pues ahora éste debe actuar también en interés del acreedor pignoraticio. La constitución de la prenda implica una modificación en la orientación de la política de inversiones del gestor hacia una rentabilidad que preserve el valor económico de la cartera puesto que ahora cumple además una finalidad de garantía. Es más difícil que el acreedor pignoraticio apruebe o vea con buenos ojos la búsqueda de un rendimiento elevado a costa de un alto riesgo. Así las cosas, el gestor debe reubicar su política de inversiones hacia rendimientos que impliquen un riesgo mínimo. Al mismo tiempo y salvo que el gestor sea también el acreedor pignoraticio, pueden surgir conflictos de interés con este último. A su vez, el gestor además de informar al titular de la cartera sobre la marcha de la misma, habrá de comunicarlo también al acreedor pignoraticio remitiéndole en su caso los pertinentes extractos y otras informaciones cada vez que la solicite aquél. Paralelamente, y siempre que estemos ante una cartera de valores gestionada y dinámica, es normal entender que el acreedor pignoraticio no se opone a la normal ejecución del contrato de gestión por parte

---

(50) Sobre estos extremos se puede encontrar un buen desarrollo en SALINAS, *El régimen*, cit., pp. 246-249.

(51) SALINAS, *El régimen*, p. 246, propone un ejercicio conjunto de este derecho por ambas partes, con un derecho de veto para cada uno. Evitándose en principio una aptitud obstativa por parte de cualquiera de los legitimados siempre que la decisión redunde en beneficio para la cartera.

del gestor, es decir, éste continuará comprando, vendiendo y permutando valores <sup>(52)</sup>.

Para que la sustitución sea operativa, en principio todo parece indicar que los nuevos bienes deben ser entregados al acreedor y esta entrega debe ir acompañada de una escritura con fecha cierta y que contenga suficiente indicación de la cosa objeto de garantía. Pero para que esta sustitución salvaguarde la continuidad del vínculo prendario, los bienes objeto de sustitución deben considerarse no por su individualidad sino por su valor económico. Debe pues partirse de la consideración de la “cosa o bien” por su “componente de valor”, en plena unión a los intereses del titular del derecho, que tiene en garantía esos bienes no en su individualidad sino en su valor económico. De este modo la sustitución del objeto de la garantía debe hacerse dentro de los límites del valor de los bienes originariamente entregados en prenda. Sólo en este caso, de hecho, puede considerarse que la sustitución deja inmutado el valor de los bienes destinados a la satisfacción preferencial del acreedor prendario, sin comportar perjuicio alguno para el resto de acreedores. Por tanto la modificación del objeto no significa el surgimiento de una nueva relación de garantía a partir de la fecha de la entrega subrogativa de los nuevos bienes <sup>(53)</sup>. Por lo que será condición *sine*

---

(52) Cabe la posibilidad incluso de que el acreedor pignoraticio y el deudor (titular de la cartera), en caso de obtener rendimientos la cartera de valores, es decir, intereses, dividendos, reembolsos de capital, etc., acuerden el pacto anticrético del art. 1868 CC por lo que el gestor debe entregar dichas cantidades al acreedor pignoraticio. Cabe no obstante que nada se pacte o se excluya la aplicación del art. 1868, y que o bien expresamente o tácitamente acuerden que los rendimientos no se reinviertan en la cartera. Lo usual es más bien el pacto anticrético, en aras de preservar mejor la garantía y el cumplimiento de la obligación principal, pero cabe un pacto de reinversión sin que quepa la presunción de reinversión automática de los rendimientos.

(53) Como ya hemos tenido ocasión de señalar, este tipo de garantía ha adquirido cierto relieve e incluso carta de naturaleza doctrinal y jurisprudencial sobre todo en el ordenamiento italiano, pero el camino no ha sido precisamente fácil. Así, hasta llegar a la Sentencia de Casación de 29 de noviembre de 1996, ha habido múltiples pronunciamientos de tribunales inferiores que niegan que con esta subrogación de unas acciones por otras se conserve el primigenio vínculo pignoraticio, puesto que la sustitución del objeto en el contexto de una relación de prenda bancaria de acciones determina la constitución de una nueva prenda con independencia de la presencia en la escritura constitutiva de una cláusula contractual que reclame la originaria garantía. Es muy significativa al respecto la Sentencia del Tribunal de Roma de 21 de julio de 1993, *BBTC*, II, 1994, pp. 532-536, en la que se produce una sustitución de acciones al portador. Por su parte la sentencia del Tribunale di Rovigo de 4 de febrero de 1997, *BBTC*, 1998, II, p. 578, si bien niega la subsistencia de la prelación pignoratícia, pues en la sustitución de las acciones por otras que no estaban específicamente indicadas en la escritura con fecha cierta admite la validez del vínculo, así como la del Tribunale di Genova de 30 de mayo de 1997, *BBTC*, 1998, II, p. 578, ambas comentadas por LENER, “Pegno di titoli dematerializzati e di titoli in gestione patrimoniale”, cit., pp. 587 y ss.

*qua non* para la validez de una prenda rotativa la previsión de que las futuras y eventuales sustituciones del objeto de la garantía se mantengan dentro del valor de los bienes originariamente constituidos en prenda. No será válida entonces una cláusula rotativa que estipulase una genérica previsión sobre la posibilidad de sustituir los bienes objeto de garantía por otros, sin precisar ni el tiempo ni la modalidad de sustitución, y sin ni siquiera predeterminar el límite del valor económico dentro del cual la sustitución pueda ser efectuada.

El pacto de rotatividad modela de hecho el negocio jurídico de garantía tanto en función de la complejidad de los concretos intereses perseguidos por las partes en la relación negocial (y por consiguiente de la unidad formal de la operación económica dividida en el binomio relación de crédito-relación de garantía), como por las exigencias del moderno derecho de los negocios y del mercado financiero, el cual exige que los bienes objeto de garantía vengan sustraídos a improductivas inmobilizaciones materiales <sup>(54)</sup>. La admisibilidad de la modificación objetiva de los bienes garantizados preservando la continuidad, la unidad de la operación económica y la identidad de la relación jurídica de garantía pese a la variación de los bienes que constituyen su objeto, debe partir de la consideración de que el interés protegido con la garantía no es aquel abocado a la obtención de la res sino aquel dirigido a obtener el valor económico representado por la cosa ofrecida en prenda <sup>(55)</sup>.

Por otra parte, de un análisis estructural de la relación y del contenido del derecho de prenda es preciso partir de la premisa de que la naturaleza de reserva *ad rem* del vínculo pignoraticio, en cuanto dirigido a preconstituir una utilidad real, mira al objeto de la prenda no en su individualidad, sino considerándolo en su capacidad para convertirse en una utilidad: en un valor económicamente cuantificable <sup>(56)</sup>. Ciertamente el esquema negocial de una prenda rotativa im-

---

<sup>(54)</sup> Conforme AZZARO, en su comentario a la importantísima Sentencia de la Corte de Casación italiana de 29 de noviembre de 1996, n. 10632 —sez. II, *BBTC*, 1998, II, p. 492. Esta sentencia es el primer pronunciamiento del *Supremo Collegio* que reconoce y acoge la validez y eficacia de la prenda rotativa y que sigue en algunos puntos las líneas básicas de la figura configuradas básicamente en la doctrina por GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., p. 181 y ss.; Id., “Garanzia rotativa, vincoli su titoli di stato e disciplina del pegno”, *Riv. Dir. Civ.*, 1992, II, pp. 267 y ss.; y más recientemente en su último trabajo *Sulle garanzie rotative*, Nápoles, 1998.

<sup>(55)</sup> Idénticas premisas se encuentran en la sentencia del Tribunal de Milán de 17 de noviembre de 1997, vid. el comentario a esta sentencia de STINGONE, “Sulla validità de opponibilità del pegno bancario ‘rotativo’: nuove conferme dalla giurisprudenza”, *Dir. Fall.*, 1998, II, p. 97.

<sup>(56)</sup> Tribunal de Milán de 17 de noviembre de 1997, STINGONE, cit., pp. 97 y ss.

plica una variación anómala y más elástica de la estructura de una prenda normal, pero ello no debe llevarnos a pensar que nos hallamos ante una garantía atípica, pues en definitiva la función de garantía, si bien se manifiesta mediante técnicas alternativas o diversas, se cumple mediante la desposesión del constituyente que persigue idéntica finalidad en uno u otro supuesto. La subrogación convencional del objeto de la prenda se representa en esta figura a través de una apropiada técnica contractual, en cuanto que excluye todo efecto novativo y mantiene la originaria identidad de la relación jurídica en la unidad de la operación.

Para el concreto caso de prenda rotativa, son varias las dudas que surgen al analizar este tipo de prenda, así podemos preguntarnos en primer lugar ¿cuándo debe estar configurada esta cláusula de sustituibilidad o rotativa de la garantía, en el momento inicial de concesión del crédito garantizado, o bien cabe una admisión *ex post*?, ¿cuál es la fecha oponible a los terceros, la inicial o la de la sustitución de los valores? <sup>(57)</sup>, y en segundo lugar ¿cuál es el mecanismo para determinar la sustituibilidad de esos valores?, ¿puede y debe hacerse a la hora de constituir la prenda sobre los primitivos valores, o puede verificarse e introducirse una cláusula de este tipo en un momento ulterior a la constitución de la obligación garantizada?, ¿puede acreditarse en el documento *inter partes* que se presente ante el registro contable otorgando una relación más o menos determinada de los valores presentes? Es fácil llegar a esta solución si entendemos que el objeto prendario no recae sobre la cosa concreta sino sobre el valor económico, la utilidad, que al fin y al cabo ésta representa. No habría mayor problema si se admite la fijación de un límite máximo del valor que puede llegar a tener la garantía y la determinación de los bienes o valores que pueden incluirse como garantía. Entendiendo estos valores como plenamente fungibles, si bien, a la hora de proceder a inscribir la prenda en el registro contable, éste procede al desglose de los mismos.

De este modo, y teniendo en cuenta las previsiones de la Ley Catalana sobre Garantías Posesorias sobre cosas muebles de 1991, que ya en su Exposición de Motivos establece *el paso del concepto de prenda objeto al de prenda valor*; es posible admitir que exista una prenda sustituible o rotativa sobre cosas

---

(57) Quizás este punto es el más controvertido para la admisibilidad de esta figura, pues en definitiva es el que asegura la concreta operatividad de la *ipotizzata* garantía pignoratícia en términos de REALMONTE, "L'oggetto del pegno: vecchi e nuovi problemi", cit., p. 10, y que implica reconocer la posibilidad de constituir una prenda sobre valores mobiliarios que consienta la sustitución en el tiempo de los títulos entregados en garantía sin que implique la necesidad ni de renovar el cumplimiento de las formalidades prescritas para el ejercicio del derecho de prelación, ni *il mutamento delle condizioni di revocabilità dell'operazione*.

fungibles. Baste una lectura del art. 11.2 y 3 de la citada ley: “*Se considerará como único objeto de prenda el conjunto de cosas cuyo valor en el tráfico se determine en consideración a su número, peso o medida (...) Podrán configurarse como objetos unitarios de prenda los conjuntos o paquetes de valores, como pueden ser acciones, obligaciones, bonos, créditos o efectos en general...*”; la clave viene por tanto de esa configuración como objetos unitarios de conjuntos o paquetes de valores, con lo cual no es descabellado admitir la sustitución de los elementos concretos que integran estos objetos unitarios de la prenda<sup>(58)</sup>. Además el art. 12 señala: “*Sise hubiere pactado así expresamente, el deudor podrá sustituir la totalidad o una parte de las cosas fungibles dadas en prenda, entendiendo por cosas fungibles aquéllas que se pueden sustituir por otras de la misma especie y calidad*”. Es decir, la ley catalana lo que está permitiendo es la sustituibilidad de los elementos que integran el objeto prendario, siempre que las partes lo pacten expresamente, pero no permite que se varíe el valor de la garantía global<sup>(59)</sup>. Esta inmutabilidad de la variación de valor juega a favor de ambas partes. Es normal que una entidad de crédito exija de su cliente una garantía cuyo valor o margen de garantía sustitutivo exceda entre un 10% y un 15% de lo que es el montante total del crédito o créditos garantizados ante previsibles deterioros o disminuciones de valor del objeto prendado, sobre

---

(58) Esta es la opinión predominante en Italia que sostiene la *unicità della costituzione della garanzia*, queriendo afirmar la necesidad de *ragionare* respecto a los bienes objeto de la prenda en términos de *patrimonio separado* sosteniendo que tanto a los fines de prelación como de la acción revocatoria ningún perjuicio puede derivar para los acreedores por las sucesivas sustituciones, puesto que la prelación obra dentro del límite señalado por el valor de los bienes originariamente constituidos en prenda. Esta es la postura de REALMONTE, “L’oggetto”, cit., pp. 13 y ss., quien incluso propone una posible variante de la cláusula de rotatividad: “con la quale datore del pegno e creditore pignoratizio prevedono la trasformazione del pegno regolare originariamente costituito sui titoli —nel momento in cui questi ultimi vengono a scadenza e devono essere rinnovati ovvero vengono alienati allo scopo di acquistarne altri— in pegno sul credito *ex mandato* all’acquisto di nuovi titoli e al loro trasferimento al datore o alla restituzione del loro controvalore.”

(59) Así sucede también con las normas de unificación bancaria (n.u.b.) en Italia que en temas de *anticipazione bancaria* y de apertura de crédito garantizado disponen que el constituyente de la prenda puede sustituir durante el curso del contrato, con el consentimiento del banco, los bienes dados en garantía por otros que tengan las mismas características, los cuales son sujetos al originario vínculo prendario quedando excluido todo efecto novativo. La reciente Sentencia de Casación de 28 de mayo de 1998, n. 5264, comentada por AZARO, *BBTC*, 1998, p. 609, parte del supuesto de la validez de la cláusula y la prenda permanece única e idéntica en tanto que la facultad de sustitución no implique algún perjuicio a los terceros, ya sean bienes o mercancías, ya respecto de acciones e incluso en el caso de conversión de obligaciones en acciones. Vid. también GABRIELLE, *Il pegno*, cit., pp. 216 y ss.

todo si se trata de acciones que cotizan en bolsa, ya que las oscilaciones o fluctuaciones de la cotización pueden provocar estas caídas. Pero por otra parte, el que se incluya este margen de garantía, frecuente incluso en todo clausulado de contratos de préstamos con garantía de valores o anticipo bancario, hace que al deudor se le obligue a mantener constante la relación entre el precio derivado de la cotización en el mercado de los valores pignorados y el importe del coste total del crédito, obligándole a reponer la garantía cuando se alcance una depreciación en torno al 10% o procediendo en su defecto a la ejecución de la garantía (art. 1129.3 CC). Pero al mismo tiempo se tutela al deudor, pues si en ese elenco de elementos integrantes del valor unitario del objeto prendario excede de ese margen de garantía o cobertura, imaginemos que por su fuerte apreciación bursátil las acciones aumentan su cotización en un 40%, entonces el deudor pignorativo podría exigir la restitución de parte de esos valores objeto de la garantía, en tanto que exceden del crédito garantizado. El principal obstáculo es el de colegir esta reducción por exceso del valor de la garantía con el principio de indivisibilidad de la prenda. En fin, si flexibilizamos este principio y partimos de que en este tipo de prendas rotativas o sustitutivas no prima tanto la cosa concreta objeto de la garantía, sino el valor económico y global que el deudor pignorativo se compromete a mantener constante y con el margen de cobertura antes citado, debería admitirse la reducción de la garantía. Incluso beneficiaría al tráfico en el sentido de poder darse en garantía esos remanentes de otro crédito y frente a otros terceros.

Ahora bien, ¿cuál es ese límite máximo de margen que puede fijar el banco-acreedor prendario para garantizar todas sus operaciones activas sin que caiga por un lado en la autocontratación y por otro en la obtención abusiva de garantías?, y ¿cuáles son esos elementos incluibles en el objeto de la garantía de que habla la ley de garantías catalana? Esto es, primero concretando el tipo de valores que pueden formar ese objeto de la prenda, y partir del supuesto de que los elementos concretos que lo componen se toman de valores y saldos depositados en el Banco, y segundo, dentro de esta prenda de valor, determinable por su valor económico, las modificaciones de este valor económico del conjunto de los valores en su totalidad determinará además una variación a la alza o a la baja de la cantidad concreta de valores que se encuentran afectos a la garantía. Así, si el valor de las concretas acciones pignoradas aumenta, el número exacto de los que se consideran incluidas en la prenda disminuirá. Por contra, si se reduce el valor económico, el número de elementos concretos que lo componen aumentará. Y si la disminución supera ese margen de cobertura de garantía dispuesto por el acreedor, hace que o bien se pida un suplemento o adición de objetos a esa garantía, o bien provoca la ejecución anticipada de la prenda.

En resumen, lo que se busca con este tipo de prenda es, en primer lugar, una prenda por valor y no por cosa, es decir, lo que prima es el valor económico y global del elemento o conjunto de elementos que integran el objeto de la garantía, de tal modo que los distintos paquetes accionariales integrantes de la cartera de valores del deudor puedan ser intercambiados, adicionados o reducidos en función de su concreto valor por ejemplo bursátil; y, en segundo lugar, lo que se busca es constituir una prenda en la que los elementos concretos que componen su objeto puedan ser modificados sin que sea necesaria una nueva escritura pública y sin que varíe la fecha inicial de constitución del gravamen. Y para el logro de estos objetivos es necesario entonces especificar y prever el pacto de rotatividad por parte del deudor y acreedor prendario ya en la escritura inicial tanto la indicación de las acciones o valores que se entregan en prenda así como la “especie” de valores con los que aquellos ya pignoralos pueden ser sustituidos. Sólo en esta hipótesis se puede con certeza excluir que la ulterior sustitución de las acciones se convierta en un hecho que manifieste en modo sintomático la transformación *in pejus* de las condiciones patrimoniales del deudor <sup>(60)</sup>. De no admitirse esta postura no cabe otra forma de sustituibilidad que acudiendo a la subrogación real de las acciones con los efectos novativos que conlleva y con la pérdida de la prelación primigenia, puesto que debe procederse a renovar la documentación bancaria o póliza en la que se contenga suficiente indicación de los bienes dados en prenda <sup>(61)</sup>.

En el caso concreto de anotaciones en cuenta, debe apoderarse al Banco, —mandato irrevocable— para que este realice la inscripción de la prenda en el registro contable, y en su caso, más infrecuente, la cancelación de la prenda de otros valores en tanto resulten en exceso para el margen máximo de cobertura de la garantía. Puede ser un freno a esta posibilidad el hecho de que el art. 41 RD 116/1992 establece el que no puede tener lugar la transferencia entre entidades adheridas de valores sujetos a derechos reales limitados sin que lo solicite también el titular de los mismos o se acredite que concurre su consentimiento.

---

(60) Así REALMONTE, cit., pp. 14-15.

(61) Es común sostener que esta alteración del documento público se justifica en defensa y tutela de los acreedores quirografarios, manteniéndose dos posturas enfrentadas: la de aquellos que entienden que con la sustitución nace un nuevo derecho de prenda, así GORLA-ZANELLI, cit., 1992, p. 35, y FRANCHINI, “Alcune questioni in tema di pegno di crediti e compensazione fallimentare”, *Fallimento*, 1982, p. 1186; y la de quienes mantienen que permanece pese a la sustitución la relación de prenda originaria, v. RUBINO, cit., p. 22, y en especial la p. 204 que al hablar de la sustitución del objeto prendario por subrogación real mantiene que la relación compleja de prenda permanece idéntica.

Claro que si no se cambia de entidad adherida a la hora de transmitir esos valores, o no cotizan, el art. 41 no es aplicable <sup>(62)</sup>.

### III. LA *FLOATING CHARGE*

#### 1. La garantía flotante y su cristalización

La *floating charge* es una garantía de carácter general sobre todos los bienes de una empresa y que es objeto de publicidad registral a través del registro de sociedades. La característica fundamental de la garantía flotante es la de permitir al deudor la posibilidad de disponer de los bienes de la empresa como si no estuvieran gravados con una garantía; se crea una garantía sobre bienes presentes y futuros del deudor o sobre una determinada parte del patrimonio de éste <sup>(63)</sup>. Una figura que no es ajena del todo a nuestro ordenamiento, aunque será en el derecho comparado donde alcance las mayores cotas de efec-

<sup>(62)</sup> Es ilustrativa al respecto la reciente reforma operada en el ordenamiento italiano con el Decreto Legislativo de 24 de junio de 1998, n.º 213, en su art. 34.2 que permite "*l'accensione di specifici conti destinati a consentire la costituzione di vincoli sull'insieme degli strumenti finanziari in essi registrati*". Al que hay que unir el reglamento de la CONSOB n. 11600 de 15 de septiembre de 1998 en su art. 27 (transformado ahora en el art. 46 en virtud de un nuevo reglamento de la CONSOB n.º 11768/1998) y que en definitiva señala que las específicas cuentas sean destinadas a consentir la constitución de vínculos sobre valores *dell'insieme degli strumenti finanziari in essi registrati*. En el apartado 2 del art. 27 se afirma también que para los instrumentos financieros anotados en cuenta en sustitución o integración de otros instrumentos anotados en la misma cuenta, a paridad de valor, la fecha de constitución del vínculo es idéntica a aquella de los instrumentos financieros sustituidos o integrados. Estas cuentas contienen a su vez las siguientes indicaciones: a) la fecha de *accensione* de la cuenta; b) la naturaleza del vínculo y otras indicaciones suplementarias; c) la fecha de la *singole movimentazioni* y la indicación de la especie, cantidad y valor de los instrumentos financieros presentes en la cuenta; d) la fecha de la constitución del vínculo sobre los instrumentos; e) el titular de los instrumentos; f) el beneficiario del vínculo y la indicación debidamente comunicada de la existencia de los pactos entre las partes para el ejercicio de los derechos; g) la eventual fecha de vencimiento del vínculo.

<sup>(63)</sup> Sobre este particular, GABRIELLI/DANESE, "Le garanzie sui beni dell'impresa: Profili della Floating charge nel diritto inglese", *BBTC*, 1995-II, pp. 633-659, p. 644; BRINCK/HABEL, *Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern: England* [HAD-DING-SCHNEIDER (Coord.)], IV, Berlín, 1980, p. 213; BURGESS, *Law of loans and borrowing*, Londres, 1997, en el párrafo 4.03 señala: "a floating security is **ambulatory** in nature, hovering over and, so to speak, floating with the property which it is intended to affect until some event occurs or some acts is done which causes it to settle and fasten on the subject of the charge within its group."

tividad. La *floating charge* o *floating lien* (en el derecho norteamericano) es una forma de garantía que existe en el derecho anglosajón para gravar el patrimonio de una sociedad, la cual desarrolla una trascendental función económica, y que se canaliza a través de dos fases <sup>(64)</sup>: una en que la garantía se encuentra inactiva, “dormida”, de modo que hay una plena disposición de los elementos concretos que integran el patrimonio social, y en la que incluso se pueden crear garantías concretas con prioridad a la propia garantía flotante; la garantía permanece durmiente hasta que la empresa gravada deja de ser un negocio en marcha, o bien si es intervenida por el acreedor en caso de falta de pago de los intereses, falta de reembolso en el plazo convenido o por pérdidas en el capital de la sociedad deudora. Y una segunda fase en el que la garantía se vigoriza, “cristaliza”, y en la que funcionaría de modo idéntico a lo que en nuestro ordenamiento se considera una garantía real <sup>(65)</sup>.

La *floating charge* es **a present security right over existing or future property under which, until certain events occur, no encumbrance attaches to the assets in question, so that the debtor may meanwhile continue to deal with them** <sup>(66)</sup>. En esta forma de garantía el efecto de garantía es postergado en el tiempo, y su utilidad estriba en que, no siendo posesoria, y estando inscrita en el registro de la sociedad, permite al deudor continuar utilizando libremente los bienes —o en todo caso el objeto de la garantía— evitando paralizar su actividad empresarial; por otra parte el acreedor, a su vez, podrá agredir eventualmente, en caso de cristalización, también los otros y ulteriores bienes que,

---

(64) Esta figura no sólo se produce en ordenamientos de corte anglosajón, así por ejemplo, el art. 14 del Decreto argentino núm. 15348, posteriormente Ley núm. 12962, establece que “sobre mercaderías y materias primas en general, pertenecientes a un establecimiento comercial o industrial, puede constituirse prenda flotante, cuando tenga por objeto asegurar el pago de obligaciones cuyo plazo no excede de 180 días. Este tipo de prenda afecta las cosas originariamente prendadas y las que resulten de su transformación, tanto como las que se adquieren para reemplazarlas, y no restringe la disponibilidad de todas ellas a los efectos de la garantía”.

(65) SCHMITTHOFF, *Palmer's Company Law* [C.M. SCHMITTHOFF (Dir.)], vol. 1, Londres-Edimburgo, 1987, pp. 706 y ss.; ROJO AJURIA, “La unificación del derecho de garantías reales mobiliarias. La experiencia del derecho comparado”, pp. 79-81; para FARRAR-FUREY-HANNIGAN, *Farrar's Company Law*, Londres-Dublín-Edimburgo, 1991, p. 260, la naturaleza jurídica de la *floating charge* presenta cruciales ambigüedades: “There was at first some doubt as to whether they were securities in the stricter sense before they crystallised, but it is now settled that a floating charge is a present equitable charge which is not specific but shifting until crystallisation, when it settles and becomes a fixed equitable charge.”

(66) PENN-SHEA-ARORA, *The Law Relating to Domestic Banking*, vol. 1, Londres, 1987, p. 358.

sucesivamente al momento de la constitución, hubiesen entrado a formar parte en un momento dado en el *undertaking* del deudor <sup>(67)</sup>.

La esencia de la *floating charge* radica, primero, en que la sociedad conserva la *management autonomy* respecto al patrimonio sujeto a garantía, pues el gravamen no viene determinado por la naturaleza de la propiedad sobre la que es creado sino más bien por el grado de libertad concedido a la sociedad para negociar con este patrimonio en el curso normal de sus negocios <sup>(68)</sup>; segundo, en que es una garantía que si bien vincula el patrimonio futuro es presente, y no un gravamen que surge en el futuro cuando la garantía se hace cumplir o cuando cristaliza, con lo que es posible añadir más bienes en el patrimonio de la sociedad; y tercero, goza de una gran flexibilidad. Sobre la naturaleza jurídica de la figura, y a pesar de la controversia que se ha suscitado <sup>(69)</sup>, dos han sido las teorías más relevantes que se han esgrimido: la *licence theory* que explica el poder de la sociedad para vender y someter a garantía su patrimonio, no obstante la existencia de una *floating charge*, sobre la base de que el acreedor le ha autorizado a hacerlo, un acreedor que tiene una suerte de *proprietary interest* antes de las cristalización, aunque no un *specific interest* en el patrimonio; y la *mortgage of future assets theory* que en cambio justifica aquel poder sobre la base de que la garantía no grava en modo específico unos bienes determinados de la sociedad sino que, hasta el momento de la cristalización, el acreedor simplemente tiene un derecho personal, o quizás una mera *equity*, a tener una

---

(67) GOWER'S, *Principles of modern company law*, 4.<sup>a</sup> ed., Londres, 1979, p. 107: **“floats like a cloud over the whole assets from time to time falling within a generic description, but without preventing the mortgagor from disposing of these assets in the usual course of business until something occurs to cause the charge to become crystallised or fixed”**; Para FARRAR, *op. cit.*, p. 261, las tres características comunes de la *floating charge* son 1) it is a charge on a class of assets of a company present and future, 2) that class is one which in the ordinary course of business changes from time to time, 3) by the charge it is contemplated that until some future step is taken by or on behalf of the chargee the company may carry on its business in the ordinary way.”

(68) GOWER'S, *Principles*, cit., p. 363; HOGG, “Floating charges and automatic crystallisation”, *Corporate and Business Law Journal*, 1988, pp. 68-81, en la p. 70 mantiene cómo a fin de evitar una parálisis de la sociedad a ésta se le consiente realizar las actividades recogidas en los estatutos, incluso aunque impliquen una reducción de valor de la garantía del acreedor.

(69) No en vano se habla de una espantosa confusión —*appalling confusion*— en torno a la naturaleza de la misma; vid. DEAN, “Crystallisation of a Floating Charge”, 1988, *Company and Securities Law Journal*, pp. 185 ss.

*fixed charge* sobre el patrimonio cuando el gravamen cristalice <sup>(70)</sup>. Y es precisamente en este poder de disposición o no del patrimonio de la sociedad, así como la posibilidad de posponer la preferencia de esta garantía a una ulterior creada por la sociedad, donde radica la vulnerabilidad de la *floating charge* <sup>(71)</sup>. En tanto no cristalice la garantía incluso es posible que los demás acreedores ejecuten bienes de la empresa para realizar sus créditos. Así, no es infrecuente que el acreedor a través de cláusulas restrictivas o de una *negative pledge clause* convenga con la sociedad la posibilidad de restringir este derecho de disposición o la propia limitación a la creación de posteriores garantías con un rango preferencial superior a la propia *floating charge* (en todo caso la garantía flotante será pospuesta a una *legal mortgage*, y siempre que esté de acuerdo el acreedor flotante, también ante una *equitable mortgage* ya que a la sociedad se le permitió negociar con su patrimonio) <sup>(72)</sup>.

---

(70) Sobre estas teorías, vid. entre otros WORTHINGTON, "Floating Charges — An Alternative Theory", CLJ, 53, 1994, pp. 81-103, especialmente pp. 83 a 85, quien opta por una tercera teoría la *defeasible charge*, la cual propone que el acreedor goza de un *proprietary interest* antes de la cristalización, es más el acreedor flotante goza de una *fixed charge* sobre todo el patrimonio gravado, pero esta garantía está sujeta a *defeasance* o extinción del *chargee's interest* cuando por ejemplo una tercera parte adquiere un derecho en el patrimonio gravado a través de una operación para la cual el deudor tenía licencia o *trading power* para negociar; ahora bien, si el tercero adquiere ese derecho fuera de los términos de esa *licence to deal* del deudor, el derecho del acreedor flotante no se extingue, con lo que habrá que acudir a las reglas de prioridad para determinar qué derecho prevalece.

(71) La libertad de la sociedad para operar en el tráfico expone al acreedor al riesgo de la pérdida de la prioridad frente a terceros que adquieren su derecho en tanto la garantía flota. El valor de la garantía está amenazado por consiguiente por esa libertad de vender y disponer de su propiedad dentro del *trading power*. Ahora bien, este poder no es ilimitado. Vid. HOGG, cit., pp. 73 y ss.

(72) Nuevamente GOWER'S, cit., p. 361. Sobre la efectividad de la *negative pledge*, vid. EVERETT/McCRACKEN, *Banking and Financial Institutions Law*, 4.<sup>a</sup> ed., Sydney, 1997, pp. 407 y ss. Un buen análisis sobre la eficacia o no de la inscripción de una *negative pledge* sobre una *floating charge* de una empresa definida en la *Section 415* de la *Companies Act 1989* como "prescribed particulars of a registrable charge", en FERRÁN-MAYO, "Registration of Company Charges— The New Regime", *The Journal of Business Law*, 1991, pp. 152-169, en la p. 156, mantiene que la inscripción de la *negative pledge* determinará a ciertas categorías específicas de personas la existencia de la misma con lo que la *floating charge* gozará de prioridad sobre los intereses de estas personas en el patrimonio de la sociedad. Por otra parte, en la *Section 396* se recoge el elenco de *charges* que deben ser registradas, entre ellas la *floating charge*. Sobre la efectividad de las cláusulas restrictivas como mecanismo de protección de las garantías flotantes en las que salvo consentimiento del acreedor se prohíbe la creación de garantías ulteriores con rango preferente o *pari passu* con la flotante, vid. HOGG, cit., pp. 74 y ss.

De este modo, la garantía recae sobre bienes indeterminados o continuamente sustituibles, *from time to time*, hasta el momento patológico de una vicisitud: la cristalización, cuando a causa de una determinada circunstancia, por ejemplo, el cese de la actividad industrial o comercial de la empresa deudora, la apertura de un procedimiento concursal, y todo hecho o circunstancia prevista en el acto constitutivo de la garantía, hace devenir la garantía en *fixed*, pues en definitiva señala el límite dentro del cual el deudor puede disponer de los bienes dados en garantía <sup>(73)</sup>. Si bien lo normal es que los hechos o actos que implican la cristalización sean acordados por las partes, es admisible incluso una cristalización automática, como por ejemplo cuando el titular de la *floating charge* entrega un aviso de cristalización a la empresa, o el supuesto de insolvencia del deudor <sup>(74)</sup>. No obstante este hecho podría perjudicar a ulteriores acreedores que

(73) CRESSWELL, *Encyclopaedia of Banking Law*, 2, Londres, 1997, p. E 281, señala: "The effect of crystallisation is to convert the incomplete, ambulatory assignment effected by the floating charge into a complete equitable assignment to the debenture holder, by way of security, of all the property then subject to the floating charge"; se distinguen hasta tres categorías de eventos que provocan la cristalización, así la cesación de la actividad comercial, la intervención del acreedor garantizado que priva al deudor del control de los bienes, y las situaciones previstas en el acuerdo *inter partes*. Dentro de la primera categoría se incluyen por ejemplo la liquidación de la empresa y la cesación del comercio, que no debe confundirse con la simple transmisión de los poderes de decisión del *management* de la empresa a otro sujeto, o el nombramiento de un *receiver* o administrador a instancia del acreedor garantizado para resanar la empresa. En la segunda categoría la intervención del acreedor debe privar al deudor del control *de jure* sobre los bienes, como por ejemplo cuando algunos bienes del deudor pasan a ser poseídos y por tanto controlados por él, o la situación que en realidad es más frecuente, que es la del nombramiento de un *administrative receiver* que se ocupa de la gestión y administración de la empresa deudora [sobre la eficacia del nombramiento del *receiver* y sus efectos en relación a la cristalización, GOUGH, *Company Charges*, Londres, 1978, p. 87, sostiene que para obtener la cristalización es necesario, aparte del nombramiento, la puesta en posesión de los bienes por el contrario GOODE, cit., p. 70 mantiene que la cristalización no se produce si no se notifica a la contraparte]. En el tercer grupo de eventos destaca la cristalización *by notice* que se funda en el poder del acreedor de comunicar la cristalización de la garantía al verificarse determinados eventos, salvo cuando las partes pacten la cristalización automática, en que no hace falta una actividad de comunicar por parte del acreedor.

(74) La cristalización automática, así como el derecho del acreedor flotante a intervenir directamente, debe estar expresamente previsto en el contrato constitutivo de la garantía. Vid. WORTHINGTON, cit., p. 89; FERRÁN-MAYO, cit., p. 165 al comentar la *section 410* requiere la notificación al registro de la sociedad del suceso o evento bajo el cual se verifica la cristalización automática de la *floating charge*, especificándose que en ausencia de la misma la cristalización es ineficaz. Como bien señala HOGG, cit., p. 76, a menudo entre las cláusulas de cristalización automática se fija el inicio de un proceso legal de ejecución contra el patrimonio de la empresa como causa de la cristalización. En los últimos años se ha producido incluso un debate sobre la posibilidad de introducir cláusulas de descristalización y reconvertir una garantía que ha cristalizado en una *floating*. Vid. al respecto EVERETT/McCRACKEN, cit., p. 389.

no conozcan esta cristalización automática o que no tengan modo alguno de conocerla <sup>(75)</sup>. La consecuencia de este automatismo es que la *floating charge* deviene en *fixed charge* con el relativo cese de la actividad comercial, y los bienestransmitidos, que con anterioridad fueran gravados en garantía, quedan garantizados por el *debenture holder's charge* en el caso de un *bona fide purchaser*. El efecto de la cristalización es privar a la empresa de la autonomía de que gozaba para negociar con el patrimonio sujeto al gravamen en el curso normal de sus operaciones. La cristalización de la garantía afectará a la relación entre el acreedor y el deudor pero también afectarán a terceras partes si a la sociedad se le permitió seguir con el curso ordinario de sus operaciones <sup>(76)</sup>. Así, afectarán a aquellas garantías y portanto a aquellos terceros que en el momento de la cristalización carezcan de prioridad frente a la garantía ya cristalizada. De este modo es posible que se determinen conflictos entre la *floating charge* y otros tipos de garantía, y el primer paso para resolver estos conflictos es determinar los límites de la *chargor's licence to deal*; por ejemplo, puede suceder que antes de la cristalización se constituya un derecho real por parte de un tercero sobre bienes que forman parte del patrimonio dado en garantía <sup>(77)</sup>. Si la garantía no ha cristalizado todavía y por tanto no se ha convertido aún en una *fixed charge* nos encontramos ante un problema de preferencias entre el acreedor flotante y el acreedor sucesivo. La respuesta depende de la amplitud de ese poder de comerciar o negociar que se haya pactado con el deudor, de modo que si se ha prohibido la disposición de bienes por el deudor en el contrato constitutivo de la garantía flotante, la *floating charge* prevalecerá sobre las sucesivas

---

(75) Un profundo estudio sobre este extremo analizando los medios para tutelar al tercero desconocedor de esta garantía en FERRÁN, "Floating charge - the nature of the security", CLJ, 47, 1988, pp. 213 y ss. Por otra parte el *CORK Committee Report* en su par. 1579 en materia de insolvencia señala: *there is no place for it (automatic crystallisation) in a modern insolvency law*. Asimismo, McLAUGHLAN, "Automatic Crystallisation of a Floating Charge", NZLJ, 1972, pp. 330 a 335, ofrece un importante elenco de problemas asociados a la cristalización automática; en este mismo sentido, HOGG, cit., pp. 76 y ss. plantea sobre todo, los problemas de terceros en detectar el evento que fija la cristalización. Bajo el evocativo interrogante de si es válida una cristalización automática, BURNS, "Automatic Crystallisation of company charges: contractual creativity or confusion?", ABLR, 20, 1992, pp. 125 y ss., p. 130 y ss cuestiona a la luz de los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales su admisibilidad.

(76) Sobre este particular GOODE, *Legal Problems of Credit and Security*, 2.<sup>a</sup> ed., Londres, 1988, pp. 70-71, se refiere precisamente a esta relación frente a terceros ya que el *chargee* que permitió que la empresa negociara con su patrimonio, *should be estopped from denying the company's authority to do so*.

(77) HOGG, cit., p. 70, plantea este supuesto de constitución de una ulterior garantía a la *floating*, y en la que cabe incluso que el subsiguiente acreedor goce de un rango prioritario respecto al acreedor flotante.

garantías que se constituyan, puesto que es una garantía presente <sup>(78)</sup>. Si el acto dispositivo —constituir una segunda garantía— excede del *ordinary course of business* la garantía flotante prevalecerá en todo caso, y el acreedor flotante podrá proceder a la cristalización bien en base al contrato constitutivo o bien nombrando un administrador. Cabe que el conflicto entre prioridades, y por ende la vulnerabilidad de la *floating*, provenga de la posible creación de una segunda *floating charge* o de una acción ejecutiva por parte de otro acreedor <sup>(79)</sup>. La regla general es aquella por la que el deudor no puede constituir una ulterior garantía flotante de rango prioritario sobre los mismos bienes ya gravados con una *charge* precedente <sup>(80)</sup>. En el resto de supuestos y siempre que el derecho de ese tercero fuese creado con anterioridad a la cristalización y dentro de esas *licence provisions* a la hora de pactar el *trading power* con el deudor, este

---

(78) Esta licencia para continuar negociando y realizando transacciones con el patrimonio garantizado por parte del *chargor* es una manifestación de que la garantía continúa existiendo, y aunque en las cláusulas y límites sobre este *trading power* que se estipulen con el acreedor en torno a las operaciones que están o no permitidas nada se diga, el deudor nunca podrá actuar deliberada o fraudulentamente con la intención de destruir o disminuir el derecho del acreedor, como es el caso de constituir una segunda garantía flotante con rango prioritario a la primera o realizar operaciones de venta fraudulentas únicamente para disminuir el patrimonio gravado.

(79) En el caso *Evans v. Ribal Granite Quarries Ltd* [1910] 2 KB 979, *non vidi*, citado por HOGG, cit., p. 71, se subordina una *uncrystallised floating* ante un proceso de ejecución no dejando el patrimonio de la sociedad inmune ante la ejecución. Se ha cuestionado incluso si un proceso de ejecución puede considerarse como un incidente normal en los negocios de una empresa, y que el acreedor flotante solo se sujetaría a los derechos creados en el curso ordinario de los negocios, por lo que la susceptibilidad a su sujeción en un proceso de ejecución es cuando menos cuestionable. GOUGH, cit., p. 168, es contundente: “La responsabilidad en los procesos ordinarios legales por no pago de las deudas es parte del curso ordinario de los negocios de la compañía.”

(80) Ello no quiere decir que en la práctica no se constituyan segundas garantías flotantes, así en el caso *Re Household Products Co. Ltd.* (1981) 124, DLR 325, la segunda garantía es eficaz pero aunque cristaliza antes que la primera no puede prevalecer sobre la anterior. Respecto a nuestro derecho la situación sería parecida a lo que sucede con las segundas prendas. En el caso de conflicto entre hipoteca mobiliaria y prenda con desplazamiento prima el principio de prioridad temporal. La inscripción en el Registro de Prenda sin desplazamiento se limita a la determinación del rango de prioridad entre las sucesivas prendas o a provocar el cierre registral en caso de no autorizarse más que una sola pignoración de cada objeto. No se puede constituir una prenda después de la constitución de una prenda sin desplazamiento, así como tampoco se puede constituir una prenda sin desplazamiento sobre los bienes objeto de hipoteca mobiliaria (art. 55 LHM). Asimismo tampoco es posible el conflicto entre una hipoteca mobiliaria o una prenda sin desplazamiento y una cláusula de reserva de dominio correspondiente a un contrato de venta a plazos, ya que la existencia de este contrato con la mencionada cláusula hace imposible la constitución de garantías reales mobiliarias. Vid. entre otros VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre garantías reales*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1984, pp. 304 y ss.

tercero por un lado adquiere su derecho libre de la *floating charge*, y de otro, goza de preferencia frente al acreedor flotante, que ve su derecho parcialmente extinguido <sup>(81)</sup>.

Cuando se produce la cristalización de la garantía flotante la norma es que ésta prevalece sobre eventuales derechos adquiridos sucesivamente, incluso en el caso de que el deudor hubiera dispuesto de ciertos bienes en compensación de otro crédito que tenía con un tercero [así, en cierta medida este acto de compensación entraría dentro del curso ordinario de los negocios de la sociedad] <sup>(82)</sup>. Por otra parte, si un tercero no conoce que se ha producido la cristalización y de buena fe adquiere en base a la apariencia de que el deudor puede disponer libremente de sus bienes, la garantía flotante no prevalece salvo que los terceros acreedores fueren quirografarios <sup>(83)</sup>.

Esta garantía flotante permite por tanto al deudor dar en garantía parte o todos sus bienes muebles, incluyendo bienes futuros, así como sus prolongaciones, garantizando anticipos futuros y ejercitando sobre los bienes objeto de la garantía el control que sea pactado entre las partes <sup>(84)</sup>.

La renuncia por parte del acreedor a la garantía o a una parte de esta es un acto que rara vez se verifica en la práctica, lo que no impide para que en ciertas ocasiones tal renuncia se produzca a favor de un tercero con la finalidad de aumentar la actividad de la empresa del deudor con la obtención de nuevas financiaciones. La preferencia es un derecho que la ley atribuye a un determinado acreedor, y si es un derecho, entonces no debe haber inconveniente para que dicho acreedor renuncie a su derecho a favor de ciertos acreedores o de todos

---

(81) WORTHINGTON, cit., p. 90 ve no obstante dos dificultades, la primera, cuando existe dificultad de determinar el ámbito de la licencia para negociar acordada entre las partes, y la segunda, la dificultad de decidir las consecuencias de si el derecho de ese tercero no se materializó antes de que la *licence to deal* se extinguiera, como por ejemplo el caso de un contrato de venta, en la que el tercero ha entregado el precio pero que el deudor no ha transmitido la propiedad antes de la cristalización.

(82) Sirva como botón de muestra el caso *Biggerstaff v. Rowatt's Wharf Ltd.* (1896) 2 Ch. 93, en la que el tribunal admitió la compensación incluso aunque la otra parte era conocedora de la existencia de una *floating charge* que gravaba el patrimonio del deudor.

(83) Conforme GOUGH, cit., p. 161.

(84) Sobre estos extremos un buen ejemplo el artículo 9 UCC. Se critica la sujeción de los bienes futuros a la *floating charge*, porque la adquisición de los valores futuros de la empresa se puede deber, en parte, a los acreedores cuyo pago queda pospuesto. Especialmente se hace notar que la deuda así garantizada —frecuentemente obligaciones emitidas bajo la par o con reembolso sobre la par— nunca tiene mayor valor que la correspondiente al precio pendiente de las mercancías adquiridas por la sociedad. Sobre este extremo vid. CURTIS, *Manual de derecho mercantil inglés* (traducción de RUIZ SALAS), Madrid, 1931, p. 427.

los acreedores en general. Situación que no provoca reticencias en el caso de garantías convencionales ya que se admite la existencia de negocios de disposición del grado. Más problemática es su admisión en el caso de privilegios, ya que los negocios de disposición de grado pueden colisionar con las razones de política legislativa que en primer lugar determinaron la creación de la causa de preferencia <sup>(85)</sup>. Cuestión distinta es que sea el deudor quien altere las posiciones de los acreedores, situación intolerable, ya que el deudor no tiene ningún poder sobre el derecho de preferencia, ya que las preferencias se establecen entre acreedores, por lo que se trata de un derecho que no guarda relación alguna con el deudor. En el caso de una *floating charge* no sería necesaria una renuncia explícita del acreedor garantizado, aunque sería prudente obtener una autorización del acreedor con el fin de evitar disputas sobre la naturaleza ordinaria o no del acto de disposición <sup>(86)</sup>. La posibilidad de realizar negocios de disposición de grado permite que las partes puedan adecuar sus intereses a las circunstancias, lo que permite al acreedor preferencial obtener un rendimiento económico de su derecho de preferencia. Ahora bien, la subordinación convencional puede dar lugar a ciertos problemas de circularidad aparente entre créditos. Así por ejemplo, los *preferential creditors*, causas de preferencia general de origen legal, se sitúan tras las *fixed charges* y con preferencia sobre las *floatings charges* <sup>(87)</sup>. Pensemos en el supuesto en el que una *fixed charge* es subordinada a una *floating charge*, y en la que los acreedores privilegiados pueden ser satisfechos antes que el acreedor garantizado por la *floating charge*, pero al mismo tiempo el crédito garantizado por la *fixed charge* está subordinado a la *floating*, con lo que sucumbiría frente a los acreedores privilegiados que normalmente son satisfechos después de la *fixed charge*. De hecho, la jurisprudencia inglesa ha resuelto de modo satisfactorio la cuestión de la subordinación de una garantía real sobre un bien concreto — *fixed charge* —, que prevalece sobre los privilegios, a una garantía universal postergada legalmente a los privilegios. La

---

(85) De este modo, si se permite que el acreedor pueda renunciar a la causa de preferencia, como de hecho se permite en todas las legislaciones, debería permitirse al acreedor que también pueda renunciar de manera parcial a su causa de preferencia, cediendo su lugar en la graduación a otros acreedores. En este sentido GARRIDO, *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, 2000, p. 622, quien ve absurdo poner límites a los negocios de disposición de la preferencia legal.

(86) Conforme GABRIELLI-DANESE, “Le garanzie sui beni dell’impresa: profili della *floating charge* nel diritto inglese”, *BBTC*, 1995, pp. 633 y ss., p. 659, quienes señalan como alternativa a la renuncia de la garantía el certificado de *non-crystallisation* pedido por un tercero, y por la que toda garantía constituida con posterioridad a la *floating* pero antes de que se produzca la cristalización prevalecerá sobre ésta.

(87) Vid. *Re Lewis Merthyr Consolidated Collieries Ltd.* (1929), 1 Ch. 498.

solución ha sido la de hacer efectiva la prioridad de la *floating charge* sobre los créditos privilegiados sólo por la cantidad correspondiente a la *fixed charge* <sup>(88)</sup>.

En nuestro ordenamiento es quizás la hipoteca mobiliaria de un establecimiento mercantil la que en cierto sentido mejor se adapta a la fisonomía de una garantía flotante. La hipoteca se constituirá en escritura pública y se inscribirá en el Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento (art. 3.I y III LHM). Por otra parte la Ley distingue, por un lado, la extensión esencial o contenido mínimo de la hipoteca, básicamente el derecho de arrendamiento del local y sus instalaciones fijas o permanentes, de otro, la extensión natural o contenido normal, aquellos bienes y derechos como mobiliario, maquinaria, utensilios y demás instrumentos de producción y trabajo, así como los signos distintivos y demás derechos de propiedad industrial e intelectual, siempre que sean propiedad del hipotecante y que el precio de adquisición esté pagado, y finalmente la extensión accidental. Así el artículo 22 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento prevé la posibilidad de que por vía pacticia se incluyan dentro del ámbito de la hipoteca mobiliaria de establecimiento mercantil las mercaderías y materias primas destinadas a la explotación propia del establecimiento, es decir, la extensión máxima de la hipoteca. Ahora bien, ello no impide que dichas materias primas y mercaderías puedan ser objeto de ulteriores transformaciones, enajenaciones, o simplemente que se consuman, con lo que no constituyen un fácil objeto de identificación registral ni ofrecen posibilidad de reipersecutoriedad. Para obviar estos problemas la Ley establece la obligación del deudor de tener en el establecimiento materias primas o mercancías en cantidad y valor igual o superior al que se haya determinado en el contrato de hipoteca. Cobra especial relevancia el objeto, esto es, una cantidad que deberá existir siempre como *minimum* en la empresa, con las oportunas reposiciones hasta alcanzar aquél (art. 22.II LHM). Es más, el art. 29.8 de la misma ley preceptúa un margen de cobertura, bajo el cual su minoración lleva automáticamente al vencimiento de la obligación. El artículo en cuestión indica: "El acreedor podrá, aunque no haya transcurrido el plazo estipulado en el contrato, dar por vencida la obligación por (...): 8. La disminución en un 25% del valor de las mercaderías o materias primas hipotecadas, si el deudor no las repusiere, de conformidad con el art. 22."

Por otra parte, el hipotecante tiene la obligación de continuar el ejercicio de la actividad empresarial en el establecimiento hipotecado (art. 27 LHM), reconociéndose al acreedor hipotecario el derecho a inspeccionar el tráfico negocial del establecimiento, en la forma y plazos estipulados, así como la obligación de reposición de la garantía cuando se extiende a las materias primas

---

(88) V. *In re Woodroffe's (musical instruments) ltd.* (1985), 2 All E. R. 908.

y a las mercaderías. Si el hipotecante modifica por ejemplo la clase de comercio o industria del establecimiento hipotecado sin el consentimiento del acreedor, podrá estar por viciada [cristalización] anticipadamente la obligación garantizada (art. 29.1 LHM).

## 2. La garantía prolongada y ampliada

En otros ordenamientos, y en concreto en el derecho alemán, goza de un gran predicamento la figura de una garantía genérica (si bien en realidad se trata de una transmisión en garantía) sobre las mercancías cambiantes de un almacén a través de una venta en garantía ampliada y prolongada (“**Verlängerung und Erweiterung des Sicherungsübereignungs**”) <sup>(89)</sup>. Al deudor-empresario se le permite la facultad de elaborar los productos almacenados, y la garantía se extenderá sobre el resultante de esos productos fabricados gracias a una cláusula de especificación <sup>(90)</sup>.

La primera forma de prolongación se efectúa a través de la cesión anticipada de créditos (el precio de venta), acompañada de una autorización de cobro (inseparable de la cesión oculta propia de la cesión anticipada de créditos) basada en la fiducia germánica. La segunda forma de prolongación tiene lugar a través de la cláusula de especificación, cuando los bienes están destinados a transformarse en otros bienes distintos. Las técnicas de ampliación, o de cuenta corriente, permiten que la garantía cubra las deudas presentes y futuras que surjan de las relaciones comerciales entre deudor y acreedor garantizado. El objeto de la cesión quedará determinado cuando pueda identificarse la causa jurídica del crédito cedido. Un crédito puede ser determinado en el momento de su nacimiento cuando, ya a través del propio contrato ya por referencia a circunstancias externas —documentos de giro, cuentas, justificantes de pago, etc.—, puede constatarse quién es la persona del concedente de la garantía —acreedor—, quién es el deudor, cuál es su causa y su contenido y efectos. Y si el efecto jurídico de la cesión, la transferencia del crédito cedido anticipadamente cedido sólo puede tener lugar cuando nace, entonces el objeto de la cede de disposición no requiere ser claramente determinado antes de ese momento.

<sup>(89)</sup> Sobre el auge que en la praxis han experimentado este tipo de figuras y la correlativa pérdida que ha sufrido el derecho de prenda para el tráfico en general, salvo el ámbito específico de la contratación bancaria donde la prenda sigue jugando un importante papel, vid., BLAUROCK, *Aktuelle Probleme aus dem Kreditsicherungsrecht*, 3.ª ed., Colonia, 1990, pp. 7 y ss.

<sup>(90)</sup> SERICK, *Las garantías mobiliarias*, cit., p. 49 ss.; también Id. *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, T. II, “Die einfache Sicherungsübertragung”, Erster Teil, 1965, p. 148 ss.; también T IV, “Verlängerungs und Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehaltes und der Sicherungsübertragung”, Erster Teil. “Verlängerungsformen und Kollisionen”, 1976.

En el derecho norteamericano, el art. 9.º UCC regula ambos tipos de cuestiones, aunque con otra terminología. La prolongación de la garantía se efectúa estableciendo que, salvo pacto en contrario, el acreedor garantizado tiene derechos sobre los *proceeds* (sección 9-203, 3). La sección 9-306, 1, define los *proceeds* como lo que se recibe por la venta, permuta, cobro u otra disposición del objeto de la garantía o los *proceeds*. Dinero, cheques, depósitos en cuenta y similares son *cash proceeds*; el resto son *non-cash proceeds*. La *floating lien* es posible porque las disposiciones del art. 9.º UCC permiten al deudor: dar en garantía parte o todos sus bienes muebles, incluyendo bienes futuros, así como sus prolongaciones; dar garantía por anticipos futuros; usar en todo caso la inscripción concisa, y ejercitar sobre los bienes objeto de la garantía el control que sea pactado entre las partes. La sección 9-204, 1, permite la garantía sobre bienes futuros, aceptando un *continuing general lien*, superando anteriores prejuicios y adoptando un criterio realista. La sección 9-204, 3, establece que las obligaciones garantizadas pueden ser deudas futuras, dando validez a la cláusula, por la que se garantizan obligaciones sea cuales sea el momento en que nazcan, con bienes adquiridos en cualquier momento <sup>(91)</sup>.

---

(91) ROJO AJURIA, cit., pp. 80-81, quien señala: “Ahora bien, como el propio GILMORE destaca, los problemas que se enfocaban antes del *Code* como referentes a la validez del derecho de garantía, son tratados por el art. 9.º como problemas de prioridad. Es decir, no se trata tanto de cuestionar la posible existencia de una garantía flotante como de determinar sus efectos y prioridades. Así, como ya sabemos, el art. 9.º establece un importante límite a la garantía flotante: el *purchase money security interest*.”

---

# CRÓNICA

---

# **EL IMPACTO DE LA UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA SOBRE LOS CONTRATOS FINANCIEROS INTERNACIONALES**

MANUEL E. MORÁN GARCÍA

*Profesor ayudante de Derecho internacional privado  
Universidad de Alicante*

---

## **SUMARIO**

- I. PRESENTACIÓN PLANTEAMIENTO.
  - II. LA SITUACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA NO PARTICIPANTES.
  - III. LA PROYECCIÓN EXTERNA DE LA ZONA EURO.
  - IV. EL PROBLEMA DE LOS PAGOS EN EL PERÍODO TRANSITORIO.
  - V. EL FENÓMENO DE LA SUSTITUCIÓN MONETARIA.
  - VI. EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD DE LOS CONTRATOS.
  - VII. CONCLUSIONES.
- 

## **I. PRESENTACIÓN Y PLANTEAMIENTO**

1. En cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 4 del art. 121 TCE <sup>(1)</sup> [ex art. 109.J], el 1 de enero de 1999 se ha creado la denominada zona

---

<sup>(1)</sup> Vid. Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Amsterdam el 2 de octubre de 1997. Vid. Instrumento de Ratificación por parte de España en el B.O.E. n.º 109, de 7 de mayo de 1999.

euro. Con ello se inicia la tercera fase del proceso conocido como Unión Económica y Monetaria (UEM) <sup>(2)</sup> que debe concluir, el 1 de enero del año 2002, con la sustitución definitiva y completa de las monedas de los Estados participantes por la moneda única europea: el euro.

Dentro de un sistema económico globalizado en el que la movilidad de los flujos comerciales y financieros es cada vez mayor, los Estados participantes en la fase definitiva de la U.E.M. —Alemania, Austria, Bélgica, España, Finlandia, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal— establecen una amplia zona de estabilidad que reduce notablemente algunas de las incertidumbres estructurales de los mercados financieros internacionales.

Ahora bien, no todo son luces en este proceso. La adopción del euro supone todo un conjunto de desafíos jurídicos, la mayoría de ellos ya expuestos por la Comisión Europea en el llamado *Libro Verde de la Comisión Europea sobre las modalidades de la transición al euro* <sup>(3)</sup>, y no todos solucionados en los actos

---

<sup>(2)</sup> Sin ánimo de exhaustividad, AA.VV., *Les aspects juridiques du passage à l'Euro*, Lyon, 1996; AA.VV., *La economía española ante una nueva moneda: el euro. XII Jornadas de Alicante sobre economía española*, Madrid, 1998; ANCHUELO CREGO, A., *Consecuencias Económicas del Euro*, Madrid, 1998; CARREAU, D., "Union économique et monétaire", *Juris-Classeur Europe*, Fasc. 1811, 1997; DE GRAUWE, P., *Teoría de la Integración monetaria. Hacia la Unión Monetaria Europea*, Madrid, 1994; DRAETTA, U., "L'Euro e la continuità dei contratti in corso", *Diritto del Commercio Internazionale (Dir.Comm.Int.)*, 1997, pp. 3 a 24; LÓPEZ ESCUDERO, M., "La articulación de la Unión Económica y monetaria en su fase definitiva", *Revista de Derecho Comunitario Europeo (R.D.C.E.)*, julio-diciembre de 1998, pp. 389 a 426; LEBULLENGER, J., "La projection externe de la zone euro", *Rev.Trim.Dr.Eur.*, n.º 4, octubre-diciembre de 1998, pp. 459 a 478; Malferrari, L., "Le statut juridique de l'euro dans la perspective du droit allemand, européen et international", *Cahiers de Droit Européen (C.D.E.)*, 1998, núms. 5 y 6, pp. 509 a 560; PEINADO GRACIA, M.ª L. (coord.), *Los mercados financieros españoles y la UEM*, Madrid, 1999; PIPKORN, J., "Legal arrangements in the Treaty of Maastricht for the effectiveness of the Economic and Monetary Union", *Common Market Law Review*, (C.M.L.R.), 1994, n.º 2, pp. 372 a 411; THÉVENOZ, L., "La monnaie unique et les pays tiers un point de vue suisse", *Revue de Droit des Affaires Internationales, (R.D.A.I./I.B.L.J.)*, n.º 3, 1997, pp. 275 a 317; VISCO, C. y SIMONETTI, L., "L'euro e il problema della continuità dei contratti", *Dir.Com.Int.*, 1998, pp. 107 a 134. Asimismo, la consulta a las siguientes direcciones de Internet puede ser de interés, <http://europa.eu.int>, <http://www.fcae.ua.es/cde/euro>, <http://europa.pearl-online.com>, <http://www.perkinscoie.com/euro>, <http://eur-op.eu.int>

<sup>(3)</sup> Vid. Libro Verde de la Comisión Europea sobre las modalidades de la transición al euro, de 31 de mayo de 1995, en *Diario Oficial de la Comunidades Europeas* (D.O.C.E.), serie COM 95/333 Final.

comunitarios que dan cobertura jurídica a la U.E.M. <sup>(4)</sup>. Así, entre otros, ¿qué ocurriría si una de las partes alega la nulidad de un contrato internacional de permuta de divisas (*swap*) por desaparición de su objeto?; ¿en qué moneda se debe o se puede satisfacer una obligación financiera internacional durante el denominado “período transitorio”, caracterizado por la coexistencia de las monedas nacionales y el euro?; ¿cómo responder ante una demanda de resolución unilateral de un contrato financiero internacional fundamentada en una alteración sustancial de los términos inicialmente pactados, debido al impacto de la U.E.M.?

A mi juicio, la respuesta a estas y otras interrogantes pasa por un correcto entendimiento de la diferencia radical existente entre las relaciones financieras internacionales cuyos efectos se agotan dentro de los límites de la Unión Europea (U.E.) y aquellas otras vinculadas con Estados terceros; lo cual exige un adecuado tratamiento internacional-privatista de las mismas. A ello se dedican las próximas páginas, que intentarán pasar revista a las siguientes cuestiones: la situación de los Estados no participantes (II), la proyección externa de la zona euro (III), el problema de los pagos en el período transitorio (IV), el problema de la sustitución monetaria (V), y el principio de mantenimiento de la continuidad de los contratos (VI).

## II. LA SITUACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA NO PARTICIPANTES

2. El hecho de que cuatro Estados miembros de la U.E. no se integren en la zona euro motiva una reflexión que, si bien desde un punto de vista patológico no parece relevante, sí que posee un cierto interés preventivo. Es conveniente, a mi modo de ver, que los operadores financieros internacionales tengan una percepción lo más diáfana posible sobre las perspectivas de integración futura de estos Estados en la U.E.M., al efecto de incorporar a los contratos las cláusulas que permitan contemplar o desechar tal eventualidad y las consecuencias que ella plantea desde el punto de vista de la suerte futura de la moneda nacio-

---

<sup>(4)</sup> Vid., entre otras disposiciones, los arts. 308 TCEE, 121.4 y 123.4 del TCEE, en los cuales se fundamentan el Reglamento CE n.º 1103/1997 del Consejo, de 17 de junio de 1997, sobre determinadas disposiciones relativas a la introducción del euro (D.O.C.E. L 162, de 19 de junio de 1997); el Reglamento CE n.º 974/1998 del Consejo, de 3 de mayo de 1998, sobre la introducción del euro (D.O.C.E. L 139, de 11 de mayo de 1998); y el Reglamento CE n.º 2866/1998 del Consejo, de 31 de diciembre de 1998, sobre los tipos de conversión entre el euro y las monedas de los Estados miembros que adoptan el euro (D.O.C.E. n.º L 359 de 31 de diciembre de 1998).

nal en la que los mismos vienen denominados. Respecto de su posible acceso a la última etapa de la U.E.M., la situación de los cuatro Estados “pre-ins” no es homogénea, sino que hay que diferenciar supuestos.

A) Grecia

3. La situación de Grecia es, quizás, la de más sencilla evaluación, desde el momento en que este Estado no cumplía, en marzo de 1998, los criterios de convergencia económica fijados para tener acceso a la última etapa de la U.E.M. En consecuencia, su régimen es el diseñado por el art. 122 TCEE [ex art. 109.K)], que le abre la posibilidad de sumarse al primer grupo de Estados participantes en el euro, cuando se efectúe un nuevo examen de los progresos realizados por la economía helena en esa materia.

Recientemente, la Comisión Europea ha confirmado que Grecia mantiene su tendencia de reducción del déficit público por debajo del 3% del PIB, límite para poder participar en el euro <sup>(5)</sup>. En consecuencia, el ejecutivo comunitario ha recomendado al Consejo de Ministros de la U.E. que derogue la decisión que tomó en 1994 sobre la existencia en Grecia de un “déficit excesivo”. Según el calendario previsto, el dracma se integrará en la zona euro el 1 de enero del año 2001.

B) El Reino Unido y Dinamarca

4. Pese a la expectación que el recentísimo “no” danés al euro haya podido generar, las situaciones de Dinamarca y el Reino Unido pueden analizarse conjuntamente puesto que, en ambos casos, se parte de unos mismos presupuestos jurídicos, aunque es de esperar que el final del proceso no sea el mismo. Efectivamente, en el difícil marco de las negociaciones de Maastricht, el Reino Unido y Dinamarca lograron la inclusión de sendos protocolos específicos incorporados como anexos (n.º 11 y 12 respectivamente) al Tratado de la Unión Europea (T.U.E.) <sup>(6)</sup>. Según estos instrumentos, ambos Estados se comprometían a notificar al Consejo su decisión de pasar o no a la tercera fase de la U.E.M., estableciéndose como fecha límite para formular dicha comunicación la fijada para proceder al examen de las condiciones económicas y jurídicas de acceso al euro. Así pues, a diferencia del resto de los 13 Estados Miembros de la

---

<sup>(5)</sup> Vid. Editorial, “Grecia se abre paso hacia el euro”, *El País Digital*, 11 de noviembre de 1999.

<sup>(6)</sup> Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht, el 7 de febrero de 1992. Vid. instrumento de ratificación por España en el B.O.E. n.º 11, de 13 de enero de 1994, y corrección de errores en el B.O.E. n.º 12, de 14 de enero de 1994.

U.E., para quienes la participación en la U.E.M. es automática, Dinamarca y el Reino Unido tienen reconocido el derecho a decidirse si quieren participar o no en la moneda única. Del mismo modo, tanto el Reino Unido como Dinamarca están habilitados para, con posterioridad al comienzo de la tercera fase de la U.E.M., manifestar su intención de incluirse voluntariamente en la zona euro. Notificada dicha decisión, el Consejo establecerá, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 122 TCE, si cumplen o no las condiciones necesarias para adoptar el euro. Como es bien sabido, a partir de estos presupuestos comunes, los derroteros que ha seguido el proceso en uno y otro Estado son diferentes.

En noviembre de 1997, las autoridades del Reino Unido comunicaron al Consejo de las Comunidades Europeas su intención de no participar en la última etapa de la U.E.M. y su régimen jurídico viene fijado en el citado Protocolo 11, que le confiere un mayor margen de maniobra que el previsto en el mencionado art. 122 TCEE. No obstante, según los últimos análisis, el ambiente favorable al euro crece entre los agentes económicos del Reino Unido y en el seno del gobierno laborista, y no es descabellado pensar en su futura adhesión a la moneda única.

5. Por lo que a Dinamarca respecta, ya en noviembre de 1993, el gobierno danés, de conformidad con el Protocolo número 12 anejo al T.U.E., notificó al Consejo que su país no se integraría en la tercera fase de la U.E.M. Consecuentemente, este Estado se considera acogido a la excepción prevista en dicho Protocolo y le es de aplicación el art. 122 del TCEE. La decisión definitiva de Dinamarca respecto de su integración en la zona euro quedaba, amparada en dicho marco jurídico, en espera del resultado del referéndum convocado para el jueves 28 de septiembre de 2000. En contra de las recomendaciones de su propio gobierno y de la opinión mayoritaria entre los medios de comunicación y empresariales, el 53,1% de los ciudadanos daneses rechazaron la integración de su país en la moneda única. Con ello, Dinamarca se sitúa al margen de la U.E.M., aunque tanto las autoridades danesas como distintas personalidades comunitarias se han apresurado a minimizar los efectos de lo que, sin duda, ha sido una sorpresa desagradable, dentro del proceso de integración supranacional europeo <sup>(7)</sup>. Desde la perspectiva preventiva con la que aquí se abordaba el análisis de los Estados “out” la conclusión es clara: el horizonte de la incorporación de Dinamarca a la U.E.M. se aleja, al menos, por varios años, pese a su permanencia en el S.M.E.

---

(7) Vid. TERTSCH, H., “Dinamarca rechaza ingresar en el euro”, *El País Digital*, 29 de septiembre de 2000; OPPENHEIMER, W., “El Ecofin y el BCE respaldan al euro tras el rechazo de Dinamarca”, *El País Digital*, 30 de septiembre de 2000.

C) Suecia

6. Mayoressingularidades presenta la situación de Suecia. En el momento de procederse al examen sobre las condiciones económicas y jurídicas para acceder a la fase definitiva de la U.E.M., el país escandinavo cumplía con todos los ratios de convergencia requeridos, exceptuado el de la estabilidad del tipo de cambio de su moneda. Lo notable, a diferencia del caso griego, es que dicha circunstancia respondía al deseo expreso del gobierno sueco de no integrarse su divisa en el S.M.E. Por otra parte, Suecia tampoco había procedido a adaptarse su legislación a las exigencias de los arts. 108 (ex art. 107) y 109 (ex art. 108) T.C.E. y de los Estatutos del S.E.B.C. Todo ello parece apuntar en la dirección de que existe una clara voluntad política por parte sueca de no adoptar la moneda única, pese a que no estaba prevista para este Estado ninguna posibilidad similar a las negociadas por Dinamarca o el Reino Unido de optar por tal exclusión. Ello ha llevado a algún autor a aventurar la posibilidad —desde luego remota, pero jurídicamente defendible— de que la Comisión Europea interpusiese ante el TJCE un recurso contra Suecia por violación de los arts. 108 (ex art. 107), 109 (ex art. 108) y 121 [ex art. 109.J] del T.C.E. <sup>(8)</sup>.

### III. LA PROYECCIÓN EXTERNA DE LA ZONA EURO

7. La asimetría entre las dimensiones económica y monetaria de la U.E.M. plantea serios interrogantes respecto de la proyección exterior de la zona euro. Mientras en materia monetaria la transferencia de soberanía de los Estados participantes a las autoridades comunitarias es completa y éstas pueden, en consecuencia, adoptar decisiones en materia de relaciones con terceros estados en este terreno —sistemas de fijación de cambios, participación en los foros internacionales, etc.—, no sucede lo mismo en el campo de la llamada “Unión Económica”, donde tal transferencia no se ha producido y los Estados siguen reteniendo su poder de decisión soberano, con los únicos límites impuestos por las obligaciones generales de coordinación, de una parte, y el principio o compromiso de mantenimiento de la estabilidad de los precios, de otra.

El problema se plantea por la práctica imposibilidad de deslindar ambos aspectos, tanto *ad intra*, cuanto *ad extra* U.E., perspectiva esta última que es la que ahora nos interesa. En efecto, en las instituciones erigidas por el sistema de Bretton Woods (F.M.I., Banco mundial, etc.), principales foros universales de

---

<sup>(8)</sup> Vid. LÓPEZ ESCUDERO, M., op. cit., p. 400, nota a pie n.º 20.

debate sobre materia financiera internacional, no se distingue entre relaciones económicas y monetarias. Consecuentemente, la agenda de estas organizaciones incluye indistintamente cuestiones de una y otra naturaleza, circunstancia que se ve agravada por que, al menos de momento, las citadas instituciones no admiten la participación de las Comunidades Europeas (C.E.) en sus seno, lo que puede causar divergencias tanto entre las posiciones de los diferentes Estados Miembros —recordemos que hay Estados “ins” y Estados “pre-ins” —cuanto entre las de éstos y las C.E.

Esta disfunción de la vertiente exterior de la zona euro no deja de tener repercusión sobre las relaciones financieras internacionales. La intervención de instituciones como el F.M.I. en los mercados financieros posee una importante dimensión, participando en los procesos de reestructuración de la deuda externa de sus Estados Miembros. Así, tal y como se pudo comprobar en la crisis de la deuda de los Países en Vía de Desarrollo (P.V.D.) <sup>(9)</sup>, la solución propuesta por los grandes bancos transnacionales ante tal crítica coyuntura consistió en ofrecer un reescalamiento de los pagos, los *Commercial Multiyears Rescheduling Agreements (MYRA)*. A cambio de tal reescalamiento, los P.V.D. se obligaban a seguir las directrices de política económica fijadas, precisamente, por el F.M.I.

En situaciones como la descrita, para que Europa pueda aprovechar plenamente las ventajas externas que cabe esperar de la creación del euro y desempeñar el papel que le corresponde en el panorama internacional, debe estar en condiciones de expresarse de forma unánime. No obstante la evidencia de este aserto, el art. 111 del TCEE no aporta una solución clara a la cuestión de la representación de la zona euro en los foros internacionales financieros. La voluntad de los Estados miembros de continuar teniendo presencia en las organizaciones monetarias internacionales aparece claramente expresada en los apartados 4 y 5 del citado art. 111 TCEE, dejando abierta una brecha en la defensa más eficaz de los intereses de la Europa monetariamente unida <sup>(10)</sup>.

#### IV. EL PROBLEMA DE LOS PAGOS EN EL PERÍODO TRANSITORIO

8. Con el inicio de la fase definitiva de la U.E.M. se abre, desde el 1 de enero de 1999 hasta el 31 de diciembre del 2001, ambos inclusive, el llamado

---

<sup>(9)</sup> Sobre la crisis de la Deuda P.V.D., BURTON, E., “Debt for Development: A new Opportunity for Nonprofits, Commercial Banks, and Developing States”, *Harvard International Law Journal*, n.º 1, vol. 31, 1990, pp. 233 a 256.

<sup>(10)</sup> Vid. LEBULLENGER, J., “La projection externe de la zone euro”, *Rev.Tr.Dr.Eur.*, pp. 459 a 478.

período transitorio. Constituye éste una ingeniosa construcción jurídica, no exenta de cierta esquizofrenia monetaria, que posibilita una transición no traumática hacia la moneda única, sobre la base de la convivencia del euro y de las monedas nacionales como unidades de cuenta y medios de pago. Al conceder completa libertad a los operadores económicos para utilizar el euro o las monedas nacionales, el art. 8.º del Reglamento n.º 974/1998 instala a los sistemas monetarios de los Estados participantes en la dualidad. De otra forma expresado, a partir del 1 de enero de 1999, el euro es la moneda única de los once Estados participantes en la última etapa de la U.E.M.; sin embargo, hasta el 1 de enero del año 2002 no cumplirá con todas las funciones inherentes a la moneda, en especial, no tendrá el carácter de medio de pago de curso legal. Dicho carácter corresponderá, dentro de los límites territoriales de cada Estado participante, a las monedas nacionales.

Esta dualidad permite solventar las dificultades que una sustitución imperativa inmediata de las monedas nacionales por el euro implicaría para los contratos financieros internacionales. Basta pensar en las consecuencias que ello tendría para la permuta de divisas o *swap* o para los eurocréditos sindicados, que incorporan como estándar contractual la denominada *effective currency clause* <sup>(11)</sup>.

La lectura de los apartados 1 y 2 del art. 8.º del Reglamento n.º 974/1998 deja claro que, salvo pacto contrario y específico entre las partes, los pagos ejecutados en cumplimiento de los instrumentos jurídicos denominados en unidades monetarias nacionales se harán en dichas unidades monetarias y los que se refieran a instrumentos denominados en euros se realizarán en la moneda única. Así pues, con excepción de los casos recogidos en los apartados 3 y 4 del mismo art. 8.º del mencionado Reglamento n.º 974/1998 <sup>(12)</sup>, los particulares no se verán obligados, durante el período transitorio, a utilizar el euro. Es el llamado principio de no obligación-no prohibición, que evita la alegación de imposi-

---

(11) En virtud de ella, el obligado cuya deuda tiene su origen en una transacción financiera internacional viene constreñido a realizar el pago en la misma divisa que ha sido utilizada para denominar la operación.

(12) La utilización del euro puede imponerse en los supuestos siguientes: a) principio de ejecución según la unidad de cuenta empleada, en virtud del cual los establecimientos financieros establecidos en la U.E. deben aceptar que cualquier deuda sea satisfecha mediante el pago del importe en la cuenta del acreedor en euros o en moneda nacional, pero dicho importe será abonado en la cuenta del acreedor en la unidad monetaria que la denomina; b) redenominación en euros de la deuda en circulación emitida por las administraciones públicas; c) cambio de la unidad de cuenta nacional a la unidad euro en los mercados de valores a efectos operativos. Vid. los apartados 3 y 4 del art. 8.º del Reglamento CEE 974/1998 y los arts. 14 a 17 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro (B.O.E. n.º 302, de 18 de diciembre de 1998).

bilidad de cumplir las obligaciones en la moneda nacional pactada, amparándose en su sustitución por la moneda única o, al contrario, pretender la nulidad de las operaciones denominadas en euros argumentando su carencia de valor liberatorio durante el período de transición.

Si en las relaciones intracomunitarias la cuestión aparece así de cristalina, no sucede lo mismo en aquellas operaciones financieras estipuladas entre residentes en Estados integrados en la zona euro y residentes en terceros países, si tales contratos deben ejecutarse en un país tercero. En este supuesto, por lo demás frecuente en la práctica financiera transfronteriza, la jurisdicción internacionalmente competente—comunitaria o extracomunitaria—debe deslindar los campos de aplicación de los distintos ordenamientos que parecen tener vocación para ser aplicados: la *lex monetae*, la *lex contractus*, la *lex loci executionis* y la *lex fori*.

En principio, y sin perjuicio de que, más adelante, profundicemos en esta cuestión <sup>(13)</sup>, los problemas relativos al objeto de una obligación monetaria—la moneda a sí considerada—vienen en un universalmente sometidos a la competencia legislativa del ordenamiento de la autoridad política que la emite, la *lex monetae* <sup>(14)</sup>. Ahora bien, no todos los interrogantes que la sustitución de las monedas nacionales sobre el euro proyectansobre los mercados financieros internacionales son reguladas por la *lex monetae*, planteándose eventuales problemas de adaptación entre los ordenamientos potencialmente concurrentes con la misma, que deben—y en la práctica financiera internacional, de hecho, lo son—debidamente y preventivamente evaluados por las partes. El correcto entendimiento de esta cuestión exige diferenciar aquellos casos en los que resulta internacionalmente competente una jurisdicción integrada en la U.E. y aquellos otros en los que la competencia es asumida por una jurisdicción tercera.

#### A) Competencia judicial internacional de un Estado Miembro de la U.E.

9. Si, por aplicación del Convenio de Bruselas el 27 de septiembre de 1968 <sup>(15)</sup> o de su convenio “paralelo” hecho en Lugano de 16 de septiembre de

<sup>(13)</sup> Vid. *infra*, p. 5, apartado 11.

<sup>(14)</sup> Vid. DESANTES REAL, M., *Las obligaciones contractuales internacionales en moneda extranjera. (Problemas relativos al ámbito de la ley aplicable)*, Madrid, 1994, p. 33; MANN, F.A., *The Legal Aspect of Money: with special reference to comparative private and public international law*, 5.ª edición, Oxford, 1992, pp. 185 y ss.

<sup>(15)</sup> Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968. En adelante, Convenio de Bruselas. Vid. B.O.E. de 28 de enero de 1991 y corrección de errores en B.O.E. de 30 de abril de 1991.

1988<sup>(16)</sup>, resulta internacionalmente competente una jurisdicción comunitaria<sup>(17)</sup>—es práctica habitual pactaren los contratos financieros internacionales la sumisión expresa a la Sala de lo Mercantil (*Commercial Court*) del Tribunal Superior de Justicia (*The High Court of Justice of England*) inglés<sup>(18)</sup>— dos grupos de problemas debieran aparecer debidamente diferenciados: de un lado, aquellos relativos a los aspectos sustantivos de las obligaciones financieras contractualmente asumidas y, de otro, aquellos otros referentes a las denominadas modalidades de ejecución.

Las cuestiones relativas tanto a la existencia, validez y continuidad de las obligaciones financieras asumidas contractualmente, como a *al quantum* de tales obligaciones y a la determinación de la moneda de pagos en competencia—como posteriormente veremos al tratar del principio de continuidad—de la *lex contractus*<sup>(19)</sup>. Un tratamiento distinto del conferido a tales cuestiones vinculadas a la ley del contrato reclaman los aspectos ligados a la virtualidad de una unidad monetaria para servir como instrumento de pago, aspectos que ahora nos

---

(16) Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988, relativo a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Vid. B.O.E. n.º 251, de 20 de octubre de 1994 y corrección de errores en B.O.E. n.º 8, de 10 de enero de 1995.

(17) Simplificando, siempre que el demandado esté domiciliado en territorio de la U.E. o de la A.E.L.C., los tribunales de un Estado Miembro de la U.E. deben declararse competentes, en virtud de los instrumentos citados en las notas anteriores, en los casos siguientes: a) si el demandado se somete tácitamente, ex art. 18 de ambos Convenios; b) en defecto de sumisión tácita, si las partes se someten expresamente a un tribunal determinado, ex art. 17 de ambos Convenios; c) a falta de sumisión expresa o tácita, si la jurisdicción concernida es la del domicilio del demandado o, en materia contractual, aquella en cuyo territorio se ha de cumplir la obligación que sirve de base a la demanda, ex arts. 2.º o 5.º 1, respectivamente, de ambos Convenios. Si el demandado no está domiciliado en territorio convencional, el art. 4.º de ambos instrumentos remite a los sistemas autónomos de competencia judicial internacional de los Estados contratantes. En el caso de España, dicha regulación está contenida, fundamentalmente, en el apartado 2 del art. 22 (sumisión expresa o tácita a la jurisdicción española, puesto que el domicilio del demandado, por definición, no está en España) o en la regla séptima del apartado 3 del mismo art. 22 (en materia de obligaciones contractuales, cuando éstas hayan nacido o deban ejecutarse en España) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (L.O.P.J.). Vid. B.O.E. n.º 157, de 2 de julio de 1985 y corrección de errores en B.O.E. n.º 264, de 4 de noviembre de 1985. Vid. IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y DESANTES REAL, M., "Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa", en *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Madrid, 1993, pp. 1.047 a 1.066.

(18) A pesar de que el Reino Unido no sea un Estado participante en la U.E.M., la aplicación del Reglamento 1103/1997 por la jurisdicción inglesa no debe sorprender. En tanto que reglamento comunitario, dicha disposición es irresistible y posee efecto directo en el territorio de los quince Estados miembros de la U.E.

(19) Vid. infra, pp. 13 y ss.

interesan particularmente, y los problemas que pueden plantear. Así, la validez del acuerdo *inter partes* relativo a la moneda de pago, la admisión de la llamada *facultas solutionis debitoris* y la eventual aplicación de una determinada tasa de conversión son cuestiones generalmente englobadas bajo la rúbrica “modalidades de la ejecución” y vienen sometidas al ordenamiento del Estado en cuyo territorio el pago debe verificarse — *lex loci solutionis* — ex apartado 2 del art. 10 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 <sup>(20)</sup>.

## B) Competencia judicial internacional de una jurisdicción extracomunitaria

10. En el caso de que la competencia judicial internacional sea asumida por una jurisdicción extracomunitaria — en materia de contratación financiera la jurisdicción del Estado de Nueva York es una de las más relevantes — la identificación del sistema jurídico rector de los aspectos *in obligatione e in solutione* dependerá del sistema de Derecho internacional privado del tribunal competente. Por lo general, la inclusión de una cuestión en uno u otro grupo y la existencia misma de la distinción dependerá de las categorías del sistema normativo del propio tribunal competente (calificación *ex lege fori*). No obstante, el particularismo a que tal lógica puede conducir resulta notablemente atenuado desde el momento en que la aplicación de la *lex loci solutionis* a las cuestiones relativas al pago es la solución más extendida en el panorama comparado; y ello tanto entre los países de tradición civilista cuanto entre las jurisdicciones adscritas al derecho anglosajón. Generalización que llega, incluso, a convertirse en una respuesta globalizadora que desconoce la distinción antes trazada entre los aspectos sustantivos y accesorios del pago <sup>(21)</sup>.

En fin, partiendo de la competencia de una jurisdicción tercera, la intervención de la *lex fori* no puede ser desdeñada, sobre todo, a título de norma imperativa del tribunal que conoce de la causa. Para evitar posibles contradicciones con los anteriores ordenamientos, el examen de los cláusulados habitualmente utilizados en las relaciones financieras internacionales revela una tendencia clara hacia la minimización de tal eventualidad, recurriendo a la correlación *forum-ius* y a la centralización de los flujos monetarios derivados del

<sup>(20)</sup> Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980, D.O.C.E. L 266, de 9 de octubre de 1980 (en adelante, Convenio de Roma). Vid. B.O.E. n.º 171, de 19 de julio de 1993, y corrección de errores en el B.O.E. n.º 189, de 9 de agosto del mismo año.

<sup>(21)</sup> Vid. DESANTES REAL, M., *Las obligaciones contractuales...*, pp. 130 y ss.

cumplimiento de las obligaciones de las partes en una entidad financiera establecida en la jurisdicción competente <sup>(22)</sup>.

## V. EL FENÓMENO DE LA SUSTITUCIÓN MONETARIA

11. Los problemas planteados por el fenómeno de sustitución monetaria que implica la última fase de la U.E.M. no pueden solucionarse de forma unívoca, por cuanto los casos de las monedas nacionales y la unidad de cuenta europea (ECU) no son asimilables. Mientras en relación con las monedas nacionales es posible asegurar un respeto cuasi universal al principio de sumisión de sus avatares a la denominada *lex monetae*, tal competencia legislativa no es predicable del ECU por la sencilla razón de que tal ley no existe <sup>(23)</sup>. Trataremos ambas cuestiones por separado.

### A) La sustitución de las monedas nacionales

12. La definición de la moneda en la cual una deuda viene denominada es, según opinión generalizada, competencia de la ley del Estado que la emite: la *lex monetae* <sup>(24)</sup>. Consecuentemente, el discurso que estamos siguiendo impone tres pasos lógicos: ¿qué es la *lex monetae*?, ¿cuál es la *lex monetae* de las monedas nacionales sustituidas por el euro?, ¿cuál es el ámbito de cuestiones reguladas por la misma?

¿Qué es la *lex monetae*? La *lex monetae* puede ser definida como el conjunto de leyes que regulan el curso legal de una moneda, su valor, su utilización y su protección en el seno de un ordenamiento jurídico determinado <sup>(25)</sup>. Así pues, en tanto que creación jurídica controlada por el derecho del Estado emisor, sólo a éste compete determinar las consecuencias de un cambio de su moneda.

¿Cuál es la *lex monetae* de las monedas nacionales? Los arts. 105 y ss. del T.C.E. determinan la transferencia de las competencias estatales en materia

---

(22) Así, el Banco Agente en los créditos sindicados denominados en euromonedas o el *Paying Bank* en las emisiones de eurobonos.

(23) Vid. DESANTES REAL, M., *El ECU en la contratación internacional*, Madrid, La Ley, 1991, pp. 9, 23, 67 y ss.

(24) Vid., por todos, DESANTES REAL, M., *Las obligaciones contractuales...*, pp. 33 y ss. y bibliografía allí citada.

(25) Vid. MANN, F.A., *The Legal Aspect...*, op. cit., pp. 185 y ss.

monetaria a las Comunidades Europeas, a la entrada de la tercera fase de la U.E.M. Con ello parece clara la equivalencia entre la *lex monetae* de las monedas nacionales sustituidas por el euro y los reglamentos comunitarios 1103/1997 y 974/1998, adoptados con fundamento en los arts. 308 y 123 del T.C.E., respectivamente <sup>(26)</sup>.

¿A qué cuestiones se aplica la *lex monetae*? La vinculación entre la moneda y la entidad política que la establece ha conducido al reconocimiento de la autoridad de la *lex monetae* para regular los problemas relativos a la existencia, curso legal, valor nominal, convertibilidad, desaparición y sustitución de las unidades monetarias. Consecuentemente, no caben dudas acerca de la competencia legislativa de la normativa comunitaria sobre el euro para determinar la sustitución de las monedas nacionales por la moneda única. Y ello con independencia de cuál sea la jurisdicción competente. Lo veremos detenidamente.

### 1. Competencia judicial internacional de un Estado Miembro de la U.E.

13. En caso de resultar competente un tribunal comunitario, la aplicación de los reglamentos 1103/1997 y 974/1998, a título de normas imperativas del foro, complementarían el régimen jurídico del contrato, sea cual fuere la ley aplicable al mismo, asegurando la regularidad jurídica de la sustitución.

Pese a alguna opinión divergente <sup>(27)</sup>, en mi opinión, el calificara los reglamentos comunitarios como normas imperativas, de aplicación inmediata o necesaria —eludiendo el recurso al método de atribución o mecanismo conflictual— no puede extrañar <sup>(28)</sup>. Es perfectamente coherente con la finalidad de dichos instrumentos comunitarios, especialmente sensibles a los especiales requerimientos que, desde el principio de seguridad jurídica, se proyectan sobre un fenómeno de la trascendencia de la sustitución de once monedas nacionales, algunas de ellas con un notable protagonismo en los mercados financieros internacionales <sup>(29)</sup>.

En definitiva, el régimen jurídico básico establecido por los reglamentos 1103/1997 y 974/1998 sobre el problema que nos ocupa puede ser sintetizado

(26) Vid. Malferrari, L., op. cit., pp. 536 y 537.

(27) Vid. Draetta, U., op. cit., pp. 12 y 13; Visco, C. y Simonetti, L., op. cit., p. 113; Sandrock, O. "Der Euro und sein Einfluss auf nationale und internationale privatrechtliche Verträge", *R.I.W.*, 1997, B.1. H. 8, p. 12.

(28) Vid., sobre las normas imperativas, Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S., *Derecho Internacional Privado*, 1.ª ed., Madrid, 1999, pp. 167 y ss.

(29) En favor de tal opción se manifiestan también Malferrari, L., op. cit., p. 537 y Delebecque, Ph., "L'euro et les contrats en cours", en AA.VV., *Les aspects*, op. cit., p. 73.

en estos dos asertos: a) a partir del 1 de enero de 1999 el euro es la moneda de los Estados Miembros de la U.E. participantes en la U.E.M.; b) durante el período transitorio las unidades monetarias nacionales coexistirán con el euro, del cual constituirán subdivisiones no decimales, con arreglo al tipo de conversión.

## 2. Competencia judicial internacional de un Estado Tercero

14. Suponiendo que la competencia judicial internacional fuese asumida por un jurisdicción tercera —Estado de Nueva York, por ejemplo— el resultado material no debiera variar, salvo casos excepcionalísimos, del anteriormente establecido <sup>(30)</sup>. Lo que sí se altera es el mecanismo técnico jurídico a través del cual se llega a tal resultado, por cuanto dicha jurisdicción no tiene por qué aplicar imperativamente normas como los reglamentos comunitarios 1103/1997 y 974/1998, que, lógicamente, no están integrados en sus ordenamientos. Consecuentemente, el tribunal que conceda la controversia calificará la cuestión y la encuadrará en su sistema conflictual para, posteriormente, localizar el ordenamiento que le ofrezca una respuesta adecuada. Con toda probabilidad, dicho proceso concluirá con la aplicación de la *lex monetae*.

Primero, por la vinculación innegable que existe entre las cuestiones de naturaleza monetaria y el derecho de la entidad política emisora de la moneda.

Segundo, porque la aplicación de la *lex monetae* por un tribunal no integrado en la organización jurisdiccional del Estado emisor, rechazada en ocasiones por su proximidad con la noción de soberanía política, no ofrece dudas actualmente en un contexto como el que estamos analizando <sup>(31)</sup>.

Tercero, porque, según opiniones cualificadas, el desconocimiento del principio que late tras la aplicación de la *lex monetae* —la soberanía del Estado emisor— constituiría una violación del Derecho internacional público, materia extremadamente sensible como para ponerla en juego si no es ante situaciones críticas de difícil verificación <sup>(32)</sup>.

---

<sup>(30)</sup> Un interesante repaso por distintos sistemas de competencia judicial internacional puede consultarse en FAWCETT, J.J., *Declining Jurisdiction in Private International Law*, Oxford, 1995, y PARK, W.W., *International Forum Selection*, Boston/La Haya/Londres, 1995.

<sup>(31)</sup> Por citar un exponente jurídico-positivo comparado, baste recordar el art. 147.1 de la Ley Suiza de Derecho internacional privado de 18 de diciembre de 1987: “La monnaie est définie par le droit de l’Etat d’émission”. Vid., para nuestro sistema, las propuestas de M. DESANTES REAL, *Las obligaciones...*, op. cit., p. 33 y ss.

<sup>(32)</sup> Vid. L. Malferrari, op. cit., p. 538, notas 99 y 100.

## B) La sustitución del ECU por la moneda única europea

15. La aplicación de la *lex monetae* a la cuestión de la sustitución de una determinada unidad monetaria tiene como límite infranqueable la propia cualidad de moneda del objeto considerado. Limitación que afecta directamente a las operaciones financieras internacionales denominadas en ECUs. Sin querer entrar en la disputa acerca de si el ECU posee o no naturaleza monetaria, lo que sí puede afirmarse es que los problemas que se plantean sobre su utilización privada a consecuencia de su sustitución por la moneda única europea no pueden someterse a la *lex monetae*, porque tal ley no existe <sup>(33)</sup>.

Establecido al amparo del Derecho internacional público para que las instituciones comunitarias pudiesen cumplir con sus obligaciones, pronto el ECU comienza a perfilarse, también, como respuesta al fracaso del sistema monetario internacional y a las tensiones que este no-sistema implica para el comercio transfronterizo. Consecuentemente, el ECU aparece como una realidad económica bidimensional: oficial y privada. De un lado, el ECU es unidad de cuenta, una cesta de monedas o moneda subordinada, compuesta por el conjunto ponderado de las monedas de los doce primeros Estados Miembros de la U.E. Esta entidad económica abstracta sirve, en su dimensión oficial, para establecer tanto el presupuesto comunitario cuanto las cuentas de los órganos de las C.E. en sus relaciones con sus propios funcionarios y con los Estados Miembros <sup>(34)</sup>. De otro, la relativa estabilidad alcanzada por esta cesta de monedas y el establecimiento de un eficaz mecanismo interbancario de pagos hizo atractivo para los particulares su utilización y de ahí la aparición del denominado ECU privado.

En lo que al objeto de este trabajo respecta, es esta dimensión privada la que interesa destacar, por los problemas que pueden plantearse desde el punto de vista de la sustitución de la unidad de cuenta europea por el euro en las operaciones financieras internacionales denominadas en ECUs. En definitiva, el ECU privado no ha sido creado por ninguna autoridad monetaria, no está regulado por instituto emisor alguno, no viene definido por ningún orden jurídico nacional o supranacional y, en fin, carece de curso legal en sentido estricto. El hecho de no poder apoyarse en una superestructura jurídica provoca que toda obligación contractual monetaria cifrada en ECUs deba explicar, entre otras cuestiones fundamentales, cuál es el significado del propio término ECU y

---

(33) Vid., acerca de la naturaleza del ECU, DESANTES REAL, M., *El ECU...*, op. cit., pp. 9, 23, 67 y ss.

(34) Sobre esta dimensión oficial, vid. DESANTES REAL, M., "La dimensión oficial del ECU: presente y futuro de un instrumento clave en el proceso de unión económica y monetaria", *Revista de Instituciones Europeas*, 1991, n.º 2, pp. 517 a 550.

cuáles los efectos de sus alteraciones de valor o composición <sup>(35)</sup>. La virtualidad de dichas menciones contractuales y las consecuencias de su imprevisión precisan una respuesta internacional privatista que, tal y como se acaba de exponer, no puede pasar por su sumisión a la *lex monetae* <sup>(36)</sup>.

Siendo el ECU privado una unidad de cuenta adoptada sobre la base de la voluntad de las partes, aun viniendo presumiblemente referido al ECU oficial <sup>(37)</sup>, la suerte de las deudas en él denominadas debe referirse a la competencia legislativa de la *lex contractus*. En efecto, la U.E., como delegada del poder monetario soberano de sus Estados Miembros, puede crear una nueva moneda —el euro— y decidir que la misma sustituye a las monedas nacionales de los Estados participantes en la U.E.M., pero carece de autoridad para imponer esa sustitución respecto de unidades de cuenta puramente privadas. Afirmada la competencia de la *lex contractus*, aquí sí que posee trascendencia la cuestión de la jurisdicción competente, puesto que el principio de conversión de un ECU por un euro no se impone a las jurisdicciones de los Estados no integrados en la U.E.

#### 1. Competencia de los tribunales de un Estado Miembro de la U.E.

16. Ubicada la sede de análisis en un órgano jurisdiccional de un Estado Miembro de la U.E. —es muy frecuente en materia financiera internacional la sumisión a la jurisdicción inglesa o luxemburguesa— podemos estimar dos hipótesis.

La primera, defendida, entre otros, por O. SANDROCK, parte de la convicción de que todas las cuestiones relativas a los contratos deben ser reguladas por las normas de derecho civil o privado de la *lex contractus* <sup>(38)</sup>. Ello abriría las puertas a la previa determinación de la ley aplicable y obliga a una doble evaluación: *lex contractus* comunitaria; *lex contractus* extracomunitaria.

Si la *lex contractus* es también la ley de un Estado Miembro —caso, por lo demás, muy verosímil, dada la tendencia de la práctica financiera internacional hacia la correlación *forum-ius*— la sustitución del ECU por el euro seguiría las mismas reglas antes mencionadas, fijadas por el Reglamento 1103/1997.

---

(35) Vid. DESANTES REAL, M., *El ECU...*, op. cit., pp. 18 y 19.

(36) *Ibid.*, p. 77.

(37) Presunción establecida, *iuris tantum*, por el inciso segundo del apartado 1 del art. 2.º del Reglamento 1103/1997.

(38) Vid. SANDROCK, O., “Der Euro...”, op. cit., p. 12.

Si, por contra, la *lex contractus* es la ley de un Estado tercero —p. ej., ley suiza— correspondería a dicho ordenamiento regular la sustitución de las deudas denominadas en ECUs privados. Reconocido el principio de autonomía material de la voluntad en la práctica totalidad de ordenamientos relevantes en los mercados financieros internacionales, se impone, *prima facie*, el respeto por lo pactado por las partes. En defecto de pacto *inter partes*, puede que la *lex contractus* cuente con una legislación específicamente diseñada para contemplar los efectos de la U.E.M. y ello vendrá en ayuda del juzgador <sup>(39)</sup>, pero no es esta una situación usual en la práctica. Más complicada aparece la decisión de fondo cuando, como es lo habitual, la *lex contractus* extracomunitaria no contiene previsiones expresas respecto de la sustitución del ECU por el euro <sup>(40)</sup>. En estos casos, el juez competente debería barajar dos posibles soluciones: o bien estimar que el ECU ha sido sustituido por el euro, según la tasa de conversión establecida por el Reglamento 1103/1997; o bien concluir que se trata de un ECU con el valor congelado al tiempo de producirse su reemplazo por la moneda única. La respuesta no parece que deba formularse en términos abstractos, sino a partir de la concreta situación, teniendo como principios rectores la economía del contrato y los intereses legítimos de las partes. Desde ambos parámetros, el sentido común aconseja inclinarse por considerar al euro como sucesor efectivo del ECU.

17. La segunda de las hipótesis aventuradas —y la que, a mi juicio, debería ser seguida por los tribunales de los Estados Miembros— pasaría por la aplicación de los reglamentos comunitarios a título de ley imperativa del foro, con preferencia sobre cualquier tipo de análisis conflictual. Las razones que avalan esta respuesta son las mismas que se esgrimieron antes, al tratar de la sustitución de las monedas nacionales por el euro <sup>(41)</sup>. Su fundamento último radica en la necesidad de que dicha sustitución se produzca en un ambiente jurídico de certeza, que ofrezca a los operadores jurídicos y financieros internacionales un marco seguro que no distorsione unas relaciones ya afectadas

---

(39) Tal es el caso de los Estados de Illinois, Nueva York y California, que han promulgado leyes especiales confirmando la continuidad de los contratos afectados por la adopción del euro. Pensilvania y Michigan también cuentan con proyectos en este sentido, pendientes, al escribir estas líneas, de tramitación legislativa. Todos estos instrumentos poseen un tenor literal muy parecido y prevén que las obligaciones denominadas en ECUs son ejecutables tanto en esta unidad monetaria —hasta su sustitución por la moneda única— o en euros, que son expresamente considerados —p.ej., según el art. 1663 del Código Civil de California— comercial, razonable y substancialmente equivalentes al ECU. Vid. <http://www.leginfo.ca.gov>.

(40) Esta es la situación, entre otros centros financieros, de Singapur, Japón, Suiza, Canadá y el resto de los Estados federados de los Estados Unidos de Norteamérica.

(41) Vid. *supra*, p. 9, párrafo 12.

estructuralmente de un elevado grado de volatilidad. Consecuentemente, fuese cual fuese la ley aplicable al contrato, la solución que la legislación comunitaria prescribe puede expresarse en que el ECU ha dejado de ser, desde el 1 de enero de 1999, la unidad de cuenta de las C.E. y ha sido reemplazado por el euro, al tipo de 1 ECU = 1 euro, tanto en su dimensión oficial cuanto en su vertiente privada, a salvo, en este último caso, de pacto contrario entre las partes.

## 2. Ubicación de la sede de análisis en un Estado Tercero

18. El escenario descrito varía muy poco si partimos de la jurisdicción de un Estado tercero. Supongamos la competencia judicial internacional de un tribunal suizo. En este caso, si resulta aplicable la ley de un Estado Miembro de la U.E., el juez suizo acordaría la sustitución del ECU por el euro según la tasa de conversión fijada en el ya mencionado Reglamento 1103/1997; a salvo de que se pudiesen plantear contradicciones con el orden público del foro extranjero, cuestión que, según la mayoría de las opiniones, no parece probable ni sobre la base de teorías como la de la imprevisión o el error, ni con fundamento en la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* <sup>(42)</sup>. Si la ley aplicable es una ley extracomunitaria—ley suiza, por seguir con el ejemplo propuesto—la cuestión recibiría un tratamiento parecido al que hemos contemplado anteriormente desde la perspectiva del juez comunitario que aplica un ordenamiento de un Estado tercero. La única variante vendría dada por el hecho de que la posible aplicación imperativa de los reglamentos que constituyen la *lex monetae* del euro no se podría invocar más que a título de norma imperativa de un tercer Estado, puesto que no son reglas necesarias ni del foro—jurisdicción suiza—ni de la *lex contractus* (que por hipótesis también es extracomunitaria). Dicha posibilidad pasaría por la habilitación que en tal sentido concediera al juzgador su propio sistema de Derecho internacional privado. En el caso propuesto, el art. 19 de la Ley suiza de Derecho internacional privado faculta, que no obliga, al juez suizo internacionalmente competente para la toma en consideración de las normas imperativas de terceros Estados. Aunque esa no tiene por qué ser la situación en el resto de sistemas potencialmente competentes en relaciones financieras internacionales, no parece que, dada la magnitud de los intereses en presencia, la aplicación de la *lex monetae* del euro, como norma imperativa de un tercer Estado, pueda descartarse; aunque tampoco es posible afirmar que tal aplicación se producirá en cualquier caso.

---

(42) Vid. Malferrari, L., op. cit., pp. 540 a 551; Thévenoz, L., op. cit., pp. 293 a 305.

## VI. EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD DE LOS CONTRATOS

19. Ante la aparición de la moneda única, las autoridades comunitarias y las organizaciones de profesionales consultadas han manifestado, sin ambages, que la inalterabilidad de los contratos financieros internacionales es un elemento de vital importancia tanto para garantizar la seguridad jurídica en el mercado interior cuanto para reforzar la propia credibilidad externa del proceso de U.E.M.

No obstante dicha afirmación, en el antes mencionado Libro Verde, la Comisión Europea ya advertía de que algunos ordenamientos contemplan la posibilidad de que uno de los contratantes rescinda o modifique de modo unilateral una relación contractual si se produce una perturbación fundamental de los factores económicos —la sustitución de la moneda en la que una operación financiera internacional viene denominada sin duda lo es— que sirvieron de base a su negociación <sup>(43)</sup>. En el caso de los contratos financieros internacionales, además, dicha posibilidad suele estar expresamente contemplada en el clausulado contractual estándar <sup>(44)</sup>.

Para afrontar estas eventualidades, el art. 3.º del Reglamento n.º 1103/1997 da prioridad a lo dispuesto por las partes y, en su defecto, dispone que la adopción de la moneda única no constituirá, en ningún caso, una causa de revocación de los contratos ni podrá invocarse para solicitar una modificación de los términos contractuales. También la legislación introducida por los Estados Miembros para reforzar la seguridad jurídica ante el impacto de la U.E.M. incide en dicho principio de continuidad, aclarando que la adopción de la moneda puede ser considerada como uno de los supuestos de alteración substantiva de la economía del contrato que autorizarían la modificación o rescisión contractual <sup>(45)</sup>. De modo que, si el contrato ha previsto las consecuencias de la adopción de la nueva moneda europea, habrá que estar a lo dispuesto por las partes y, a falta de pacto expreso, optar por la continuidad del mismo. A este respecto, la práctica financiera internacional más reciente revela una clara tendencia a la incorporación de cláusulas cuyo objeto específico es regular los efectos de la sustitución de las monedas de los Estados participantes por la moneda única, con una opción materialmente orientada hacia la continuidad de la relación,

(43) Vid. *Libro Verde*, op. cit., puntos 129 y 130.

(44) Así ocurre, por ejemplo, en los eurocréditos y en los eurobonos, merced a la denominada cláusula “de desastre” o *eurodollar disaster clause*.

(45) En el caso de España, vid. el art. 10 de la Ley 46/1998.

realizándose el proceso de conversión al tipo fijado por el B.C.E. y de acuerdo con las reglas de redondeo establecidas en el Reglamento 1103/1997 <sup>(46)</sup>.

Ahora bien, por un lado, hay fórmulas financieras internacionales, como el eurocrédito sindicado o las emisiones de eurobonos, que proporcionan cobertura jurídica a una relación a medio/largo plazo y no hay que descartar, pues, que operaciones pactadas hace 10 años continúen desplegando efectos y en ellas no haya sido contemplada, al menos específicamente, la eventual aparición de la U.E.M. Se plantearía entonces la cuestión de dilucidar conforme a qué ordenamiento correspondería evaluar la suerte de las obligaciones monetarias ante tal eventualidad, incógnita que sólo puede despejarse utilizando el instrumental del Derecho internacional privado. Y esto es así porque una cosa es que la U.E., como depositaria de la soberanía monetaria de los Estados Participantes en la U.E.M., acuerde que el euro sustituirá a las monedas nacionales y al ECU y otra muy distinta las consecuencias que de tal sustitución se deriven para los contratos denominados en las unidades monetarias sustituidas. Mientras, como ya se ha visto, los aspectos relativos a la sustitución de las unidades monetarias afectadas por la U.E.M. —con la excepción del ECU privado— vienen referidos a la *lex monetae*, la continuidad de la relación ante el impacto de tal decisión es algo que depende de la voluntad de las partes y, por tanto, se inscribe en la órbita de la *lex contractus*. Como no todas las relaciones eurocrediticias vienen sometidas a un ordenamiento comunitario, la reflexión internacional privatista se presenta como un referente inexcusable. Expuesto así el problema, hay que distinguir aquellos supuestos en los que la sede de análisis se localiza en un Estado miembro de la U.E. y aquellos otros en los que la competencia judicial internacional sea asumida por una autoridad de un Estado tercero.

A) Ubicación de la sede de análisis en un Estado Miembro de la U.E.

20. Sila competencia judicial internacional es asumida por una jurisdicción comunitaria —por ejemplo, la jurisdicción luxemburguesa, que está adquiriendo un protagonismo creciente en el campo del eurobono— la consideración de los reglamentos comunitarios sobre introducción del euro como normas

---

(46) En el campo de la permuta financiera (*swap*), la *International Swaps and Derivatives Association* ha propuesto el llamado *ISDA EMU Protocol*, que enmienda el *ISDA Master Agreement*. En dicho documento se establece la continuidad de los contratos de *swap* afectados por la U.E.M. a modo de cláusula contractual tipo, aplicable a todas las transacciones entabladas por sus suscriptores, sin necesidad de incorporarla en cada operación. Vid. VISCO, C. y SIMONETTI, L., op. cit., pp. 123 a 128 y <http://www.perkinscoie.com/euro.html>, visitado el 14 de abril de 1999.

imperativas —ya suficientemente argumentada en otros pasajes de este trabajo<sup>(47)</sup>— implica la elusión de toda referencia al sistema conflictual y concluye con la aplicación directa de un régimen jurídico básico que puede sersintetizado en las siguientes afirmaciones: a) la sustitución de las monedas nacionales poreuro no exime del cumplimiento de las obligaciones, ni autoriza la alteración unilateral de los instrumentos jurídicos, a salvo de lo expresamente pactado por las partes; b) la sustitución de las monedas nacionales por el euro no podrá ser, en ningún caso, considerada como un hecho jurídico con efectos modificativos, extintivos, revocatorios, rescisorios o resolutorios en el cumplimiento de las obligaciones; c) las referencias contenidas en los instrumentos jurídicos a importes monetarios tendrán la misma validez ya se expresen en euros o en monedas nacionales; d) el importe monetario expresado en euros resultante de la aplicación del tipo de conversión y, en su caso, del redondeo, es equivalente al importe monetario expresado en la moneda nacional de referencia que fue objeto de la conversión.

#### B) Sede de análisis localizada en un Estado Tercero

21. La continuidad de los contratos, pese a la existencia de una mayoría de ordenamientos favorables a su observancia, no está tan claramente asegurada cuando la jurisdicción competente es extracomunitaria y, portanto, no vinculada por el Reglamento 1103/1997. Una vez más, hay que hacernotar que no se trata de un supuesto de laboratorio, pues otra de las opciones frecuentes en la contratación financiera transfronteriza es la designación por las partes de los tribunales del Estado de Nueva York como internacionalmente competentes para resolver cualquier controversia derivada de la ejecución y/o interpretación del contrato.

Si la *lex contractus* es la ley de un Estado Miembro de la U.E., la continuidad de la relación estaría, en principio, garantizada por aplicación del Reglamento 1103/1997; salvo que tal principio pueda ser considerado como contrario al orden público del foro extranjero. El supuesto, aun sin ser de imposible verificación, resulta un tanto artificioso porque, primero, es constatable una tendencia general de la práctica financiera internacional hacia la coincidencia entre *forum* y *ius*; segundo, resulta improbable que un Estado tercero tenga interés en enfrentarse con la Unión Europea en este terreno; y tercero, como veremos a continuación, del análisis del contenido material de los principales ordenamientos en presencia en los mercados financieros internacionales, no parece que haya razón para suponer el desencadenamiento del correctivo funcional de orden público.

---

(47) Vid. *supra*, pp. 9 y ss.

Así pues, con mayor probabilidad, la competencia de una jurisdicción extracomunitaria acarreará la aplicación de las leyes del mismo foro; en el ejemplo propuesto, las leyes del Estado de Nueva York. De lo que se trata, entonces y enlazando con el párrafo anterior, es de estudiar la compatibilidad del principio comunitario de continuidad con los ordenamientos de los principales centros financieros internacionales, para lo cual nos situaremos ante la hipótesis de una jurisdicción tercera que aplica el derecho de un Estado también tercero <sup>(48)</sup>.

Tanto en el área europea extracomunitaria cuanto en los principales mercados financieros de Norteamérica el análisis de los ordenamientos de referencia dibuja un panorama propicio para el mantenimiento de la continuidad de las relaciones contractuales tras la sustitución de las monedas nacionales por el euro.

En Europa son de destacar, por su importancia, las posibles reacciones de los mercados suizo y ruso. Por parte de la doctrina jurídica e incluso de las autoridades monetarias suizas se ha llegado a asegurar que tanto el Derecho positivo cuanto la doctrina de los tribunales helvéticos son claramente favorables a la continuidad de los contratos, sin que sea preciso adoptar soluciones legislativas específicas. También el análisis de la legislación rusa hace pensar que los tribunales de este Estado no intervendrán sobre los contratos euro crediticios por la sola alegación del fenómeno de sustitución de las monedas nacionales de los Estados Participantes en la U.E.M. por el euro.

Dentro del área norteamericana, en Canadá, las opiniones de los principales expertos consultados son favorables a la garantía de la continuidad de las relaciones financieras internacionales tras la irrupción del euro, sin necesidad de introducir legislación nacional alguna para garantizar tal efecto. En los Estados Unidos, la situación en los principales centros financieros es muy variada, por cuanto el gobierno federal no ha considerado oportuno realizar esfuerzo normativo alguno respecto de la continuidad de los contratos afectados por la adopción del euro. Desplazado el análisis a la actividad de cada Estado federado, el balance no es, ni mucho menos, homogéneo. Como ya se advirtió antes, de los cincuenta Estados de la Unión, tan sólo una minoría de ellos, aunque ciertamente relevantes en el campo financiero internacional — Nueva York, California — han adoptado respuestas legislativas específicas y favorables al principio de continuidad. En el resto de los Estados de la Unión norteamericana, a falta de tal pronunciamiento legislativo, no parece que ni según lo dispuesto en el artículo II del *Uniform Commercial Code* ni según los parámetros

---

(48) Vid., para todo lo que sigue, <http://www.perkinscoie.com/euro.html> (visitado el 14 de abril de 1999).

interpretativos generales del *common law proper test* haya resultados materiales finalmente oponibles al principio de continuidad, por las simple alegación del fenómeno de sustitución monetaria <sup>(49)</sup>.

Mayores incertidumbres se plantean en el área asiática. Así, en Singapur se organizó, en febrero de 1998, un comité de estudio interdisciplinar para analizar la cuestión de la continuidad de los contratos financieros internacionales. Aunque se trata de un ordenamiento que bebe en las fuentes del *common law*, las conclusiones del comité acabaron por señalar que, de acuerdo con los presupuestos de las leyes de Singapur, la continuidad de los contratos financieros internacionales no estaba asegurada. Por lo que a Japón respecta, la mayoría de los expertos consultados se han manifestado en contra de soluciones globales, proponiendo un análisis casuístico, lo cual no ofrece grandes garantías. No obstante, la mayoría de especialistas coinciden en señalar que la continuidad de los contratos, como traducción de teorías económicas tan extendidas como el nominalismo, será siempre el argumento a batir; estableciéndose una suerte de presunción *iuris tantum* a su favor.

En definitiva, no parece que haya contenidos materiales radicalmente oponibles al principio de continuidad. Sólo una alteración extraordinaria de las prestaciones inicialmente pactadas justificaría una intervención judicial que, en aras de la salvaguarda de los intereses de las partes, se apartase del respeto casi-universal al principio nominalista. Para fundamentar tales actuaciones excepcionales se han alegado toda clase de argumentos centrados, unas veces, en la cláusula *rebus sic stantibus* o la doctrina de la previsibilidad, y otras, en los principios de buena fe en la contratación, equilibrio contractual o en el recurso a la equidad. Pero es que, en mi opinión, incluso aceptando la formulación clásica de la teoría de la frustración del contrato por desaparición de su objeto —es decir, de la moneda nacional inicialmente utilizada para denominar la operación— la introducción del euro no justificaría, por sí sola, la nulidad de las relaciones financieras internacionales afectadas por el fenómeno de sustitución monetaria. Tal y como el propio Reglamento 1103/1997 establece en sus considerandos, la aparición de la moneda única no es algo que pueda calificarse de imprevisible ni que genere una alteración substancial del estado de cosas existentes en el momento de contratar; criterios, estos últimos, habitualmente requeridos en el Derecho comparado para dar entrada a la rescisión del contrato según la teoría de la alteración de sus términos fundamentales.

---

(49) Vid. Malferrari, L., op. cit., pp. 539 y ss.

## VII. CONCLUSIONES

22. Desde una perspectiva económica, la culminación del proceso de unificación monetaria europea supone una profunda modificación del panorama financiero internacional. Si el euro cumple, como todo parece indicar, las condiciones de moneda segura y de uso extendido, contribuirá a reforzar el sistema financiero internacional en una doble dirección: aumento de la estabilidad y mayor eficiencia. Pero no todo son luces en este nuevo panorama, también es preciso dar cuenta de las dificultades que, desde una perspectiva jurídica, pueden plantearse; fundamentalmente, aquellas relativas a la desaparición de las monedas nacionales y el ECU y a la continuidad de los contratos financieros internacionales afectados por la misma.

Si en las relaciones intracomunitarias dichas incógnitas aparecen claramente despejadas por los reglamentos comunitarios 1103/1997 y 974/1998, no ocurre lo mismo respecto de los contratos estipulados entre residentes de países con moneda única y residentes de terceros países. En estos casos, resulta imprescindible recurrir al instrumento técnico-jurídico del Derecho internacional privado para una correcta evaluación de las posiciones de las partes, tanto desde una perspectiva patológica cuanto desde el punto de vista preventivo.

Supuesta la competencia judicial internacional de una jurisdicción comunitaria, el carácter imperativo de los referidos reglamentos aseguraría, sea cual sea la ley aplicable al contrato, el respeto por el esquema de sustitución plena y continuidad de las relaciones trazado por las autoridades de la U.E. El afirmar la naturaleza imperativa de los reglamentos 1103/1997 y 974/1998 es perfectamente coherente con la necesidad de que un proceso de la trascendencia de la U.E.M. se desarrolle en el marco jurídico más seguro posible; seguridad que, obviamente, quedaría muy comprometida ante la textura abierta de las normas de conflicto establecidas en el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las relaciones contractuales.

La respuesta, no obstante, no es tan taxativa ante la posibilidad de que una jurisdicción extracomunitaria competente adopte, aplicando el derecho de un Estado tercero o las propias disposiciones de la *lex fori*, decisiones que perturben el régimen previsto en los reglamentos comunitarios.

Respecto del fenómeno sustitutorio, un repaso a las hipotéticas reacciones de los principales centros financieros internacionales arroja un resultado netamente favorable al reconocimiento de la moneda única como sucesora de las monedas nacionales. En algunos casos —Estado de Nueva York, California, Illinois—, el deseo de sus legisladores de asegurar dicho reconocimiento ha llevado a la adopción de medidas legislativas internas que eviten eventuales intervenciones de la *lex fori* sobre la sustitución. En el resto de los ordenamien-

tos, se llega al mismo resultado en aplicación de la *lex monetae* como expresión del vínculo existente entre la moneda y la autoridad soberana que la crea.

Mayores problemas pueden surgir del lado del principio de continuidad de los contratos financieros internacionales tras la definitiva conclusión de la U.E.M. Aunque una consulta breve al contenido de la regulación de terceros países muestra un balance favorable al respeto de la voluntad de las partes y éstas recurren a la autonomía material para dotar de continuidad a sus relaciones, las dudas aparecen ante supuestos de imprevisión contractual o de una hipotética intervención judicial frente a una alteración sustancial de los términos inicialmente pactados. Afortunadamente, algunos de los principales centros financieros internacionales —los ya mencionados de los Estados de Nueva York, California, Illinois— han incorporado disposiciones autónomas que establecen que el simple hecho de la sustitución de las monedas nacionales o el ECU por el euro no es motivo suficiente para instar unilateralmente la resolución de la relación contractual. En el resto de ordenamientos estudiados, con excepción de los del área asiática, la mayoría de las opiniones coinciden en que no hay motivos para temer que sus tribunales intervengan en una dirección opuesta al principio de continuidad, ni desde doctrinas como las de la imprevisibilidad, o de la *cláusula rebus sic stantibus*, ni ante la invocación de principios como el de equidad, etc. En fin, es en los derechos de Singapur y Japón en los que parece existir, no una oposición de principio a inalterabilidad de las relaciones financieras internacionales ante la U.E.M., pero sí una cierta reserva a efectuar pronunciamientos de carácter global, prefiriendo un examen casuístico y particularizado.

---

# JURISPRUDENCIA

---

# LA RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS POR ERRORES EN LA APORTACIÓN DE DATOS A LOS REGISTROS DE MOROSOS

[Comentario a la Sentencia de la A.P. de Madrid, de 17 de noviembre de 2000]

Ponente: Sr. D. José Luis Zarco Olivo

DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA

Abogado. Doctor en Derecho

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—Se acepta el primero y se rechazan los demás contenidos de la resolución impugnada que se sustituyen por los siguientes.

**Segundo.**—Por el Procurador ..., en nombre y representación de ..., se interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 3 de noviembre de 1997 por el Juzgado de Primera Instancia.º 1 de los de Alcobendas, que desestimó la demanda presentada por aquél contra ..., S.A., en la que solicitaba que se condenase a la demandada a pagarle la cantidad de 20.000.000 pesetas por los daños y perjuicios causados. Alega la parte apelante, en síntesis, que la sentencia apelada comete error en la apreciación de la prueba practicada por cuanto de lo actuado se infiere tanto la existencia de daños

psíquicos como patrimoniales que la demandada causó al actor y por los que procede la estimación de la demanda rectora de estas actuaciones. Frente a tales alegaciones la representación procesal de la apelada impugnó el anterior recurso y solicitó la confirmación de la sentencia apelada con imposición de las costas causadas en esta segunda instancia a la parte recurrente.

**Tercero.**—Son hechos admitidos por ambas partes y por tanto liberados de carga probatoria los siguientes:

1. En fecha 17 de julio de 1985 el demandante, actuando en su propio nombre y en representación de su esposa, suscribió un contrato de préstamo hipotecario con la entidad demandada por importe de 13.000.000 pesetas gravando al efecto, junto a otro local, la finca sita en la parroquia de ..., llamada...

2. El 29 de junio de 1989 el actual demandante vendió la referida finca a ..., con viniendo la subrogación de la parte compradora en la obligación personal del pago del préstamo que se encontraba pendiente.

3. Autorizada la subrogación del tercero en el préstamo hipotecario por parte de la entidad demandada, ante el impago de determinadas cuotas por parte de éste, ..., S.A. cursó el oportuno parte de incidencias al Registro de la Asociación Nacional de Entidades de Financiación (ASNEF) sin comunicar la subrogación antes dicha.

4. El 23 de enero de 1991 la sociedad demandada requirió notarialmente al actory su esposa para que pagasen la cantidad de 11.130.109 pesetas que ascendía al importe de las cuotas mensuales impagadas con el interés moratorio correspondiente. Puesto en contacto el demandante con la asesoría jurídica de la entidad demandada, ésta puso a su disposición una carta fechada el 30 de enero de 1992 en la que se dejaba constancia de ..., S.A. no tenía reclamación alguna que hacerle, sin embargo no procedió a la rectificación del Registro del (sic) ASNEF hasta el 26 de febrero de 1996, permaneciendo mientras tanto el actual demandante como moroso en uno de los ficheros del referido Registro.

Partiendo de los anteriores hechos el demandante ejercita acción personal contra la demandada pretendiendo la indemnización de los daños y perjuicios que se le había (sic) causado, tanto por la responsabilidad contractual como extracontractual de la demandada, alegando al efecto que como consecuencia de su indebida inclusión en el Registro del (sic) ASNEF le habían sido denegadas otras líneas de préstamo que solicitó, que igualmente la compradora de otra finca suya había recibido un requerimiento de pago dimanante del anterior préstamo hipotecario y que por ello el demandante había sufrido importantes desequilibrios emocionales que le ocasionaron un envejecimiento prematuro así como un enorme dolor psíquico y moral.

Ante dicha pretensión, la parte demandada se opuso negando las consecuencias que el actor aducía —aunque admitió la permanencia del demandante en el Registro del (sic) ASNEF por un error informático— y resaltando su inestable situación financiera, que le había conducido a solicitar diversos préstamos a entidad bancarias diferentes e incluso a pretender de ..., S.A., poco antes de la presente reclamación judicial, la concesión de un nuevo préstamo para hacer frente a su delicada situación económica.

Así las cosas, esta Sala admite la viabilidad de la acción ejercitada, no sólo como consecuencia de la responsabilidad extracontractual que recogela sentencia apelada, sino también acogiendo doctrina sobre la yuxtaposición de la culpa contractual y la extracontractual que admite la jurisprudencia, quedando relegado el tema del presente recurso a determinarse si como consecuencia de la actuación de la demandada, incluyendo injustificadamente a ... en el Registro de morosos de la ASNEF y no rectificando tal error hasta febrero de 1996, se le causaron los daños y perjuicios, patrimoniales y morales, cuya indemnización se solicita en estas actuaciones; pues bien, en cuanto a los primeros —daños y perjuicios patrimoniales— compartimos la apreciación de la prueba practicada por el Juzgado de procedencia en el sentido de que, no sólo no se han probado sino que lo actuado resulta lo contrario. Así, no se infiere de las pruebas practicadas que como consecuencia de figurar el demandante en el anterior Registro se le denegase ningún préstamo por entidad bancaria que lo consultase, siendo de resaltar que la única prueba practicada al efecto, consistente en la declaración del testigo ... —Director de la oficina del Banco ... sita en ...— aunque reconoció haber comprobado que ... aparecía inscrito en el Registro de morosos de la Asociación Nacional de Entidades Financieras con ocasión de haber solicitado un préstamo en 1994 (pregunta decimotercera), no pudo precisarse como consecuencia de lo anterior se le denegó el préstamo interesado (pregun-

ta decimonovena); y, a mayor abundamiento, tanto de la certificación emitida por la A.S.N.E.F. obrante al folio 155 como de la documental que consta a los folios 304 y siguientes, se infiere que la inclusión del demandante en el antedicho Registro no le impidió obtener diversos préstamos de diferentes entidades bancarias.

En lo concerniente a los daños morales, por el contrario, disintimos de la argumentación contenida en la sentencia apelada, por cuanto es conocida la jurisprudencia recapitulada por S.T.S. de 31 de mayo de 2000, a cuyo tenor “la situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico” (S.T.S. de 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996 y 24 de septiembre de 1999), refiriéndose en otras ocasiones a un “impacto o sufrimiento psíquico o espiritual” (S.T.S. de 23 de julio de 1990), a “impotencia, ansiedad, angustia” (S.T.S. de 6 de julio de 1990), a “la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor presagio de incertidumbre” (S.T.S. de 22 de mayo de 1995), al “trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecutiva” (S.T.S. de 27 de enero de 1998), o al “impacto, quebranto o sufrimiento psíquico” (S.T.S. de 12 de julio de 1999). En igual sentido la reciente S.T.S. de 26 de julio de 2000 considera indemnizable el daño moral siempre que se explicita la base fáctica que permita emitir el juicio de valor. Pues bien, aplicando dicha doctrina jurisprudencial al caso que nos ocupa, no cabe duda de que el actor—quien, como la misma parte demandada admite, se encontraba a través de una situación económica problemática y precisa para obtener diversos préstamos para financiar sus gastos—se encontraba sometido a la antedicha situación de sufrimiento psíquico y angustia cuando, al solicitar los préstamos o créditos que le permitiera solucionar tales problemas económicos, las entidades bancarias comprobaban que se encontraba inscrito—injustificadamente—, en el Registro de morosos de la ASNEF. Quebranto

psíquico que dio lugar a un detrimento general de su salud, como se infiere del informe médico obrante en autos (folio 67) cuyo contenido fue corroborado por la declaración testimonial de su autor, el Dr. ... (folio 176). Tal daño moral, a falta de otros medios probatorios que permitan cuantificar la indemnización correspondiente, se considera suficientemente resarcido, ponderando las circunstancias concurrentes en el caso de autos, con la cantidad de 1.000.000 de pesetas.

No obsta a lo anterior la alegación de la demandada—apelante en el sentido de no ser aplicable la L.O. 5/1992, de 29 de octubre, sobre regulación del Tratamiento automatizado de los Datos de carácter personal pues, siendo cierto que dicha L.O. no estaba vigente cuando se produjo la información errónea por parte de la demandada al Registro de la ASNEF, no es menos verdad que, entrando aquella en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (disposición final cuarta)—dicha publicación tuvo lugar el 31 de octubre de 1992—la misma resultó aplicable a los ficheros existentes con anterioridad (disposición adicional segunda). De este modo era aplicable su art. 15.2, según el cual “los datos de carácter personal que resulten inexactos o incompletos serán rectificadas y cancelados en su caso” así como la Norma primera, apartado 4, de la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, de la Agencia de Protección de Datos, relativa a la prestación de servicios de Información sobre Solvencia Patrimonial y Crédito, a cuyo tenor “la comunicación del dato inexistente o inexacto, con el fin de obtener su cancelación o modificación, deberá efectuarse por el acreedor o quien actúe por su cuenta al responsable del fichero común en el mínimo tiempo posible, y en todo caso en una semana”, añadiendo que “dicho plazo es independiente del establecido en el art. 15.2 del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, y que se aplica al fichero del acreedor” precepto éste que impone la rectificación o cancelación por el responsable del fichero dentro de los cinco días siguientes a la recep-

ción de la solicitud correspondiente. Pues bien, no es de olvidar que la demandada supuso una inexactitud cometida, al menos, desde el 30 de enero de 1992 (folio 56) y que, una vez en vigor la normativa anterior, nos solicitó la baja del actor en el Registro de la ASNEF hasta el 22 de febrero de 1996 (folio 155).

Por cuanto antecede se ha de revocar la Sentencia apelada en el sentido de estimar parcialmente la demanda, condenando a la demandada al pago de la cantidad de (1.000.000) doscientas mil (sic) pesetas y dejándola sin efecto la condena al actor del pago de las costas causadas en primera instancia, sobre las que no se hace especial pronunciamiento al amparo de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**Cuarto.**—Dada la estimación del presente recurso, no procede formular especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada a tenor de lo dispuesto en el art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

Fallamos. Que estimando el Recurso de Apelación interpuesto por ... en nombre y representación de ... contra la Sentencia dictada en fecha ... por el Juzgado ..., en los autos ..., debemos revocar y revocamos la resolución recurrida en el sentido de estimar parcialmente la demanda condenando a la entidad demandada a pagar al actor la cantidad de 1.000.000 de pesetas, sin especial pronunciamiento sobre las costas causadas en ninguna de las instancias.

---

## COMENTARIO

---

### SUMARIO

- I. EL SUPUESTO DE HECHO CONTROVERTIDO.
  - II. EL COMPORTAMIENTO NEGLIGENTE E ILEGAL DE LA ENTIDAD BANCARIA.
  - III. LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OBJETO DE REPARACIÓN: DAÑOS PSÍQUICOS Y MORALES Y DAÑOS PATRIMONIALES.
    1. Daños psíquicos y morales.
    2. Daños patrimoniales.
- 

#### I. EL SUPUESTO DE HECHO CONTROVERTIDO

La Sentencia de la Sección 13.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de noviembre de 2000 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Zarco Olivo) constituye, a mi juicio, una importante aportación en el aún pequeño *corpus* de doctrina jurisprudencial menor que se está formando, relativa a la reparación de los

daños y perjuicios padecidos por los particulares como consecuencia del indebido tratamiento de datos automatizados por parte de las entidades financieras <sup>(1)</sup>, materia que cada vez tiene más importancia dentro de la actividad bancaria <sup>(2)</sup>. Y ello, más en concreto, en el ámbito de los tan clásicos <sup>(3)</sup> y extendidos ficheros o registros de morosidad, o de solvencia, como también se pueden denominar, dependiendo de la perspectiva que se adopte —aunque, a mi entender, el núcleo esencial de interés de estos ficheros sigue siendo el conocimiento de la morosidad <sup>(4)</sup>—, cuya relevancia está también ligada a los ciclos económicos, actualmente en cotas históricas de mínimos de morosidad en nuestro sistema financiero. Se está, pues, ante un nuevo campo en el que las entidades

(1) Queda al margen de este caso otro interesante supuesto cual es el de la responsabilidad de las propias entidades que se encargan de la llevanza de los registros de morosidad; al respecto, vid. GRIMALT SERVERA, P., “La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales (Comentario a la Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 13 de octubre de 1998)”. Puede también concurrir, en estos casos, una tercera entidad, intermediaria entre la acreedora y la responsable del fichero, como ocurre en la gestión por la Confederación Española de Cajas de Ahorros de la inclusión en el Registro de Aceptaciones Impagadas de las, valga la redundancia, aceptaciones impagadas, cuya situación es analizada en la Sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 4 de marzo de 1998 (Ponente: Ilmo.Sr. D. José Luis Morales Ruiz), para exonerarle de responsabilidad.

(2) Siendo así ello ya reconocido en el año 1991 por SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La regulación de los bancos de datos y la actividad bancaria”, *RDBB*, n.º 44, octubre-diciembre 1991, p. 1.163, hoy, 10 años después, esa afirmación cobra aún mucha mayor importancia, dada la eclosión del empleo de medios informáticos al que se está asistiendo. En el intermedio entre 1991 y la actualidad, vid. también QUEIPO DE LLANO, G., “La necesidad de la información automatizada en la actividad económica y sus límites”, *AIA*, n.º 28, julio de 1998, pp. 1-4.

(3) Vid. GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, 2.ª edición (revisada, corregida y puesta al día por MOLL, S.), Madrid, 1975, pp. 55-56, con su referencia a la defensa de ESCARRA de la creación de organismos centrales de información de morosidad bancaria.

(4) Discrepo del criterio de CASANOVAS MARTI, S., “Los servicios de información automatizada sobre el crédito”, *AIA*, n.º 18, enero de 1996, p. 2, al que se adhiere en su tesis doctoral AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M.ª J., *El secreto bancario*, Oviedo, 2000, pendiente de publicación, p. 322, pues considero que la práctica muestra palpablemente que la consulta de estos registros por las entidades financieras se hace para conocer si aquél que se presenta como potencial cliente tiene o no morosidad con otras entidades, pues para averiguar la evolución del estado financiero de una sociedad o la composición de su órgano de dirección social se acude, como debe ser, al Registro Mercantil. Comparto, por el contrario, el criterio de APARICIO SALOM, J., *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 149-150, cuando diferencia entre ficheros de morosos, a los que me he referido y que analizo en este trabajo, y otros ficheros, que se refieren a la situación patrimonial de una persona, reflejo de su capacidad para asumir responsabilidades en un momento determinado, aunque luego, y discrepo de ello, englobe ambos en la noción de ficheros de solvencia. La Sentencia que comento no califica en ningún momento al Registro de la ASNEF como de solvencia sino como de morosos, en línea con la idea que aquí defiendo.

financieras han de actuar con la diligencia del *bonus argentarius* <sup>(5)</sup>, proporcionando datos de calidad a los responsables de los ficheros <sup>(6)</sup>, con el fin de así evitar generar daños y perjuicios para sus clientes—en un sector tan sensible de sus derechos como es el que ya se viene en denominar como nuevo derecho fundamental de libertad informática <sup>(7)</sup>—que habrán de repararles, pues sólo a esas entidades financieras acreedoras se les podrán imputar, no a la entidad encargada del fichero, a menos que esta última no haya incluido correctamente los datos que le hayan proporcionado las primeras o haya cometido errores en su actualización <sup>(8)</sup>. De otro lado, se encuentra en este supuesto un nuevo ejemplo de la importancia de la jurisprudencia en materia bancaria, fruto de ese desarrollo del contrato bancario en un ámbito deslegalizado <sup>(9)</sup>, entendiendo aquí la deslegalización en el sentido de una falta de normativa bancaria específica, pues, como se verá, existen preceptos que, atinentes a otros campos, inciden de forma importante para la resolución del asunto.

---

<sup>(5)</sup> En general, sobre la exigencia de esta modalidad de diligencia a las entidades de crédito en el ejercicio de su actividad profesional, vid. SÁNCHEZ MIGUEL, M.ª C., “La responsabilidad de las entidades de crédito en su actuación profesional”, *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, Tomo III, La Ley, Madrid, 1994, pp. 2.437-2.438.

<sup>(6)</sup> Uno de los elementos de esa calidad es la exactitud de los datos; vid. DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., *Guía práctica de protección de datos desde la óptica del titular del fichero*, Asociación Nacional de Establecimientos Financieros del Crédito, Madrid, 1999, pp. 57-58.

<sup>(7)</sup> Vid. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M.ª, “La libertad informática, un nuevo derecho fundamental en nuestra Constitución”, *La Ley*, n.º 5.230, 22 de enero de 2001, pp. 1-5, a la vista de las dos Sentencias del Tribunal Constitucional 290 y 292/2000, de 30 de noviembre (Ponente: Excmo. Sr. D. Julio González Campos). A la misma conclusión se ha llegado por PULIDO QUECEDO, M., “¿Numerus clausus o numerus apertus en materia de derechos fundamentales?: el derecho fundamental a la protección de datos”; [www.aranzadi.es/online/publicaciones/aja/diario/activos/j220601/comen.html](http://www.aranzadi.es/online/publicaciones/aja/diario/activos/j220601/comen.html).

<sup>(8)</sup> Vid. APARICIO SALOM, J., *Estudio...*, ob. cit., pp. 158-159, y en la práctica, la Sentencia de la sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de abril de 2000, (Ponente: Ilma. Sra. D.ª Lourdes Ruiz de Gordejuela López) que toma apoyo en un cuidadoso análisis de los apartados 1, 3 y 4 de la Instrucción 1/1995 de 1 de marzo de la Agencia de Protección de datos que ciertamente, apoyan esa conclusión. Sin tanta argumentación pero con la misma conclusión, vid. la Sentencia de la Sala 10.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de julio de 2000 (Ponente: Ilma. Sra. D.ª María de los Ángeles Rodríguez Alique) diferenciando tal situación de la del fichero de incidencias judiciales a cargo de una mercantil que había tomado mal los datos del supuesto moroso y de su supuesta deuda, que en tal caso, hubo de responder.

<sup>(9)</sup> Es la opinión de V. CUÑAT EDO, R. MARIMON DURA y F. GONZÁLEZ CASTILLA, “El análisis de la jurisprudencia en materia bancaria”, *Estudios sobre jurisprudencia bancaria*, V. CUÑAT EDO, y R. BALLARIN HERNÁNDEZ (directores), Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 29-31.

En el caso concreto resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid se analiza el Registro de Morosidad de la Asociación Nacional de Entidades de Financiación (en adelante, para abreviar ASNEF) <sup>(10)</sup>.

Los hechos enjuiciados vienen claramente resumidos en la fundamentación jurídica de la Sentencia de la que doy noticia, y son, literalmente reproducidos:

“1. En fecha *17 de julio de 1985* el demandante, actuando en su propio nombre y en representación de su esposa, suscribió un contrato de préstamo hipotecario con la entidad demandada por importe de 13.000.000 pesetas gravando al efecto, junto a otro local la finca sita en la parroquia de ..., concejo de ..., llamada ...

2. El *29 de junio de 1989* el actual demandante vendió la referida finca a D. ..., conviniendo la subrogación de la parte compradora en la obligación personal del pago del préstamo que se encontraba pendiente.

3. Autorizada la subrogación del tercero en el préstamo hipotecario por parte de la entidad demandada, ante el impago de determinadas cuotas por parte de éste, ... (la entidad bancaria X) cursó el oportuno parte de incidencias al Registro de la Asociación Nacional de Entidades de Financiación (ASNEF) sin comunicar la subrogación antedicha.

4. El *23 de enero de 1991* la sociedad demandada requirió notarialmente al actor y a su esposa para que pagasen la cantidad de 11.130.109 pesetas a que ascendía el importe de las cuotas mensuales impagadas con el interés moratorio correspondiente. Puesto en contacto el demandante con la asesoría jurídica de la entidad demandada, ésta puso a su disposición una carta fechada el *30 de enero de 1992* en la que se dejaba constancia de que ... (el Banco demandado X), no tenía reclamación alguna que hacerle, sin embargo no procedió a la rectificación del Registro del (sic) ASNEF hasta el *26 de febrero de 1996* permanecien-

<sup>(10)</sup> Los otros dos Registros de morosidad bancaria de amplia difusión son el Registro de Aceptaciones Impagadas y el Servicio SERINBAN. Sobre el nacimiento de estos tres Registros, vid. AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> J., *El secreto ...*, ob. cit., pp. 335-337, donde recopila y sistematiza las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia en las que fueron respectivamente autorizados. En concreto sobre el RAI, y su regulación en la Circular 17/91, del Banco de España, vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Reforma de las normas de funcionamiento del Registro de Aceptaciones Impagadas”, *RDBB*, n.º 43, julio-septiembre 1991, pp. 889-890. Sobre el funcionamiento de dichos Registros, vid., por ejemplo, los trabajos de ALONSO MARTÍNEZ, C., “Prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito”, *AIA*, n.º 18, enero de 1996, pp. 1-11 y de CASANOVAS MARTI, S., “Los servicios ...”, ob. cit., pp. 1-4, y respecto de su cuestionada, en su día, relación con el derecho de la competencia, VICIANO PASTOR, J., “Los registros de morosos en cuanto intercambios de información contrarios al Derecho de la competencia español”, *RGD*, n.º 604-605, enero-febrero 1995, pp. 781-790.

do mientras tanto el actual demandante como moroso en uno de los ficheros del referido Registro”.

Los hechos enjuiciados, pues, están muy claros. Ante una subrogación de un préstamo hipotecario, autorizada por la entidad bancaria acreedora, el nuevo deudor impaga el préstamo hipotecario, pero el Banco requiere de pago al antiguo deudor y le inscribe en el Registro de la ASNEF. Una vez que el antiguo deudor conoce tal situación requiere al Banco para que ratifique que nada le adeuda y le extraiga del registro, el Banco confirma que nada le adeuda ciertamente, pese a lo cual deja transcurrir más de cuatro años <sup>(11)</sup> sin dar cuenta a la ASNEF de que dicha persona nada le adeuda y sin extraerle del registro de morosidad en el que indebidamente le incluyó.

Se está, por tanto, ante dos actuaciones negligentes por parte del Banco: primero, requiere de pago e inscribe indebidamente en el Registro de morosidad de la ASNEF a un antiguo cliente; después, le mantiene indebidamente inscrito en tal Registro, pese a conocer que no había motivo o causa para ello, pues no existía situación alguna de morosidad de tal cliente frente a dicha entidad crediticia y, a mayores, pese a que el propio cliente le había hecho ver a la entidad financiera el error en que había incurrido.

En primer lugar, es preciso destacar que, aunque no lo recoja expresamente la Sentencia comentada, sí que resultó acreditado en autos, merced a un oficio cumplimentado por la propia ASNEF que: “En cuanto a la inclusión de deudores en el fichero ASNEF, ésta se realiza por las entidades financieras asociadas o adheridas a la Asociación Nacional de Entidades de Financiación. La exclusión se produce, bien a solicitud de la entidad informante de la incidencia, como consecuencia del ejercicio del derecho de cancelación, bien por el transcurso del plazo legal establecido para su permanencia”. De ello se deduce que el propio afectado, el presunto e inexistente moroso, carecía de capacidad para, *per se*, conseguir su exclusión del citado registro de morosidad, en el que, a mayor abundamiento, se había hecho constar por la entidad financiera que se le había ejecutado judicialmente un inmueble de su propiedad. Esto último no fue ponderado por la Audiencia Provincial de Madrid, pero debió haberlo sido, ya que ello reflejaba “...no sólo la existencia de impagos, sino —además y funda-

---

(11) Nótese que con el artículo 29.3 de la Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal se limita a seis años el tiempo máximo de permanencia de los datos de solvencia patrimonial en estos registros, siempre que, por supuesto, como advierte ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M.<sup>º</sup>, “Notas a la nueva regulación de la protección de datos de carácter personal”, *La Ley*, 2000-3, p. 1.715, tales datos “respondan con veracidad a la situación actual de aquéllos”. Por tanto, sólo se pueden conservar los datos veraces, *ergo* deben eliminarse los datos erróneos.

mentalmente—una falta total de voluntad o de capacidad económica para solventarlo extrajudicialmente”<sup>(12)</sup>, circunstancia que agrava la fuerza perjudicial de la inclusión en el meritado registro.

Frente a dicha situación, la primera cuestión que analiza la sentencia que referencio es determinar en qué tipo de responsabilidad civil se incardina la actuación de la entidad crediticia frente al sujeto pasivo de la información errónea; queda abierto otro campo de responsabilidad que quiero dejar aquí apuntado: me refiero a la posible responsabilidad de la entidad de crédito que da la información errónea frente a aquéllos que, haciendo caso de dicha información viciada, sufran perjuicios<sup>(13)</sup>. La acción rectora de autos se había ejercitado fundándose tanto en responsabilidad extracontractual (para evitar su prescripción anual *ex artículo* 1.968.2 CC, la misma se ejercitó antes del transcurso de un año a contar desde el momento en que se extrajo al actor del registro de la ASNEF, circunstancia que hizo innecesario el que en la demanda se pidiese la condena de la entidad crediticia a que hiciese lo necesario para extraer del registro de morosidad los datos erróneos del demandante<sup>(14)</sup>), como en la responsabilidad contractual derivada del incumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación contractual que había ligado a actor y demandada. La Audiencia Provincial de Madrid hace aplicación, en este punto, de la doctrina jurisprudencial de yuxtaposición de responsabilidad contractual y extracontractual<sup>(15)</sup> —es preciso dar constancia de otra posible vía de defensa que se puede utilizar ante situaciones de este tipo, como es la derivada de la aplicación del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimi-

---

(12) Como se pondera acertadamente, por el contrario, en la Sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Baleares de 13 de octubre de 1998 (Ponente: Ilmo.Sr. Aguiló Monjó).

(13) Piénsese en el caso de otras entidades de crédito que no hayan financiado al incierto moroso, que podrían reclamar los gastos derivados del estudio inútil de la operación e incluso intentar la reparación de los perjuicios derivados del lucro cesante y de la pérdida de oportunidad de negocio. En un campo muy próximo al que me ocupa, el de informes de solvencia de clientes a otros clientes o terceros, vid. SÁNCHEZ MIGUEL, M.ª C., “La responsabilidad...”, *ob. cit.*, pp. 2.441-2.442.

(14) Así se pidió en el caso resuelto en la Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia de Barcelona de 10 de octubre de 2000.

(15) Por todas, recientemente, vid. la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1999 (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales).

dad personal y familiar y a la propia imagen <sup>(16)</sup>—, para así entrar en el fondo del asunto controvertido, lo que implica el análisis de las tres cuestiones que seguidamente trato.

---

(16) Vid. GRIMALT SERVERA, P., “La responsabilidad...”, ob. cit., pp. 1.763-1.764, donde considera esta posibilidad y la aplicación del artículo 1.902 CC como dos cláusulas de cierre del sistema de responsabilidad en el ámbito del tratamiento automatizado de datos, aplicables subsidiariamente a la entonces vigente LORTAD. Quedaría aún hoy otro mecanismo más subsidiario, que es el de acudir al amparo constitucional, por intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE), previsto en el artículo 53.2 CE, contra las resoluciones judiciales que desconozcan tal derecho, como se encarga de analizar con detalle SERRA RODRÍGUEZ, A., “Los derechos de los particulares en la nueva Ley de protección de datos de carácter personal”, *La Ley*, n.º 5.153, 3 de octubre de 2000, p. 10, y se apunta por TÉLLEZ LAPEIRA, A., “La responsabilidad de las entidades de crédito por la inclusión errónea de morosos en el Registro de Aceptaciones Impagadas”, *La Ley*, 1999-5, p. 1.888.

En la práctica, vid. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de julio de 2000 (Ponente: Ilma. Sra. D.ª M. A. Rodríguez Alique), en la que se condena a la responsable del servicio de información que había imputado el apremio dirigido a una persona a otra del mismo nombre, tomando los datos de los Boletines Oficiales y sin hacer más comprobaciones, a indemnizar con el abono de 500.000 pesetas para la reparación del daño moral derivado de la intromisión ilegítima en el derecho al honor del afectado; directamente, refiriéndose a una entidad acreedora que prestó información errónea de insolvencia al fichero de la ASNEF, en aplicación del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, vid. la Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz de 21 de enero de 1998 (Ponente: Ilma. Sra. D.ª Rosa Fernández Núñez); en la “pequeñísima jurisprudencia”, vid. el seguimiento de este procedimiento en la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 56 de Barcelona de 10 de octubre de 2000. Anteriormente, vid. el ejercicio acumulado de las acciones del artículo 1902 CC y del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, en las Sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1998 (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda) —no es estrictamente un supuesto de fichero de solvencia, sino que se trata de información de insolvencia prestada a una entidad bancaria por un particular— y de la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 26 de marzo de 1999 (Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Antonia Gaitón Redondo), aunque en las mismas se considere que no hay intromisión ilegítima en el derecho al honor del afectado, por entender que no hay divulgación, afirmación con la que no estoy de acuerdo en el segundo de los casos [en el primero sí, pues se había prestado la información “a los tres altos funcionarios (sic) de una oficina bancaria, sujetos a un deber de discrecionalidad en cuanto a las informaciones económicas relativas a sus clientes, y declarado que no consta que estos empleados bancarios hubieran comunicado estos hechos”], pues es claro que los registros de morosidad divulgan al público interesado y especializado en el análisis de la solvencia del afectado sus datos de morosidad. Anterior en el tiempo, vid. la Sentencia de la Sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de marzo de 1996 (Ponente: Ilma. Sra. Vidal Martínez) en la que se había estimado igualmente que no existía divulgación por la inclusión de datos en el RAI. Y es que, por ejemplo, en el pleito que dio origen a la Sentencia objeto de este comentario se acreditó, por certificación de la “ASNEF”, que su Registro de morosidad es consultado por un sinnúmero de entidades financieras y crediticias, al mismo tiempo que concreta que en el año 1995 las consultas a su registro fueron de 7.870.000 y en el año 1996 de 13.370.000, lo que da idea de la magnitud del perjuicio causado a través de un registro de tan enorme difusión pública, aunque restringida, lo que, a mi entender, implica que sí hay divulgación de datos sensibles para el honor de las personas afectadas y máxime en un sector especializado que opera con base en tales datos. Encuentro de nuevo, una errónea minusvaloración de la trascendencia de la difusión del Registro de la ASNEF en la Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 56 de Barcelona de 10 de octubre de 2000.

## II. EL COMPORTAMIENTO NEGLIGENTE E ILEGAL DE LA ENTIDAD BANCARIA

La primera cuestión de interés, presupuesta imprescindible para que se pueda estimar la acción rectora de autos, es determinar si existió o no un comportamiento negligente del Banco y con base en qué determinar dicha negligencia.

Dado que se está en el ámbito del tratamiento automatizado de datos a través de los ficheros de morosidad, la Sentencia comentada, correctamente, estima de aplicación la entonces vigente Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, hoy sustituida por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de normas reguladoras de la protección de datos de carácter personal, ya que, en principio, se estaba ante un demandante persona física y a datos relativos a una actividad no profesional o empresarial de la misma<sup>(17)</sup>.

A la vista de que los hechos enjuiciados comprenden el largo periodo de tiempo comprendido entre los años 1991 y 1996, hay que analizarla cuestión de derecho intertemporal de determinar desde cuándo es de aplicación la LORTAD, cuestión ésta sobre la que la Sentencia se pronuncia en el correcto sentido de que:

1. Conforme a su disposición final cuarta, su entrada en vigor fue a los tres meses de su publicación en el B.O.E., que tuvo lugar el 31 de octubre de 1992.
2. De acuerdo con la disposición final segunda, la aplicación de la LORTAD se proyectó sobre los ficheros ya existentes y, portanto, se aplicó al fichero de morosidad de la ASNEF.

La consecuencia que se deriva de lo expuesto es que en el caso debatido la LORTAD se aplica no a la inclusión indebida en el Registro de morosidad, que había tenido lugar antes de su entrada en vigor, sino al indebido mantenimiento de los datos erróneos en dicho Registro cuando no existía la situación de morosidad publicada. En este caso la inexistencia de morosidad era *ab origine* de la inscripción, pero ello también puede predicarse del supuesto en el que, existen-

---

(17) Sobre la diferente situación de las personas físicas y jurídicas frente a la LORTAD, excluidas las segundas de su ámbito subjetivo, vid. GARCÍA SOLE, F., "Empresario individual y LORTAD", *AIA*, n.º 30, febrero de 1999, pp. 2-3, que también acoge, pp. 5-7, el criterio de la Resolución de la Agencia de Protección de Datos de 28 de julio de 1998, de excluir del ámbito de aplicación de la LORTAD los datos de solvencia relativos a una persona física cuando se refieran a su actividad empresarial o profesional. En el ejemplo objeto de examen en la Sentencia comentada no se planteó tan siquiera este problema.

te *ab initio* la morosidad, la misma es eliminada por el cliente, pero la entidad financiera no da cuenta de ello al registro de morosidad, para extraer del mismo a su cliente antiguamente moroso.

A resultas de lo expuesto, la Sentencia hace aplicación del artículo 15.2 LORTAD, cuando preceptúa que “los datos de carácter personal que resulten inexactos o incompletos serán rectificadas y cancelados en su caso” <sup>(18)</sup>, y de la norma primera, apartado 4, de la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, de la Agencia de Protección de Datos, relativa a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito <sup>(19)</sup>, conforme a la cual “la comunicación del dato inexistente o inexacto con el fin de obtener su cancelación o modificación, deberá efectuarse por el acreedor o quien actúe por su cuenta al responsable del fichero común en el mínimo tiempo posible, y en todo caso en una semana <sup>(20)</sup> ... dicho plazo es independiente del establecido en el artículo 15.2 del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, y que se aplica al fichero del acreedor” <sup>(21)</sup>. Estas órdenes revelan, bien a las claras, que el acreedor estaba obligado a asegurarse de que, a la hora de incluir una persona en un fichero de morosidad, concurrían los requisitos referidos en la norma primera. 1 de la Instrucción 1/1995, que acabo de mencionar, y que eran: “a) existencia previa de una deuda cierta, vencida y exigible, que haya resultado impagada. b) Requerimiento previo de pago a quien corresponda, en su caso, el cumplimiento de la

---

(18) El hoy vigente artículo 16.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal dice, de modo muy similar, que “Serán rectificadas o canceladas, en su caso, los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos”. Hay que recordar que los derechos de rectificación y cancelación forman parte de los principios que la LORTAD pretendió proteger; vid. DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., “La Ley española de protección de datos (LORTAD): ¿una limitación al uso de la informática para garantizar la intimidad?”, *AJA*, 12 de noviembre de 1992, pp. 2-3 y, más en concreto e *in extenso*, sobre los derechos de rectificación y de cancelación en la LORTAD, DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., *Guía...*, ob. cit., pp. 68-75.

(19) Sobre dicha Instrucción, críticamente, vid. MUÑOZ GUTIÉRREZ, G., “Problemática que ha suscitado la Instrucción I de la Agencia de Protección de Datos”, *AJA*, n.º 18, enero de 1996, pp. 11-14.

(20) Crítica, por excesivamente breve, el plazo semanal MUÑOZ GUTIÉRREZ, G., “Problemática...”, ob. cit., p. 13. Por mi parte, considero que los avances de la informática, máxime en el ámbito financiero, y el desarrollo de las comunicaciones electrónicas en dicho sector (banca electrónica), determinan que hoy en día tal plazo no pueda calificarse de breve, sino de ajustado o, incluso, algo dilatado.

(21) Anteriormente, vid. la aplicación de esta misma Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, en la importante Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 13 de octubre de 1998 (Ponente: Ilmo.Sr. Aguiló Monjó).

obligación” (22). Se aprecia en la Sentencia que comento el reconocimiento de la configuración de las Instrucciones de la Agencia de Protección de Datos como auténticos reglamentos dotados no sólo de efectos *ad intra* (frente a la propia Agencia), sino también *ad extra* (en este caso, afectantes a los perjudicados, a los titulares de los ficheros y a los suministradores de información para dichos ficheros) (23).

Puede plantearse si falta en la sentencia que comento el que se hubiese completado la aplicación de la LORTAD, mediante la referencia expresa a la aplicación del artículo 17.3 de la misma, conforme al cual “los afectados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable del fichero, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados”, precepto que establece una responsabilidad objetiva, o sin culpa (24). A mi juicio ello no es así por las siguientes razones:

1. El artículo 17.3 LORTAD se proyecta esencialmente sobre el responsable del fichero de morosidad, que en este caso no era el Banco demandado. Considero que es muy forzado interpretar que la responsabilidad se podría imputar al Banco como responsable de un fichero, que sería no el de la ASNEF en este caso, sino el propio fichero de morosidad del Banco (25), ya que ello no era lo

---

(22) Vid. GUILARTE GUTIÉRREZ, A., “Instrucción de la Agencia de Protección de Datos relativa a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito”, *RDBB*, n.º 57, enero-marzo 1995, p. 177.

(23) Sobre la naturaleza jurídica de las Instrucciones de la Agencia de Protección de Datos, vid. MARROIG POL, L., “Las instrucciones de la Agencia de Protección de Datos”, *AIA*, n.º 23, abril de 1997, pp. 5-6 y 8, trabajo en el que también analiza la problemática validez de dichas Instrucciones, cuestión sobre la que incide posteriormente ALONSO MARTÍNEZ, C., “Prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito”, *AIA*, n.º 28, julio de 1998, pp. 12-13.

(24) En este sentido, GRIMALT SERVERA, P., *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, Comares, Granada, 1999, pp. 150-154 y 369 y “La responsabilidad...”, *ob. cit.*, p. 1.759.

(25) Es la tesis de GRIMALT SERVERA, P., “La responsabilidad...”, *ob. cit.*, p. 1.760. Vid. la Exposición de Motivos de la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo: “...la realidad demuestra que coexisten perfectamente engarzados dos tipos de ficheros: uno, el propio del acreedor, que se nutre de los datos personales y cuya consecuencia de las relaciones económicas mantenidas con el afectado, cuya única finalidad es obtener la satisfacción de la obligación dineraria, y otro, un fichero que se podría denominar común que, consolidando todos los datos personales, contenidos en aquellos otros ficheros, tiene por finalidad proporcionar información sobre la solvencia de una persona determinada y cuyo responsable, al no ser el acreedor, no tiene competencia para modificar o cancelar los datos inexactos que se encuentran en aquéllos”. Estudia comparativamente esos dos ficheros, los propios de cada Banco y los comunes que se nutren de las aportaciones de los propios, AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M.ª J., *El secreto...*, *ob. cit.*, pp. 150-159 y 319-342.

que se había pedido en la demanda, por lo que podría entenderse que se incurriría en incongruencia *extra petita* de pronunciarse la Sala en tal sentido. Ni siquiera con la redacción del vigente artículo 19.1 de la Ley Orgánica 15/1999 (“Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento o al dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos, tendrán derecho a ser indemnizados”), que adiciona al responsable el encargado, considero que en este último concepto pueda incluirse al Banco supuestamente acreedor que suministra la información <sup>(26)</sup>. Queda al margen de este breve trabajo el tratamiento de la responsabilidad administrativa de los responsables y encargados de estos ficheros <sup>(27)</sup>.

2. La existencia de un comportamiento tan manifiestamente negligente por parte del Banco demandado obviaba la necesidad de acudir a la aplicación de un precepto de responsabilidad sin culpa.

Si falta, por el contrario, a mi entender, la mención a la infracción por parte del Banco del artículo 4.3 LORTAD, ya que ciertamente cedió al fichero datos falsos acerca de su cliente.

Si la LORTAD hubiese estado vigente al tiempo de la cesión originaria de los datos al registro de la ASNEF, habría existido en ese caso también una responsabilidad de la entidad encargada del fichero, por infracción del artículo 25.1 LORTAD, al no haber informado al actor de su inclusión en el mencionado fichero como consecuencia de la cesión de datos efectuada por la entidad crediticia. Es importante, a mi juicio, esta notificación o información <sup>(28)</sup>, pues la misma puede servir para aminorar o incluso suprimir las consecuencias indem-

---

(26) Acerca de tal ampliación de la legitimación pasiva, vid. SERRA RODRÍGUEZ, A., “Los derechos...”, ob. cit., pp. 9-10. La inclusión del encargado se refiere al encargado del tratamiento, que debió incluirse por consecuencia de la adaptación de nuestro ordenamiento a la Directiva 95/46/CE, para integrar la laguna que presentaba la LORTAD y que ya fue advertida por DE ASÍS ROIG, A. E., “La actividad sancionadora de la Agencia de Protección de Datos”, AIA, n.º 22, enero de 1997, p. 3.

(27) Sobre el régimen vigente en esta materia, de infracciones y sanciones administrativas, vid., por ejemplo ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M.ª, “Notas...”, ob. cit., p. 1.716. En la práctica, vid. la Sentencia de la Sección 6.ª de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2000 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ernesto Peces Morate), resolviendo un recurso de casación para unificación de doctrina en torno a la aplicación del artículo 43.3.f) LORTAD, actual artículo 44.3.f) de la Ley Orgánica 15/1999.

(28) Como dice con carácter general, a propósito del artículo 5.4 de la Ley Orgánica 15/99, de protección de datos de carácter personal, ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M.ª, “Notas...”, ob. cit., p. 1.711, “el derecho a ‘ser informado’ de los datos de carácter personal que no hayan sido recabados del interesado constituye una cuestión básica para la correcta aplicación de la Ley. Constituye un *prius* imprescindible para el ejercicio de cualquier otro derecho, como pueden ser los de rectificación o, en su caso, cancelación”.

nizatorias de la presencia de datos falsos en estos ficheros, cuando haya coadyuvado a su perduración la propia desidia del interesado en la no corrección de dichos datos y, portanto, en la continuidad de la situación potencialmente lesiva para sus derechos e intereses legítimos, al no haber ejercitado la correspondiente acción de rectificación o cancelación, ya contemplada en el artículo 15 LORTAD (hoy en el artículo 16 de la Ley Orgánica 15/1999); ello no debe llevar a la confusión de entender que la acción de rectificación o cancelación excluye la indemnización en todo caso, pues es evidente que el daño puede haberse producido antes de que el afectado tome conocimiento de que se encuentra indebidamente incluido en el correspondiente registro de morosidad <sup>(29)</sup>. Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/99, de normas reguladoras de la protección de datos de carácter personal, su artículo 29.2 ha mantenido el citado deber de información en un plazo máximo de 30 días para que la misma se apropongada a los interesados que ya contemplaba el artículo 28.1 LORTAD <sup>(30)</sup> y respecto del que la norma segunda.2 de la Instrucción 1/1995, de 4 de marzo, de la Agencia de Protección de Datos estableció que “cuando se trate de datos personales incorporados al fichero con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica deberán notificarse al afectado en el menor plazo posible y, en todo caso, dentro del año siguiente contado desde la publicación de la presente resolución”, habiendo tenido lugar dicha publicación en el B.O.E. de 4 de marzo de 1995 <sup>(31)</sup>. Este último mandato puede verse que no resultó incumplido por la entidad financiera demandada en el litigio resuelto por la sentencia comentada, ya que, como he recogido al sintetizar los hechos litigiosos, la misma rectificó el asiento inexacto el 26 de febrero de 1996, antes, portanto, del 4 de marzo de

(29) Me adhiero al criterio que, en este sentido, se sostiene en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 13 de octubre de 1998 (Ponente: Ilmo.Sr. Aguiló Monjó).

(30) Para FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., “La nueva Ley de protección de datos de carácter personal de 13 de diciembre de 1999. Su porqué y sus principales novedades”, *AIA*, n.º 34, enero de 2000, p. 3, se trata de una novedad normativa de la Ley Orgánica 15/1999, que a mi juicio no es tal en este ámbito concreto de los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, pues lo que ocurre como él mismo indica, es que la nueva Ley concreta que la obligación de comunicación afecta a estos ficheros que se nutren de datos facilitados por los acreedores; vid., respecto de la LORTAD, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Ley sobre tratamiento de datos de carácter personal”, *RDBB*, n.º 48, octubre-diciembre 1992, pp. 1.167-1.168, MARCHENA GÓMEZ, M., “Conocimiento por el interesado de su inclusión en ficheros automatizados sobre solvencia patrimonial”, *AJA*, n.º 400, 22 de julio de 1999, pp. 2-5, al tiempo que analiza la Sentencia de la Sección 8.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de febrero de 1999 y ALONSO MARTÍNEZ, C., “Prestación...”, ob. cit., esp. pp. 7-8.

(31) Sobre el mecanismo de notificación, vid. la norma segunda de la mencionada Instrucción 1/1995, de la Agencia de Protección de Datos y GUILARTE GUTIÉRREZ, A., “Instrucción...”, ob. cit., p. 178.

1996, fecha tope para poner en conocimiento del afectado su inclusión en el fichero.

De otro lado, a la vista de que en el caso objeto de la controversia judicial el actor era consumidor del crédito bancario del que derivó la inexacta información de morosidad, entiendo que también era de aplicación el artículo 25 LGDCU, del que se desprende el derecho del demandante perjudicado a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del servicio bancario prestado negligentemente <sup>(32)</sup>. Es importante la aplicación de este precepto protector de los consumidores, pues, además, será nula, por abusiva, cualquier cláusula, condición o estipulación que pudieran pretender exonerar de responsabilidad a la entidad bancaria respecto de los daños causados a sus usuarios por causa de errores del estilo del objeto de este comentario. Ello porque tal cláusula debe considerarse incluida en alguna de las contempladas como 9.ª, 10.ª o 21.ª de la disposición adicional primera LGDCU, según redacción dada por la disposición adicional primera. seis LCGC de 13 de abril de 1998 <sup>(33)</sup>.

En resumen, la Sentencia comentada analiza y determina con detalle la existencia de un comportamiento negligente de la entidad bancaria, que concreta en la infracción de deberes específicos que le vienen impuestos por la legislación relativa al tratamiento automatizado de datos personales, en este caso de uno de sus antiguos clientes.

### III. LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OBJETO DE REPARACIÓN: DAÑOS PSÍQUICOS Y MORALES Y DAÑOS PATRIMONIALES

Determinada la existencia de un comportamiento negligente de la entidad bancaria hay que constatar y cuantificar qué daños indemnizables padeció el actor, lo que entraña las otras dos cuestiones de interés que son objeto de tratamiento en la Sentencia que vengo a comentar.

#### 1. Daños psíquicos y morales

El Juzgado de Instancia había desestimado íntegramente la demanda porque, entre otras cosas, entendió que los daños psíquicos o morales no estaban suficientemente acreditados (“... ni habiéndose acreditado, tampoco, el supuesto daño moral sufrido, habiéndose limitado el actor a aportar al procedimiento

---

<sup>(32)</sup> Con carácter general, vid. la admisión de la aplicación de este precepto en SÁNCHEZ MIGUEL, M.ª C., “La responsabilidad...”, ob. cit., p. 2.436.

<sup>(33)</sup> Anteriormente, refiriéndose al texto primitivo de la LGDCU, vid. SÁNCHEZ MIGUEL, M.ª C., “La responsabilidad...”, ob. cit., p. 2.447.

un documento preconstituido, con la única finalidad de hacerlo valer en él, sin posibilidad de contradicción y realizado sin intervención ni participación alguna de la entidad demandada”), discrepando la Audiencia de ese juicio, tras partir de la indemnizabilidad, reconocida por reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita, de tales daños morales.

Evidentemente, un medio relevante de acreditar esos daños es aportar, como se hizo en el caso objeto de examen, un informe médico justificativo de los padecimientos morales y de salud sufridos por el actor en su momento, ya que el intentar practicar una prueba pericial en el curso de los autos era inútil, porque cuando se tramitaban los mismos el actor, por fortuna para él, ya no estaba inscrito en el citado Registro y, lógicamente, había mejorado en su estado psíquico y moral. Con la vigente LEC 2000 (artículos 335 y ss.) el pronunciamiento que antes he reproducido de la Sentencia de instancia queda desvirtuado, en la medida en que, en la actualidad, el informe médico aportado con la demanda y ratificado en autos por su autor es, a todos los efectos, un dictamen pericial.

Pues bien, el actor aportó con la demanda un informe médico redactado por un Psiquiatra, que lo ratificó en autos. Ciertamente el Psiquiatra gozaba de un amplio y extendido prestigio en su profesión, pues no en vano se trataba del Presidente de una Asociación autonómica de Psiquiatría, Psiquiatra consultor del Hospital General y profesor colaborador de la Facultad de Medicina y además fue Jefe de Sección del Hospital Psiquiátrico.

Dicho informe acreditó suficientemente, a juicio de la Sala, el tratamiento específico antiestrés y ansiolítico al que estuvo sometido el actor desde el mes de enero de 1991, quien padecía ansiedad generalizada, tensión nerviosa, tensión muscular, insomnio, inquietud, irritabilidad y síntomas vegetativos, lo que condujo a un envejecimiento prematuro del demandante, que hubo de estar sometido al meritado tratamiento médico entre los años 1991 y 1996, en tanto que persistía la causa de los daños, la inclusión indebida en el Registro de morosidad.

Es evidente que todos esos padecimientos psíquicos, físicos y morales sufridos por el actor, fueron ocasionados, según consta en el antes citado informe y fue reconocido por la Sala, por la conducta negligente de la demandada, por lo que debieron ser y fueron objeto de indemnización. A mi entender, tal indemnización se estima en el presente caso por la aplicación del artículo 1902 CC y de la responsabilidad contractual derivada de la relación contractual existente entre cliente y Banco, pero al mismo tiempo no veo obstáculos para que si se aplicase la LORTAD, también en su ámbito de consecuencias indemnizatorias reparadoras pueda incluirse la reparación de tales daños morales padecidos por los afectados por los erróneos ficheros automatizados de datos, puesto que si considero que, como de hecho se probó en el caso que me ocupa, dichos errores

puedan acarrear importantes padecimientos en la salud física y psíquica del afectado, que se ve públicamente tachado de moroso sin serlo <sup>(34)</sup>, pues ello genera en tal afectado un menoscabo de su reputación, frente a los demás y frente a sí mismo <sup>(35)</sup>.

Ya en lo que se refiere a la cuantificación de dicha indemnización es una cuestión abstracta, de evaluación en cada caso por los Jueces y Tribunales, de modo que en ese caso la Sala enjuiciadora fijó la cuantía prudencial de un millón de pesetas <sup>(36)</sup>.

## **2. Daños patrimoniales**

De otro lado, la conducta negligente de la demandada, aparentando la inexistente situación de morosidad del actor, era potencialmente susceptible de causarle daños patrimoniales, cuestión que también se analiza en la Sentencia que estudio.

Cuando se hace referencia a los daños patrimoniales o materiales se está haciendo mención al daño emergente y al lucro cesante. Esto es, se está comprendiendo tanto a las pérdidas patrimoniales efectivamente sufridas como a las

---

(34) En contra, vid. SERVERA GRIMALT, P., *La responsabilidad...*, ob. cit., p. 128.

(35) En este último sentido, vid. MARCHENA GÓMEZ, M., “Conocimiento...”, ob. cit., p. 1.

(36) Siendo muy debatida la cuestión de cómo cuantificar el daño moral, vid., entre otros muchos, por ejemplo, AGUSTÍN CALVO, M.<sup>a</sup> G., “La valoración judicial en la indemnización por daño moral”, *RGD*, n.º 610-611, julio-agosto 1995, pp. 8.602-8.641. En la práctica reciente y como síntesis de jurisprudencia, vid. la Sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2000 (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil): “La jurisprudencia consolidada y ya antigua de esta Sala viene considerando la indemnización por daños morales, reconociendo que su valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, pero no por ello se ata a los Tribunales de Justicia e imposibilita legalmente para fijar su cuantificación (Sentencias de 27 de julio de 1994, 3 de noviembre de 1995, 21 de octubre de 1996, que parten de la de 6 de diciembre de 1912), a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso ... La indemnización por daños morales no trata de reparar la disminución del patrimonio, sino que lo que pretende es contribuir a sobrellevar el dolor, y ha de proyectarse directamente al ámbito de la persona que lo padece”. Casi coetáneamente a la Sentencia que comento, la Sentencia del Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia de Barcelona de 10 de octubre de 2000, cuantificó la reparación del daño moral, en un caso similar, en 1.500.000 pesetas; mientras que la Sentencia de la Sección 11.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de abril de 2000 (Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Lourdes Ruiz de Gordejuela López) lo hizo en 500.000 pts. al igual que la sección 10.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de julio de 2000 (Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> María de los Ángeles Rodríguez Alique). Hago notar la diferencia de cuantificación del daño, máxime teniendo en cuenta que la Sentencia del Juzgado de Barcelona se ponderó la conducta inicialmente pasiva del demandante cuando la ASNEF le comunicó debidamente su inclusión en el Registro de morosidad.

ganancias dejadas de obtener <sup>(37)</sup>, puesto que lo contrario, exceder de tales cánones, supondría admitir un enriquecimiento injusto por parte del inexistente afectado <sup>(38)</sup>.

La posibilidad de que tales daños existan es fácilmente aprehensible si se tiene en cuenta la importancia que en la actualidad tienen estos ficheros automatizados de morosidad, al punto de que son muy escasas las operaciones financieras que se celebran hoy, sin que previamente se telee el correspondiente fichero y se compruebe por parte de la entidad financiera cuál es la situación de morosidad de su cliente o de su futuro y potencial cliente <sup>(39)</sup>. Es curioso, además, tener en cuenta que, como bien se ha apreciado en la práctica judicial, no es necesario que para que tales daños se produzcan se esté ante la mención de cuantiosas deudas impagadas, ya que incluso las pequeñas cuantías pueden ser generadoras de importantes daños, en la medida en que "...evidencia una mayor conflictividad económica, al no poder atender pagos mínimos (el afectado) en relación a su volumen de giro" <sup>(40)</sup>.

No es difícil, por tanto, comprender que cuando se está hablando en este ámbito de daños patrimoniales se está haciendo referencia a aquellos derivados de la privación de financiación, cuando otras entidades de financiación se nieguen a prestar la misma por causa de la aparente morosidad del afectado a la vista de la consulta del fichero en el que aparece la presunta insolvencia, hecho que fue estimado no probado por la Sentencia objeto de este comentario ("así, no se infiere de las pruebas practicadas que como consecuencia de figurar el demandante en el antedicho Registro se le denegase ningún préstamo por entidad bancaria que lo consultase... y mayor abundamiento, tanto de la certificación emitida por la ASNEF obrante al folio 155 como de la documental que consta a los folios

---

(37) En este sentido, y específicamente sobre la materia que vengo analizando, vid. GRIMALT SERVERA, P., *La responsabilidad ...*, ob. cit., p. 125. En la práctica, vid. el amplio elenco de daños patrimoniales cuya reparación solicitó el demandante en la Sentencia de la Sección 11.ª, de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de abril de 2000. (Ponente: Ilma. Sra. D.ª Lourdes Ruiz de Gordejuela López).

(38) Vid. la queja de TÉLLEZ LAPEIRA, A., "La responsabilidad...", ob. cit., pp. 1.892-1.893, en tal sentido.

(39) Como dice MARCHENA GÓMEZ, M., "Conocimiento...", ob. cit., p. 2, "resulta innecesario destacar ahora la importancia de poseer una información que ponderar con carácter previo a la adopción de determinadas decisiones económicas, cuyo inherente riesgo aconseja todo tipo de cautelas".

(40) Así, la Sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 4 de marzo de 1998 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Morales Ruiz), que cuantifica tales daños en cuatro millones de pesetas, siendo la deuda que aparecía como morosa únicamente por importe de 781.238 pesetas.

304 y ss., se infiere que la inclusión del demandante en el antedicho Registro no le impidió obtener diversos préstamos de diversas entidades bancarias” (41).

Esa privación de financiación puede estrangular la actuación comercial de una empresa (utilizó la concepción subjetiva de la empresa, en la que cabe ubicar al empresario individual también) conduciéndola a una situación de insolvencia o puede impedir que un particular pueda celebrar un determinado contrato (42). Pero también es cierto que, como se apreció en la Sentencia objeto de este comentario, el hecho de que se obtenga la meritada financiación, pese a la constancia en el registro de morosidad, no es óbice para que ello lleve acausado una normal mayor dificultad, lo que, a su vez, implica un acrecentamiento del padecimiento moral y de los sufrimientos psíquicos del afectado (así lo aprecia esta Sentencia cuando dice que el demandante “se encontró sometido a la antedicha situación de sufrimiento psíquico y angustia cuando, al solicitar los préstamos o créditos que le permitiesen solucionar tales problemas económicos, las entidades bancarias comprobasen que se encontraban inscrito—injustificadamente— en el Registro de morosos de la ASNEF”).

Los daños materiales pueden consistir, asimismo, en las dificultades de empleo por parte del afectado, si logra acreditar que las empresas a las que se ofreció le denegaron el empleo por tal causa y siempre que su conducta pasiva, sin hacer lo posible por destruir tal error, no haya sido la causa de que se produjese la denegación de empleo referida (43).

Concluyendo, pues, se está ante una relevante sentencia, en el no muy abundante campo, aún, de la exigencia de responsabilidad a las entidades financieras por la aportación de datos a los registros de morosidad, cuyo conocimiento

---

(41) Vid. el caso de la Sentencia de la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 26 de marzo de 1999 (Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Antonia Gaitón Redondo), en el que, justamente por esa falta de acreditación de la denegación de nuevos créditos, por ese motivo, se desestimó la demanda. Anterior en el tiempo, cfr. la Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz de 21 de enero de 1998 (Ponente: Ilma. Sra. D.ª Rosa Fernández Núñez), en el mismo sentido. Más recientes, coinciden en denegar indemnizaciones por falta de prueba del lucro cesante y daño emergente en estos casos las Sentencias de la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de abril de 2000 (Ponente; Ilma. Sra. D.ª Lourdes Ruiz de Godejuela López), de la Audiencia Provincial de Zamora de 15 de junio de 2000 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Jesús García Garzón).

(42) Este último fue el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 13 de octubre de 1998 (Ponente: Ilma. Sra. Aguiló Monjó), a propósito de quien no pudo concertar la compraventa respecto de la que había firmado una opción de compra por causa de habersele denegado dos préstamos solicitados para pagar el precio de la misma, cuantificándose el daño padecido e indemnizable en la prima de la opción de compra perdida.

(43) En este sentido, vid. la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1995 (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros).

to, ayudará, sin duda, a acentuar el cuidado de las entidades financieras en el manejo de datos de tan singular relevancia para ellas mismas <sup>(44)</sup>, pero también para sus clientes y para el sistema económico en general; piénsese que en este caso se trataba de un particular, pero reflexiónese acerca de lo que podría ocurrir si el error afecta a una entidad mercantil de importancia económica nacional y actuante en un sector especialmente sensible de la economía.

---

<sup>(44)</sup> Desde esta perspectiva, vid. CASANOVAS MARTÍ, S., “Los servicios...”, ob. cit., p. 3.

# **INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE LA RESERVA LEGAL DE LA DENOMINACIÓN BANCO A FAVOR DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO**

*[Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo  
de 21 de julio de 2000]*

*Ponente: Sr. Manuel Campos Sánchez-Bordona*

RITA LARGO GIL

*Profesora Titular de Derecho Mercantil  
Facultad de Derecho  
Universidad de Zaragoza*

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>) de 21 de julio de 2000, objeto de este comentario acuerda que ha lugar al recurso de casación, núm. 3083/1993, interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada por la Sección 9.<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con fecha 17 de febrero de 1993 en el recurso contencioso-administrativo núm. 1971/1991.

Los antecedentes de hecho relevantes se relacionan en el fundamento de derecho primero.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—El abogado del Estado recurre en casación la sentencia dictada por la Secc. 9.<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Madrid con fecha 17 de febrero de 1993 que, al estimar el recurso contencioso-administrativo núm. 1971/1991,

anuló los actos administrativos en él impugnados (resolución de fecha 24 de mayo de 1991 del Consejo Ejecutivo del Banco de España, confirmada en alzada por resolución de la Subsecretaría de Economía y Hacienda de fecha 6 de septiembre de 1991) mediante los cuales la Administración había requerido a la empresa "Video banco y Mar-

keting S.A.” para que cesara de utilizar en su denominación social el vocablo “banco”, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 26/1988, de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. La sentencia de instancia entendió que la citada denominación social no infringía dicho precepto y, en consecuencia, anuló las resoluciones impugnadas.

**Segundo.**—El motivo único de casación, interpuesto al amparo del art. 95.1.4 de la Ley Jurisdiccional, denunció precisamente que la Sala de instancia ha infringido el ordenamiento jurídico al interpretar erróneamente el citado art. 28 Ley 26/1988, precepto cuyo tenor literal es el siguiente: “Ninguna persona física o jurídica, nacional o extranjera, podrá, sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros, ejercer en territorio español las actividades legalmente reservadas a las entidades de crédito o utilizarlas denominaciones genéricas propias de éstas u otras que puedan inducir a confusión con ellas”.

**Tercero.**—El recurso debe prosperar pues la interpretación jurídicamente más adecuada del art. 28 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito debe tender a preservar—en pro de los intereses no sólo de tales entidades sino, especialmente, de los ciudadanos que se ven compelidos a utilizar sus servicios en las circunstancias actuales y a depositar en ellas su confianza— la distinción neta entre las entidades financieras, sujetas a unos condicionamientos más estrictos, y el resto de empresas mercantiles. Entre los instrumentos que el legislador ha querido emplear a estos efectos se encuentra la reserva de denominación, de modo que el uso de las expresiones comúnmente asignadas a las entidades de crédito (esto es, lo que la ley entiende como “denominaciones genéricas de éstas”) no está permitido para el resto de las empresas mercantiles.

Entre las expresiones comúnmente asignadas a las entidades de crédito y reconocidas como tales por el sentir popular, el término “banco” es la que más arraigo tiene en el panorama empresarial español, hasta el punto de que cualquier empresa que incluya en su denominación aquel término será asociada e identificada con las que forman parte de nuestro sistema financiero y crediticio.

Es cierto que la razón social de la empresa recurrente en la instancia adiciona al término “banco” el prefijo “video”, integrándolos en un solo vocablo. Ello no es suficiente, sin embargo, dentro del contexto empresarial en que se desenvuelve este litigio, para excluir la reserva de denominación a que antes nos referíamos. No lo es porque en el sector bancario la actividad tradicional viene siendo completada, si no sustituida, por el uso de nuevas tecnologías de telecomunicación de modo que términos como “banca electrónica”, “banca telefónica”, “banca por cable”, “banca on-line”, “banco virtual” o el mismo de “videobanco” expresan ya otros tantos fenómenos de actividad crediticia asociada al empleo de aquellas tecnologías, a las cuales se debe extender también la reserva de denominación que el art. 28 de la Ley 26/1988 quiere que se preserve. Utilizando como criterio hermenéutico el de atender a la realidad social del tiempo en que ha de ser interpretada la norma, este tipo de expresiones que, junto al término “banco”, asocian una determinada tecnología electrónica, han pasado ya a configurarse, en el lenguaje usual, como “denominaciones genéricas” propias de los establecimientos o entidades de crédito a las que no pueden tener acceso otras empresas mercantiles.

Al no haberlo apreciado así, la sentencia de instancia no interpreta en forma adecuada el precepto legal en su primer inciso, sin que las referencias que contiene a la prohibición impuesta en el segundo (relativa a otras denominaciones “que puedan inducir a confusión con ellas”) se añada relevante para la solución del litigio. Como acertadamente sostiene el Abogado del Estado, si el primer

inciso impide, por sí solo, el uso de la expresión “banco” u otra genérica indicativa de entidad de crédito, basta la vulneración de esta parte del precepto para que la empresa recurrente no pueda ver amparada su pretensión de continuar utilizando un denominación social que incluye aquel vocablo asociado al término “vídeo”.

No es necesario, pues, analizarse, además de interpretar erróneamente el precepto en su primer inciso, la sentencia acertó o no al descartar que se produjera la “confusión” a la que alude el segundo. El Abogado del Estado alega, a estos efectos, “la engañosa publicidad que, como resulta del expediente administrativo, ha utilizado la recurrente, la cual, aun que su denominación social es “Vi-

deobanco and Marketing”, gira en su publicidad y en sus actuaciones con la exclusiva expresión “Videobanco” (pretendiendo) aprovecharse de una expresión que, quiérase o no, tiene en nuestra realidad social actual unas connotaciones particulares, susceptibles de llamar la atención general de público”. Alegación que, siendo cierta en cuanto a la realidad fáctica que refiere, no mereció, sin embargo, acogida favorable de la Sala de instancia en orden a la apreciación del riesgo de confusión en el público, lo cual resultaba, insistimos, indiferente cuando hemos apreciado que la razón social, en sí misma considerada, utiliza indebidamente un denominación genérica propia de las entidades de crédito.

## COMENTARIO

---

### SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
  - II. UTILIZACIÓN DE LA DENOMINACIÓN “BANCO” POR ENTIDADES MERCANTILES AJENAS AL SECTOR CREDITICIO.
    1. **La reserva legal de denominación. Antecedentes y finalidad. Alcance de la reserva y otras consideraciones desde la realidad actual. Aplicación de las nuevas tecnologías en el sector bancario.**
    2. **Interpretación extensiva de una norma prohibitiva.**
  - III. DE NUEVO, SOBRE LA DENOMINACIÓN SOCIAL Y EL NOMBRE COMERCIAL.
  - IV. CONSIDERACIONES FINALES.
- 

### I. INTRODUCCIÓN

La sentencia objeto del presente comentario se ocupa de un tema sobre el que ya se pronunció el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de noviembre de 1989 de la que nos hicimos cargo en su momento <sup>(1)</sup>, este es: la utilización de la denominación “banco” por una sociedad anónima cuya actividad no es la propia de las entidades de crédito, por lo que no cuenta con la autorización oportuna para ello ni está inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros. En aquella sentencia, como en la actual, el TS se atiene al tenor literal del régimen sectorial en vigor, con las matizaciones que se verán, y se manifiesta contrario a la utilización por otras entidades mercantiles de una denominación reservada legalmente a las entidades de crédito. No obstante, los antecedentes de la sentencia de 2000 revelan algunas connotaciones nuevas en relación a la sentencia de

---

(1) De la sentencia del TS de 28 de noviembre de 1989 nos ocupamos en “Utilización de la denominación de ‘Banco’ por una sociedad sin estar inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros”, *RDBB*, n.º 40, octubre-diciembre de 1990, pp. 927 y ss.

1989 que invitan a que retomemos la cuestión antes identificada sobre la cual ya dejamos sentada nuestra posición <sup>(2)</sup>. Estas son:

Ahora se aplica el art. 28 de la Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito <sup>(3)</sup> (en adelante, se cita Ley 26/1988) en el que se prohíbe "...utilizar las denominaciones genéricas propias de éstas—entidades de crédito— u otras que puedan inducir a confusión con ellas". Con lo cual, se está limitando la libertad de elección de los fundadores de una sociedad anónima en relación a la denominación a adoptar, siempre, claro es, dentro de los límites por todos conocidos (art. 2.º LSA de 1989 y arts. 395 a 419 del RRM de 1996 <sup>(4)</sup>).

El Alto Tribunal propugna la interpretación extensiva de la reserva legal de la denominación "banco". Dos consideraciones al respecto: Primera, el término "banco" en el presente asunto no se utiliza de forma autónoma, esto es, por separado como en los hechos referidos en la sentencia de 1989 <sup>(5)</sup>, sino junto a otro término que tiene un significado propio, como es "vídeo", integrando así la denominación "Videobanco", que forma parte de la denominación social de la entidad afectada "Videobanco y Marketing, S.A." que ha de ser considerada en su conjunto. Y segunda, el TS entiende que el art. 28.1, inciso final de la Ley 26/1988, debe ser interpretado de conformidad con la realidad social del tiempo

<sup>(2)</sup> En nuestro trabajo "Utilización de la denominación de 'Banco' por una sociedad sin estar inscrita...", ya quedó expuesta nuestra posición con respecto a la reserva legal contenida en el art. 38 LOB de 1942 y en el actual art. 28.1 de la Ley 26/1988. En síntesis, consideramos desorbitada la medida desde la perspectiva de la justicia material, ya que la propia denominación permite deducir al ciudadano cuál es el objeto social de la entidad en cuestión ("Banco Filatélico Español, S.A."), esto es, que no se trata de una entidad crediticia. Por tanto, la inclusión de la palabra "banco", un nombre genérico por lo demás, de amplio contenido, no comporta un perjuicio para nadie. No puede ocasionar daño a los ahorradores o consumidores en general porque esa denominación —con el calificativo "filatélico", que dota de contenido al sustantivo "banco"— no genera ni es susceptible de generar confusión en relación a la actividad mercantil desplegada por esa sociedad. Cada clase de empresarios tiene su propia clientela.

<sup>(3)</sup> El fundamento legal ahora es el art. 28 Ley 26/1988, cuyo tenor literal es el siguiente: "Sin perjuicio de lo previsto en el Título V ninguna persona física o jurídica, nacional o extranjera, podrá, sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros, ejercer en territorio español las actividades legalmente reservadas a las entidades de crédito o utilizar las denominaciones genéricas propias de éstas u otras que puedan inducir a confusión con ellas" —la cursiva es nuestra—.

<sup>(4)</sup> Véase por todos, SÁNCHEZ CALERO, F., en VV.AA., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, dir. por Fernando Sánchez Calero, Tomo I, Artículo 2.º, pp. 55 y ss.

<sup>(5)</sup> Recordemos que en la sentencia del TS de 28 de noviembre de 1989 (RJ. 7917) se enjuiciaba la utilización por una entidad no crediticia de la denominación "Banco Filatélico Español, S.A.", en anagrama "Banfi, S.A."

en que se aplica la norma, por lo que, dada la aplicación de las nuevas tecnologías a la actividad bancaria, concluye que la reserva legal del mencionado precepto debería abarcar incluso, el término “videobanco”. De aquí que el Alto Tribunal considere que la sentencia de instancia no interpretó de forma adecuada el inciso antes reproducido del ya citado artículo 28. Esta es la única cuestión planteada en la instancia y en la que se fundamenta el recurso de casación: la incorrecta interpretación del inciso del art. 28.1 de la Ley 26/1988 <sup>(6)</sup>. Este es el argumento central que el Alto Tribunal construye, incurriendo en flagrantes contradicciones que se verán y sin atenerse a la prudencia que se requiere desde la doctrina científica y desde la jurisprudencia con respecto a la aplicación del citado criterio sociológico. Es el tema principal de este análisis. Dejamos ya dicho que la solución extensiva propuesta por el TS resulta discutible, dado el carácter limitativo de derechos del inciso final del art. 28.1 de la Ley 26/1988, ya en sí criticable desde un planteamiento teleológico.

Pero el dato más destacable en el asunto que analizamos es que el Tribunal de Instancia —el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sección 9.ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo)— en sentencia de 17 de febrero de 1993 había estimado el recurso de “Videobanco y Marketing, S.A.” anulando los actos administrativos en él impugnados (la resolución de fecha 24 de mayo de 1991 del Consejo Ejecutivo del Banco de España, confirmada en alzada por resolución de la Subsecretaría de Economía y Hacienda de fecha 6 de septiembre de 1991) mediante los cuales la Administración había requerido a la mencionada empresa para que cesara de utilizar en su denominación social el vocablo “banco” <sup>(7)</sup>. La sentencia de instancia concluyó que con la referida denominación no se produce la infracción del art. 28.1 de la Ley 26/1988, interpretado

---

<sup>(6)</sup> La doctrina se ha planteado la posibilidad de invocar el art. 3.1 del CC como norma infringida en el recurso de casación. Hay autores a favor (HERNÁNDEZ GIL claramente mantiene la posición favorable acerca del carácter normativo del art. 3.1 CC), otros en contra (Federico DE CASTRO niega el carácter vinculante del citado precepto) y aquellos que se mantienen en la polémica. El TS (Sala 1.ª), en sentencia de 12 de mayo de 1981, estima que la normativa de interpretación legal que dicho precepto contiene es genérica, de suyo, valiendo como pauta de hermenéutica solamente en conexión con algún precepto concreto, respecto del cual aquella regla no haya sido observada (véase sintéticamente O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. y PEDREIRA ANDRADE, A., *Introducción al Derecho y Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, p. 258; y ampliamente PÉREZ ALGAR, F., *La interpretación histórica de las normas jurídicas. Análisis del art. 3.1 del Código Civil*, Zaragoza, 1995, pp. 15 y ss.).

<sup>(7)</sup> De conformidad con el art. 29.2 de la Ley 26/1988, el Banco de España es la instancia competente para la formulación de los requerimientos y para la imposición de las multas contempladas en el número anterior.

literal, lógicay teleológicamente <sup>(8)</sup>, por lo que, tal como había alegado la actora, se habría producido una extralimitación del Banco de España en el uso de sus funciones.

En todo caso, y con independencia de que se esté o no de acuerdo con el fallo y con el razonamiento expuestos, esta sentencia del TS es interesante porque significa una toma de postura del Alto Tribunal con respecto a la repercusión que puede tener la aplicación de las nuevas tecnologías por las entidades de crédito en el ejercicio de su actividad —el TS entiende que con ello se complementa, incluso se “sustituye” a la actividad tradicional de éstas— y acerca de cómo debe afrontarse, desde la legalidad vigente, la regulación de la rica temática que se abre <sup>(9)</sup>. Para esto, como ya se ha señalado, el TS se vale de uno de los criterios hermenéuticos contemplados en el art. 3.1 del Código Civil: el criterio sociológico, según el cual las normas deben ser interpretadas atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas <sup>(10)</sup>.

Hay otros temas de interés, que mencionamos, tales como:

La pretendida publicidad engañosa de que se prevalía la entidad recurrente, quien según el Abogado del Estado, en su publicidad y en sus actuaciones giraba con la exclusiva expresión “Videobanco”, siendo su denominación social “Videobanco y Marketing, S.A.”, con lo que, al parecer, pretendía “... aprovecharse de una expresión que, quiérase o no, tiene en nuestra realidad social

---

<sup>(8)</sup> Esta sentencia de instancia supone un cambio frente al criterio que inspiró a los tribunales implicados en el asunto de “Banco Filatélico Español, S.A.” —Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Madrid, en S. de 18 de noviembre de 1985 y la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid— que con fecha 22 de febrero de 1988 resolvieron como sigue la apelación interpuesta por la sociedad demandada: declaración de nulidad parcial del asiento registral por lo que se refiere a la denominación social y, en particular, la palabra “banco” y la consiguiente cancelación del asiento registral.

<sup>(9)</sup> Según indicó, entre otros, MATEU DE ROS, R., “La contratación bancaria telefónica”, *Contratos Bancarios*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, págs. 25 y ss., pp. 57-58, para los problemas de interpretación planteados por la banca telefónica, habrá que estar a lo que en su día resuelvan los Tribunales y el Servicio Jurídico del Banco de España.

<sup>(10)</sup> La aplicación del criterio social propuesto por nuestro TS para la interpretación de las normas vigentes en vistas a su adecuación a las nuevas tecnologías de la información ha encontrado rápido eco entre los prácticos; así puede verse cómo desde el Registro Mercantil Central se desestimó el recurso interpuesto ante la negativa a expedir una certificación negativa de la denominación “INTERNET.COM, S.L.” invocando para la interpretación del art. 408.3 del RRM y con respecto a la expresión “.com” y similares la “realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas —las normas— atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”. Sin embargo, desde la DGRN se rechazó la aplicación en este supuesto de tal criterio hermenéutico porque daba lugar a una interpretación extensiva de una norma prohibitiva, cual es el art. 2.2 LSA, de la que es desarrollo el mencionado art. 408.3 RRM (vid. RDGRN de 10 de octubre de 2000, Fundamento de Derecho 4.º, BOE de 6 de noviembre).

actualunasconnotacionesparticulares,susceptiblesde llamarla atención general del público”, al cual puede llevarse a confusión. Esta alegación del Abogado del Estado la hace suya el TS, aunque la desecha por cuanto estima que es indiferente, dado que la infracción legal se produce ya con la razón social al utilizar indebidamente una denominación genérica —“banco”— propia de las entidades de crédito. Esto es, el TS pretende ajustarse a la literalidad del art. 28.1 *in fine* de la Ley 26/1988, pero complementado con el criterio sociológico ya aludido, dada la insuficiencia del primer criterio hermenéutico aquí mencionado para fundamentar una decisión que, como se verá, parece tomada de forma apriorística y subjetivamente, sin atender a les espíritu y finalidad de la norma, aunque son identificados.

Por último, ponemos de relieve que en la STS de 2000 la pretensión se concreta en el cese de la utilización del término “banco” por la entidad en causa. Nada se dice sobre otras consecuencias, como son la nulidad de pleno derecho del asiento —nulidad parcial, al menos— y la subsiguiente cancelación del mismo, de oficio o a petición del órgano administrativo competente, tal como establece el art. 30 de la Ley 26/1988 <sup>(11)</sup>, a lo que sí se hizo referencia en la sentencia de 1989, entonces por invocación del art. 6.3 del Código Civil y que no era aplicable a los hechos valorados el mencionado texto legal. Y es que no podemos olvidar que “Videobanco y Márketing, S.A.” es una sociedad inscrita en el Registro Mercantil. Por lo que la sentencia comentada presupone que éste ha infringido la legalidad vigente (cfr. art. 84 del RRM). Además, hay otro tema de interés: la coordinación del citado art. 30 de la Ley 26/1988 con la presunción de exactitud y validez de toda inscripción registral y la reserva de competencia en favor de los Tribunales de cuanto se relaciona con la validez de dichas inscripciones (art. 20 del Ccom y art. 7.º, párrafo primero del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio —en adelante se cita RRM— <sup>(12)</sup>).

---

(11) Según el art. 30 de la Ley 26/1988: “El Registro Mercantil y los demás registros públicos no inscribirán a aquéllas entidades cuya actividad u objeto social o cuya denominación resulten contrarios a lo dispuesto en el artículo 28 de esta Ley. Cuando, no obstante, tales inscripciones se hayan practicado, serán nulas de pleno derecho, debiendo procederse a su cancelación de oficio o a petición del órgano administrativo competente. Dicha nulidad no perjudicará a los derechos de terceros de buena fe, adquiridos conforme al contenido de los correspondientes registros”.

(12) Así es, en el art. 7.1 del RRM, con la rúbrica “Legitimación”, como es sabido se dispone lo siguiente: “El contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad”. Al respecto puede verse ALCOVER GARAU, G., “El alcance de la presunción de exactitud del contenido del Registro Mercantil”, *RDS*, n.º 5/1996, pp. 256 y ss., en pp. 258 y ss.; y ROJO, A., en URÍA/MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1999, pp. 179 y ss.

## II. UTILIZACIÓN DE LA DENOMINACIÓN “BANCO” POR ENTIDADES MERCANTILES AJENAS AL SECTOR CREDITICIO

### 1. La reserva legal de denominación. Antecedentes y finalidad. Alcance de la reserva y otras consideraciones desde la realidad actual. Las nuevas tecnologías en el sector crediticio

El antecedente inmediato del actual art. 28 de la Ley 26/1988 se encuentra en el art. 38.1 de la Ley de Ordenación Bancaria, de 31 de diciembre de 1946 <sup>(13)</sup> (se cita LOB, 1946) que, a su vez, hunde sus raíces en la Ley de Ordenación Bancaria de 29 de diciembre de 1921 (LOB de 1921) y en concreto, en el Real Decreto de 25 de mayo de 1926 <sup>(14)</sup>. En el art. 38 de la LOB, 1946 se prohibía el ejercicio del comercio de banca sin figurar inscrita la entidad en el Registro de Bancos y Banqueros y también el mero uso de la denominación “banco”, pero

<sup>(13)</sup> Según el art. 38 de la LOB: “Nadie podrá ejercer el comercio de Banca ni usar la denominación de Banco o Banquero sin figurar inscrito en el Registro de Bancos y Banqueros, que estará a cargo de la Dirección General de Banca y Bolsa”. Este párrafo fue derogado expresamente por la disposición derogatoria contenida en la Ley 26/1988, de 29 de julio. Se refería al ejercicio del comercio de banca sin figurar inscrita la entidad en el Registro de Bancos y Banqueros, esto es, la realización efectiva de operaciones bancarias —recepción de fondos del público que aplican por cuenta propia a operaciones activas de crédito (art. 37 de la LOB)— con habitualidad y ánimo de lucro sin figurar inscrita la entidad en el Registro de Bancos y Banqueros. El fenómeno que, en general, se conoce como “banco o banquero de hecho”, con la problemática que se plantea en orden al estatuto aplicable a esa entidad (sobre el tema véase entre nosotros SANTOS, V., “El banco de hecho”, *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, III, Tecnos, Madrid, 1971, pp. 257 y ss.). La LOB de 1946 también prohibía la utilización de la denominación de Banco o Banquero sin figurar inscrito en el registro referido, pero al respecto se contemplaba una excepción, que se mantiene en vigor, esto es: por excepción “...y tratándose de casos justificados y notorios, podrá autorizar el Gobierno que una determinada entidad que viniera usando con anterioridad al aludido Real Decreto —de 25 de mayo de 1926— la denominación de Banco o Banquero, *sin realizar efectivamente operaciones bancarias*, continúe usando tal denominación sin figurar en el Registro de Bancos y Banqueros” (la cursiva es nuestra).

<sup>(14)</sup> La Ley de 1921 fue parcialmente modificada por Primo de Rivera en 1925 haciendo obligatoria la autorización y subsiguiente inscripción en el Registro de la Comisaría de Ordenación de la Banca Privada. Sobre la evolución en España del régimen relativo a la creación de bancos privados y el ejercicio de la actividad bancaria en función de la concepción político-económica dominante puede verse MARTÍN OVIEDO, J.M., “El régimen de la autorización de bancos”, *RDM* núms. 132-133, pp. 297 y ss. La evolución hasta el régimen vigente puede completarse con MARTÍN OVIEDO, J.M., *Ordenación legal del sistema financiero español*, Madrid, 1987; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Nueva regulación sobre la creación de bancos privados y establecimiento de entidades de crédito extranjeras”, *RDBB* 32 (1988), pp. 925-927; FERNÁNDEZ, T.-R., *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito*, dir. por Tomás-Ramón Fernández, Madrid, 1991, en relación al art. 28, pp. 111-112; y ZUNZUNEGUI, *Derecho del mercado financiero*, Madrid, 2000.

sin preverse una sanción al respecto. No obstante, como se ha expuesto, el TS en la sentencia de 28 de noviembre de 1989 sancionó con la nulidad del asiento registral el uso de la denominación “banco”, sin duda tomando como referente el ya citado art. 28 de la Ley 26/1988, por lo demás ya en vigor, pero sirviéndose para el caso de un instrumento general como es el art. 6.3 CC.

Però la Ley 26/1988 parece que responde a un planteamiento más restrictivo dado que extiende la prohibición, además de al ejercicio de las actividades reservadas a las entidades de crédito, también a la utilización “... de las denominaciones genéricas propias de éstas u otras que puedan inducir a confusión con ellas”. La impresión, como decimos, es que atiende a un criterio más restrictivo, a salvo, claro es, que interpretemos este inciso en la forma adecuada.

Varias son las consideraciones que nos merece este inciso del art. 28 de la Ley 26/1988:

La dificultad para determinar el alcance de la prohibición por la ambigüedad del inciso reproducido. Porque ¿cuáles son las “denominaciones genéricas propias de las entidades de crédito”<sup>(15)</sup>? ¿cuál es el criterio de referencia? ¿a quién compete su definición? Aún más, ¿a quién corresponde la determinación del contenido del concepto “entidad de crédito” aquí manejado? ¿es el concepto legal de entidad de crédito o el que resulta del sentir común de la ciudadanía, del que al parecer parte el TS? Este es un extremo importante porque la fijación de ese concepto es presupuesto para, a continuación, poder definir el alcance del resto de la aseveración comentada, esta es: la prohibición de que se utilicen “otras —denominaciones— que puedan inducir a confusión con ellas”.

A la vista de lo expuesto, resulta imprescindible identificar la *ratio legis* de la reserva legal de los términos “Banco” y “Banquero” en los años veinte (LOB de 1921 y Real Decreto de 25 de mayo de 1926<sup>(16)</sup>), reinstaurada, con el intervalo de la guerra civil, por la LOB de 1946 y mantenida hasta los años

---

(15) Ciertamente, no acertó nuestro legislador al articular la pretensión de aprovechar la Ley 26/1988 “... para regular otros aspectos importantes que guardan relación con el derecho sancionador y cuya normativa era fragmentaria, incompleta o defectuosa: las facultades de la Administración para tutelar que las denominaciones y actividades reservadas a las entidades de crédito no se ejerzan por personas, físicas o jurídicas, no habilitadas para ello...” (Exposición de Motivos, párrafo sexto, de la Ley 26/1988). Esa normativa es la que presentamos como precedente de la Ley 26/1988 y en la que se aprecia una mayor concreción con respecto a las denominaciones reservadas.

(16) La Ley de Ordenación Bancaria de 21 de diciembre de 1921 —conocida como “Ley Cambó”—, con la que se lleva a cabo la primera regulación general y en sentido moderno del sector. Con ella se comienza el proceso de sometimiento de la profesión de banquero a ciertas normas que se inicia, aún de manera tímida, entre otras, con la regulación del uso del nombre de banco y la inscripción aunque de carácter voluntario. El carácter voluntario de la

ochenta <sup>(17)</sup>. Y es que nos resulta difícil admitir que en la actualidad, en el marco de la Unión Europea, con el objetivo de la instauración de un mercado interior, contando como principios básicos con la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios y de capitales y con un Banco Central Europeo, pueda esgrimirse el mismo fundamento para la limitación aquí valorada <sup>(18)</sup>. Esta es: la defensa de la transparencia en el mercado del crédito y el fin de fortalecer la confianza del público en las entidades que operan bajo tales denominaciones <sup>(19)</sup>. Ciertamente, mucho ha cambiado el panorama de fondo y también ha evolucionado la terminología. Enlazamos así con la cuestión antes formulada en orden a la determinación del contenido de la noción “entidad de crédito” <sup>(20)</sup>. Consideramos que la reserva legal valorada hay que referirla a las denominaciones genéricas de las entidades de crédito según la Ley y no según

---

inscripción resultó ser el fallo fundamental del nuevo sistema, ya que solo con la inscripción quedaba obligada la entidad al cumplimiento de las normas dictadas por el Consejo Superior Bancario, creado también por la Ley. El fallo se remedia por el Real Decreto de 25 de mayo de 1926, que facultó al Consejo Superior Bancario a dictar “normas obligatorias para la banca inscrita y la no inscrita” y estableció el régimen de autorización por el Ministerio de Hacienda, previo informe del mencionado Consejo. El régimen instaurado por el Real Decreto de 1925 es recogido por el texto refundido del Reglamento de la Ley de 1921 (Real decreto de 8 de febrero de 1927) estableciendo que “...en lo sucesivo, nadie podrá usar la denominación de Banco o Banquero sin autorización del Ministro de Hacienda, previo informe del Consejo Superior Bancario” (art. 5.º 1). Una Real Orden de 16 de febrero de 1927 aclara que “las sociedades que venían usando la denominación de Bancos antes de la promulgación del Real Decreto (de 25 de mayo de 1926), no necesitan la autorización previa exigida por el referido Real Decreto” (véase MARTÍN OVIEDO, J.M.ª, “El régimen de la autorización de bancos”, *RDM*, núms. 132-133, pp. 297 y ss. Y del mismo autor, *Ordenación legal del sistema financiero español*, Madrid, 1987, pp. 36-37).

<sup>(17)</sup> Con la LOB de 31 de diciembre de 1946 se completa la sistematización de la reglamentación de la actividad bancaria (véase MARTÍN OVIEDO, J.M.ª, *Ordenación legal...*, pp. 38-39).

<sup>(18)</sup> Acerca del Sistema Europeo de Bancos Centrales y el Banco Central Europeo, vid. brevemente, CORTES, L.J., en URÍA/MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, II, Madrid, 2001, pp. 467 y ss.

<sup>(19)</sup> Vid. la ya mentada RDGRN de 22 de febrero de 1991, que deniega la inscripción del “Banco Internacional del Diamante, S.A.” (vid. ZUNZUNEGUI, cit. pp. 274-275).

<sup>(20)</sup> En la sentencia comentada el TS sigue aplicando la expresión “establecimiento” de crédito, que equipara a entidad de crédito. Es cierto que es un extremo puramente terminológico, pero hay que recordar que fue precisamente la Ley 26/1988 la que procedió a cambiar la referida expresión “establecimiento” por la de entidad, al estimar que aquella, más ambigua, viene a ser un galicismo fruto de la traducción simple de la palabra francesa *établissement* que en Derecho francés tiene un peso como persona jurídica quizá más acusado que en el español (SÁNCHEZ CALERO, F., “La delimitación de la figura ‘entidad de crédito’...”, pp. 710-711). En definitiva, como el tema que estamos tratando guarda relación con la terminología, me permito invitar a nuestro Alto Tribunal a que sea preciso y atienda a la ley.

el sentir popular como parece entender el TS en la sentencia comentada <sup>(21)</sup>. A este respecto, hay que coincidir en que el término “banco” y sus derivados son los que gozan de mayor implantación, tal vez por ser los primeros en el tiempo. Pero el concepto de “banco” o “banquero” en la actualidad es parcial, referible, a lo sumo, a la faceta funcional o material, pero no a la perspectiva formal de las entidades del sector. Como es sabido, los Bancos no son las únicas entidades que desarrollan actividades bancarias. Desde hace tiempo junto a ellos están las Cajas de Ahorros y las Cooperativas de Crédito, cuya operativa se ha ido aproximando de manera paulatina a los Bancos. Ahora se utiliza el concepto de entidad de crédito, como concepto globalizador o categoría genérica relativa a los sujetos de la actividad de intermediación indirecta en el crédito y a otros que son considerados entidades de crédito a efectos de su sujeción al régimen de supervisión prudencial propio de éstas, pero que no lo son desde una perspectiva funcional ya que según el régimen jurídico vigente tienen vedada la realización de alguna o de algunas de las actividades que son propias de las entidades de crédito en sentido propio <sup>(22)</sup>. Así resulta de la normativa comunitaria relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, representada por la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000 (DOCE L 126/1, de 26 de mayo de 2000). Se delimita una noción de entidad de crédito que puede variar su contenido, ampliándolo o restringiéndolo, en atención a intereses de alcance superior <sup>(23)</sup>. Por lo demás, en los últimos quince años también en la normativa

---

(21) El TS en la sentencia que comentamos identifica lo que la Ley 26/1988 entiende como “denominaciones genéricas de las entidades de crédito” con “las expresiones comúnmente asignadas a las entidades de crédito” (Fundamento de Derecho Tercero de S. de 21 de julio de 2000). Pero no hay que olvidar que la rúbrica del Título II de la Ley 26/1988 es “Ejercicio de actividades y uso de denominaciones reservadas a las entidades de crédito” (la cursiva es nuestra), y que la mencionada reserva es de índole legal, por lo que hay que atender al precepto en el que se lleva a cabo la reserva en cuestión. Esto es, hay que atender a la noción legal de entidad de crédito.

(22) Sobre esta discriminación entre entidades de crédito en sentido estricto y material y otras véase, sintéticamente, CORTES, L.J., en URÍA/MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, II, Madrid, 2001, pp. 481 y ss.

(23) La Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000 (DOCE L 126/1, de 26 de mayo de 2000), con la que en aras de una mayor claridad se procede a la codificación de las diversas Directivas relativas a las entidades de crédito, ha sido modificada por la Directiva 2000/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000 (DOCE núm. L 275, de 27 de octubre de 2000) para adaptar la definición de entidad de crédito a la Directiva 2000/46/CE, de 18 de septiembre, sobre acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como la supervisión cautelar de dichas entidades (DOCE núm. L 275, de 27 de octubre de 2000) vid. THIEFFRY, P., “L'émergence d'un droit européen du commerce électronique”, *Rev. Trim. Dr. Eur.*, octubre-diciembre, 2000, pp. 649 y ss. El objetivo es evitar el falseamiento de la competencia que podría producirse

interna se ha apreciado un proceso paralelo de ampliación o de reducción del contenido de la noción de entidad de crédito para adaptarlo a los criterios comunitarios <sup>(24)</sup>. En la actualidad, el listado legal de entidades de crédito ha quedado muy reducido <sup>(25)</sup>.

entre estas entidades de no quedar sometidas, al menos en parte, al régimen de supervisión cautelar de las entidades de crédito. De aquí que se amplíe la definición de “entidades de crédito” de la Directiva 2000/12/CE para incluir a las entidades de dinero electrónico.

(24) La más reciente evolución experimentada por el concepto de entidad de crédito, en su contenido y en su terminología, se inicia con el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del Derecho vigente en materia de *establecimientos de crédito* al de las Comunidades Europeas [que, como es sabido, introdujo la expresión “*establecimiento de crédito*” —muy ambigua y con raigambre francesa pero sin tradición entre nosotros ya que aquí, cierto que con poca precisión terminológica, se venía utilizando “entidad de crédito”, “entidad de depósito” y otras, véase SÁNCHEZ CALERO, F., “Adaptación de la normativa de los establecimientos de crédito al ordenamiento comunitario”, *RDBB*, 23 (1986) p. 477— incluyendo en ese concepto, además de a los Bancos, las Cajas de Ahorros y las Cooperativas de Crédito, a las Entidades Oficiales de Crédito, las Sociedades de Crédito Hipotecario y las Entidades de financiación inscritas en los Registros correspondientes de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera (vid. art. 1.2)]. La evolución continúa con la Ley 26/1988, cuyo art. 39.3 da nueva redacción al art. 1.º del mencionado R.D.Leg. 1298/1986 y cambia la rúbrica de “establecimiento de crédito” por la de “entidad de crédito”; incluyó en la lista de “entidades de crédito” al ICO (configurado como una sociedad estatal en virtud del art. 127 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del estado para 1988), la Confederación Española de Cajas de Ahorros y la Caja Postal de Ahorros, las Sociedades de Arrendamiento Financiero y las Sociedades Mediadoras del Mercado de Dinero. Se produce así una ampliación de la noción de entidad de crédito con el propósito fundamental de extender el régimen de vigilancia o supervisión administrativa a todas esas entidades bajo unos principios uniformes (vid. SÁNCHEZ CALERO, F., “La delimitación de la figura de ‘entidad de crédito’ y la de otros sujetos”, *RDBB*, 28 (1987), pp. 709 y ss.). El paso a un concepto estricto de entidad de crédito, en atención a la actividad específicamente bancaria de interposición en el crédito, se produjo con la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria; modificó el art. 1.2 del R.D.Leg. 1298/1986, de modo que la lista de entidades de crédito se redujo a las siguientes: el ICO, los bancos —sin discriminar ya entre públicos y privados—, las cajas de ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorro y, por último, las cooperativas de crédito. Las demás, en principio, mantendrían la condición de entidad de crédito hasta el 31 de diciembre de 1996 (art. 5.º de la Ley 3/1994), fecha en la que habrían debido transformarse en una nueva categoría jurídica —“establecimientos financieros de crédito”—, ya que en otro caso perderían la condición de entidad financiera (D.A. 1.ª 6 de la Ley 3/1994) (véase sobre la última fase de evolución GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., “Régimen común a las entidades de crédito”, AA.VV., *Derecho del Mercado Financiero*, dir. por Alberto Alonso Ureba y otros, 1.ª edic., Madrid, 1994, pp. 31 y ss.; y ZUNZUNEGUI, F., *Derecho del Mercado Financiero*, 2.ª edic. Madrid, 2000, pp. 266 y ss.).

(25) El listado de entidades de crédito ha quedado reducido a las entidades que pueden realizar la intermediación indirecta en el crédito, con independencia de cuál sea su estructura jurídica (sociedad anónima, fundación o sociedad cooperativa), esto es, los Bancos, las Cajas de Ahorro y las Cooperativas de Crédito. Y esto por la incidencia de los criterios comunitarios, contenidos en la Primera Directiva Bancaria (77/780/CEE, del Consejo, de 12 de diciembre de 1977), en virtud de la cual se han ido excluyendo los Bancos Centrales de cada país, las Cajas

Estamos, pues, ante un concepto, el de entidad de crédito, que es mutable en su contenido legal, por lo que también resulta variable en su alcance la prohibición contemplada, que ha de ser interpretada estrictamente y en atención a un criterio literal, lógico y teleológico, según hizo la sentencia de instancia.

Por lo demás, atendiendo a lo expuesto y desde la realidad social del siglo XXI, procede que nos preguntemos acerca de la justificación material de la reserva legal de denominación contenida en el art. 28.1 de la Ley 26/1988. ¿Tiene algún sentido que se mantenga cuando la entidad no desarrolla actividades de otra índole de las bancarias? Repetimos, ¿se puede seguir fundamentando la limitación legal referida en el riesgo de confusión de los ciudadanos entre tales entidades y las entidades de crédito? El TS insiste en ello y para construir su argumentación invoca un fenómeno de alcance general como es la difusión de las nuevas tecnologías y su aplicación en el sector bancario (véase el Fundamento de Derecho tercero de la sentencia de 21 de julio de 2000). Por nuestra parte, consideramos que es precisamente la aplicación de las nuevas tecnologías en el sector crediticio la que está provocando que se difumine la separación neta entre las entidades de crédito y otras entidades mercantiles que no lo son. Valga una muestra. Es constatable que a lo largo del año 2000 en el ámbito bancario se ha extendido un fenómeno que continúa activado, de mestizaje entre lo real y lo virtual, esto es: las entidades de crédito *on-line* creadas por las entidades tradicionales, han “puesto pie en tierra” abriendo puntos físicos —a modo de cibercafés<sup>(26)</sup>— para atender a los clientes actuales y captar a otros potenciales, y ello con el objetivo de superar las dificultades que encuentran para su implantación por la vía virtual entre una clientela recelosa de confiarse sus depósitos a entidades sin existencia material. También el jurista tradicional, formado en esquemas conceptuales no informáticos, tiene graves dificultades para adaptar la Ley y la jurisprudencia

---

Postales y también, por lo que a España se refiere, el Instituto de Crédito Oficial, al que se ha dado una configuración particular. Asimismo, los Establecimientos Financieros de Crédito, aunque son considerados como entidades de crédito, no podrán captar del público fondos reembolsables en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otros análogos (vid. Disp. Ad. 7.ª, 5 del RD Ley 12/1995, de 28 de diciembre), lo que es una nota distintiva de las entidades de crédito en sentido estricto. Su régimen jurídico se contiene en el RD 692/1996, de 26 de abril, relativo a los Establecimientos Financieros de Crédito.

<sup>(26)</sup> Según el *Diccionario Capital de la Nueva @conomía*, 2.ª edición, Madrid, diciembre, 2000, donde se recogen 8000 términos definidos, “cibercafé” es: “Lugar público de venta de bebidas y consumiciones que ofrece además a sus clientes acceso a los servicios de Internet”.

a los cambios tecnológicos <sup>(27)</sup>. Por lo demás, todavía no se cuenta con la cobertura legal adecuada <sup>(28)</sup>. El TS en el fallo que valoramos se ha visto deslumbrado por las nuevas tecnologías y, si me permiten decirlo de manera gráfica, “los árboles le han impedido ver el bosque”. La realidad pone de relieve que hay una complementariedad de la actividad bancaria *on-line* con respecto a la actividad bancaria tradicional, pero no puede hablarse de una sustitución, como entiende el TS, al menos todavía <sup>(29)</sup>. Buena muestra es el reciente fenómeno de coexistencia de lo real y lo virtual antes referido. Lo impone la inseguridad que todavía inspira en la generalidad de los ciudadanos el sector de la ciberbanca. Al menos por lo que se refiere a la realización de transacciones, ya que no para la mera consulta <sup>(30)</sup>. Cuestión distinta es la aplicación de las nuevas tecnologías a la operativa interbancaria, que hay que

---

(27) Ciertamente, la aparición y difusión de las nuevas tecnologías en los diversos sectores es un hecho incuestionable, como también lo es que, en ocasiones, los conceptos jurídicos tradicionales no resultan muy idóneos para interpretar las nuevas realidades (véase en el sector de la banca ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, SUÁREZ, J.M.<sup>a</sup>, “La banca telefónica: nuevas formas de contratación”, *Contratos Bancarios & Parabancarios*, dir. por Nieto Carol, U., Valladolid, 1998, pp. 281 y ss., p. 281).

(28) Es sabido que el régimen jurídico relativo al denominado comercio electrónico está todavía en fase de desarrollo y más en sectores como el de la banca (véase por todos MARTÍNEZ NADAL, A., “Medios de pago en el comercio electrónico”, *Actualidad informática Aranzadi*, octubre de 2000). Hay una base comunitaria (Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a algunos aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información y sobre todo del comercio electrónico en el mercado interior), pero todavía no se ha implementado en el Ordenamiento español, aunque es previsible que se lleve a cabo a corto plazo, ya que contamos con un Anteproyecto de Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, del Ministerio de Ciencia y Tecnología, de 18 de enero de 2001. Pero la contratación bancaria requiere de alguna atención especial, dadas las peculiaridades del sector.

(29) La generalidad de los expertos reconocen la complementariedad existente, lo que es constatable a partir de los estudios más recientes en relación a la utilización de Internet para los servicios bancarios. Como hemos indicado, se pone de manifiesto que son numerosos los internautas que reconocen su escasa o nula confianza en la seguridad de los servicios bancarios (el 41,4%, según un estudio de JUEZ MARTEL, P. y DEL RÍO, E., “Los servicios bancarios a través de Internet: Evolución y perspectivas”, publicado en *Cuadernos de Información Económica*, núm. 160, enero-febrero de 2001, pp. 82 y ss.). A lo que se unen otros factores que dificultan el desarrollo de la banca *on-line* en España (tales como la falta de velocidad o el coste telefónico). De momento, Internet sirve, ante todo, como medio para la consulta de las cuentas personales o los productos ofrecidos por las entidades de crédito.

(30) Véanse los datos cuantificados relativos a España en JUEZ MARTEL y DEL RÍO, “Los servicios bancarios a través de Internet...”, p. 88.

valorarla como un éxito <sup>(31)</sup>. Todo esto es constatable, por lo que nos hacemos la siguiente pregunta: ¿Cuál es la “realidad social” contemplada por el TS para llevar a cabo la aplicación de tal criterio hermenéutico? ¿Una realidad social llamémosle objetiva, o “su” propia realidad, esto es, una visión particular? (vid. *infra* 2).

Y por otro lado, ¿qué decir de las denominaciones que se están difundiendo en el sector de la banca en Internet o banca *on line*? Estas son algunas: “ingdirect.es” (ING Groep), “Patagon.com” (BSCH), “evolvebank.com” (Lloyds), “Uno-e.com” (BBVA), todas filiales de grandes grupos bancarios <sup>(32)</sup>. ¿De verdad estas denominaciones son indicativas de la índole de la entidad con la que el público entra en contacto? Téngase en cuenta que de conformidad con la Orden del Ministerio de Fomento de 21 de marzo de 2000 al menos los nombres de dominio “.es” deben corresponderse con la denominación social de la entidad interesada <sup>(33)</sup>. Ante tales denominaciones la generalidad de las personas desconocerían que se encuentran ante una entidad de crédito si no fuese por las impactantes y costosas campañas publicitarias desarrolladas antes de la entrada en funcionamiento de tales ciberbancos. O lo peor, muchos ciudadanos nos son conscientes de la naturaleza de la entidad con la que entran en contacto hasta que acceden a la correspondiente página *web*, con lo que la denominación no cumpliría su función identificadora. No es admisible que la reserva legal de denominación en aras de evitar la confusión del ciudadano opere sólo de un lado, esto es, a favor de las entidades de crédito. Por tanto, estimo que la reserva

---

(31) En la operativa interbancaria las nuevas tecnologías han encontrado el ambiente adecuado para que se manifiesten fenómenos de gran alcance, como es la desmaterialización de los títulos valores, con el “truncamiento” de las letras de cambio y la instauración del Sistema Nacional de Compensación Electrónica. A estos se refieren, entre otros, PÉREZ ESCOLAR, R., “El Derecho bancario en el siglo XXI (Derecho y tecnología)”, La Ley, 1991; y ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J.M., “Nuevas formas de contratación: banca electrónica y telefónica”, VV.AA., *Instituciones del Mercado Financiero*, dir. por Julián Martínez-Simancas y Alberto Alonso Ureba, vol. I, Madrid, 1999, pp. 260 y ss.

(32) Como hemos indicado, los ciberbancos han recurrido, para competir y captar clientes, a la apertura de locales que a modo de cibercafés, con un ambiente distendido, ofrecen cafés, zumos o té a las personas que quieren asesorarse. Y tales locales (sucursales) funcionan bajo denominaciones que poco o nada tienen que ver con la actividad crediticia, tales como: “ING Direct”, “Patagon”, “evolvebank”, “Uno-e”. ¿Y qué decir de las páginas *web*? ¿Realmente se sabe *a priori* que accedemos a una entidad de crédito? (Véase sobre esta interesante temática, entre otros, “Muchas ‘punto.com’ ponen pie en la calle”, *CincoRed*, del 24 de febrero de 2001 y más en general, acerca de la complementariedad entre lo virtual y lo real, “Por qué le interesa la banca en Internet”, en la revista mensual *Capital*, n.º 6, de marzo de 2001, pp. 116 a 129).

(33) Vid. Anexo 3.3, j, párrafo 2.º de la Orden del Ministerio de Fomento de 21 de marzo de 2000.

legal debe ser referida únicamente a la actividad bancaria, para la que sí serían precisas la autorización y la inscripción administrativas (para el acceso y el ejercicio de la actividad) <sup>(34)</sup>. Esta propuesta es conforme con el concepto funcional de entidad de crédito, esto es, en atención a la actividad a ellas reservada <sup>(35)</sup>. Por lo demás, se corresponde con la posición comunitaria más reciente, contenida en la mencionada Directiva 2000/12/CE, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio <sup>(36)</sup>. Se insiste en la reserva de actividad y lo que comporta (en cuanto a la supervisión prudencial, esto es, fondos propios, coeficiente de solvencia..., etc.), pero se flexibiliza el tema de la protección de las denominaciones (vid. considerandos 5 a 7 y arts. 3.º y 15 de la Directiva 2000/12/CE) <sup>(37)</sup>.

<sup>(34)</sup> Tal como nos manifestamos en “Utilización de la denominación de ‘Banco’...”, p. 933, en nota número 8, la autorización administrativa será concebida más que como un elemento de la fundación de la sociedad, como una condición del comienzo de la actividad de la misma (vid. por todos GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, tomo I, Parte general, *Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, 1976, p. 181, en nota núm. 2), esto es, como una autorización para actuar, sin valor constitutivo de la sociedad. A este respecto, la propia Exposición de Motivos, párrafo 6.º de la Ley 26/1988, le atribuye el carácter de “habilitación”.

<sup>(35)</sup> Son entidades de crédito “Las empresas que tienen como actividad típica y habitual captar fondos del público, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros y otras análogas que comporten la obligación de restitución, empleando tales fondos en la concesión de créditos por cuenta propia”. Así resulta del art. 1.º del RD Leg. 1298/1986, de 28 de junio, según la redacción introducida por el art. 39 de la Ley 26/1988, de 29 de julio. También es la concepción comunitaria en vigor (véanse en las notas número 29 y ss.).

<sup>(36)</sup> Según la Directiva 2000/12/CE, modificada por la Directiva 2000/28/CE, de 18 de septiembre, a los efectos de la presente directiva se entenderá por: 1) “entidad de crédito”: a) una empresa cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia, o b) una entidad de dinero electrónico con arreglo a la Directiva 2000/46/CE...”. Se excluye la actividad de los bancos centrales de los Estados miembros, de las oficinas de cheques postales y en España, del Instituto de Crédito Oficial (art. 2.º). Se impone a los Estados miembros que prohíban “...a las personas o empresas que no sean entidades de crédito el ejercicio, con carácter profesional, de la actividad de recepción de depósitos u otros fondos reembolsables del público...” (art. 3.º): De ahí que se imponga a los Estados que las entidades de crédito cuenten con la autorización antes de comenzar sus actividades (art. 4.º), siempre que cumplan previamente las condiciones requeridas para ello (relativas al capital social mínimo, a los administradores, a los socios de control o con una participación cualificada..., etc.) (arts. 5.º y ss.).

<sup>(37)</sup> En los considerandos 5 y 8 y en otros de la Directiva 2000/12/CE se delimita el objetivo fundamental perseguido con los trabajos de coordinación en materia de entidades de crédito, que deben aplicarse al conjunto de éstas “...tanto para la protección del ahorro como para crear condiciones de igualdad en la competencia entre tales entidades...” (cdo. 5). “El programa elegido consiste en la realización de la armonización esencial, necesaria y suficiente para llegar a un reconocimiento mutuo de las autorizaciones y de los sistemas de supervisión

En todo caso, las dos situaciones que se prohíben en el art. 28.1, inciso final de la Ley 26/1988 pueden darse por separado, y así resulta de la experiencia, estas son: una, realizar una actividad reservada a las entidades de crédito sin adoptar una denominación propia de ellas (porej., el caso de “Doña Branca” en Portugal <sup>(38)</sup>) o la otra, consistente en aplicar una denominación genérica propia de las entidades de crédito a una entidad que desarrolla una actividad no bancaria. Pero se generaliza la consecuencia prevista como sanción <sup>(39)</sup> <sup>(40)</sup>, lo que puesto en relación con lo expuesto anteriormente estimamos que resulta excesivo, carente de proporcionalidad con el riesgo que comporta el uso no autorizado

---

prudencial, que permita la concesión de una autorización única, válida en toda la Comunidad, y la aplicación del principio de supervisión por el Estado miembro de origen... Una cierta flexibilidad siempre es posible en lo que se refiere a las exigencias relativas a las formas jurídicas de las entidades de crédito y a la protección de las denominaciones” (cdo. 7). Y en conexión, en el art. 3.º, con la rúbrica “Prohibición de la actividad de recepción de depósitos u otros fondos reembolsables del público por empresas que no sean entidades de crédito”, se establece lo siguiente: “Los Estados miembros prohibirán a las personas o empresas que no sean entidades de crédito el ejercicio, con carácter profesional, de la actividad de recepción de depósitos u otros fondos reembolsables del público...”, por lo que la autorización se remite al comienzo de las actividades (art. 4.º). Y la referencia a la denominación en el art. 5.º guarda relación con el ejercicio de la actividad por las entidades de crédito en la Comunidad, pudiendo utilizar la misma denominación de que se sirven en el Estado miembro de su domicilio social “no obstante las disposiciones relativas al uso de las palabras ‘banco’, ‘caja de ahorros’ u otras denominaciones similares que existan en el Estado miembro de acogida. En caso de riesgo de confusión, los Estados miembros de acogida podrán exigir, a efectos de mayor claridad, la añadidura de una mención aclaratoria a la denominación”.

(38) Vid. SÁNCHEZ CALERO, F., “La delimitación de la figura de la entidad de crédito y la de otros sujetos”, *RDBB*, 28 (1987), pp. 709 y ss., en pp. 721 y ss.

(39) Se prevé como sanción única la multa, de hasta cinco millones de pesetas, y la posibilidad de imponer multas coercitivas para vencer la resistencia al cumplimiento de las intimaciones y requerimientos de la autoridad competente dirigidos, en nuestro caso, al cese en la utilización de la denominación (art. 29 Ley 26/1988), lo que, en el supuesto de que se persista en su mantenimiento, a la postre, puede conducir a la desaparición de la entidad afectada. Cuanto más si atendemos a la previsión en el art. 30 del referido texto legal de la nulidad de pleno derecho de la inscripción de la entidad.

(40) El ejercicio en España de las actividades propias de las entidades de crédito sin contar con la debida autorización está prohibido y sancionado administrativamente, pero no comporta *per se* efectos privados —esto es, la nulidad o anulabilidad de los negocios realizados por las entidades de crédito “de hecho”— (cfr. arts. 28 y 29 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de entidades de crédito). Se plantea el tema, ya clásico, de los bancos o banqueros de hecho —mejor, de las entidades de crédito de hecho— y cuál es el estatuto jurídico que ha de aplicárseles —el de las empresas bancarias y en su caso, si todo o en parte, o el estatuto del empresario mercantil general— y a los contratos por ellos celebrados (véanse entre nosotros SANTOS, V., “El banco de hecho”, *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, III, Tecnos, Madrid, 1971, pp. 257 y ss.; y TORRES ZAPATERO, M. de, “Banca de hecho”, *VV.AA., Derecho del Mercado Financiero*, dir. por Alberto Alonso Ureba y otros, 1.ª edic., Madrid, 1994, pp. 222 y ss., en pp. 230 y ss.

de la denominación “banco” cuando la actividad desarrollada por la entidad de que se trate nada tiene que ver con la intermediación en el crédito indirecto, definidora del concepto de entidad de crédito <sup>(41)</sup>. En el presente caso el objeto social registrado era “Agencias y consultores de publicidad”, de ahí que con la denominación “Videobanco & Márketing, S.A.” se quisiera hacer referencia a “fondos de depósitos de naturaleza visual relacionados con actividades de carácter comercial o publicitario, ajenas pues, a las actividades de las entidades de crédito”. Se aplicó “banco” en una de sus acepciones. Y además, no se utilizó de forma autónoma sino que, junto a otros términos, integraba la denominación social. Esto es, no aparece separadamente la expresión “banco” sino “videobanco” y luego, se añade “...y Márketing, S.A.”. Estas consideraciones tienen relevancia desde el punto de vista del régimen jurídico relativo a la composición de la denominación social; aquí procede una valoración del conjunto de la denominación social (vid. infra 2). El Registrador Mercantil no encontró dificultad para proceder a registrar esa denominación social <sup>(42)</sup>. Y esto aunque en varias ocasiones la DGRN se ha pronunciado a favor de la reserva legal del término “Banco” o “Bank” (por ej. RDGRN de 22 de febrero de 1991, frente a la denominación social “Banco Internacional del Diamante, S.A.” <sup>(43)</sup>, y RDGRN de 12 de enero de 1984, que impide el registro de “Bank”).

(41) Y hay que recordar que la gama de sanciones establecida en la Ley 26/1988 responde al principio de proporcionalidad, esto es, han de ser correlativas a la gravedad de las infracciones y en general de las conductas, y todo ello sin merma de la seguridad jurídica de los afectados (Exposición de Motivos, párrafo quinto.IV de la Ley 26/1988).

(42) Tampoco la ha encontrado para inscribir “VIDEOBANCOMAT, S.L.”, constituida en Barcelona con fecha 26 de noviembre de 1998, al parecer sucesora de la anterior “Videobanco & Márketing, S.A.”.

(43) Se trataba de un supuesto de cambio de denominación social: “Inversora Casanova, Sociedad Anónima” por la de “Banco Internacional del Diamante, Sociedad Anónima”. La inscripción fue denegada por el Registro Mercantil de Barcelona “...por observarse el defecto insubsanable de incluirse en la denominación que pretende adoptarse la palabra ‘Banco’, contra lo dispuesto en los arts. 37, 38 y 40 de la Ley de 31 de diciembre de 1946... y 28 y 30 de la Ley de 29 de julio de 1988”. La DGRN desestimó el recurso y confirmó el criterio denegatorio del Registrador de la manera que sigue: “Si se tiene en cuenta que la legislación bancaria reserva expresamente las denominaciones ‘Banco’ o ‘banquero’ para aquellas personas o Entidades que se dedican al ejercicio de la profesión bancaria y que han obtenido la inscripción en el Registro Especial del Banco de España, ordenando la no inscripción en el Registro Mercantil de las Entidades que vulneren dicha exigencia —artículos 38 y 39 de la Ley de 31 de diciembre de 1946 y artículos 28 a 30 de la Ley 26/1988, de 29 de julio— ...sin que quepa estimar que por ello se produce una discriminación flagrante entre particulares, pues en definitiva, se trata únicamente de respetar el cometido y finalidad de la denominación social como uno de los signos distintivos más relevantes de la Entidad y que, por tanto, ha de evitar cualquier ambigüedad o confusión en torno a su verdadera naturaleza y actividad —consideración que ha sido expresamente acogida por los artículos 367, 369, 371 del nuevo Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989—”.

Con los antecedentes expuestos, insistimos: ¿De verdad se puede seguir admitiendo que la reserva legal de denominación analizada, vinculada a la obtención de la preceptiva autorización administrativa y a la inscripción en el Registro de Bancos y Banqueros, atiende a la finalidad de tutelar a las entidades de crédito y al sistema crediticio en general, pero también a los ciudadanos, expuestos a abusos por parte de personas, físicas o jurídicas, carentes de escrúpulos? Esta es la percepción del TS en el año 2000. Una visión tremendista y que denota una gran desconfianza sobre la eficacia del resto de medidas de supervisión prudencial vigentes en el sector bancario. De ahí que en la sentencia comentada el Alto Tribunal procede a una interpretación extensiva de la prohibición contenida en el art. 28.1, inciso final de la Ley 26/1988 por considerar que, en su opinión, es la más adecuada (vid. infra 2). Ante lo cual no nos resistimos a formular algunas preguntas. ¿De verdad el TS considera que el ciudadano medio podría confundir la entidad “Videobanco y Márketing, S.A.” con una entidad de crédito? ¿Gozarían de clientes intercambiables ambas entidades? ¿Hasta el punto de que aquellos ciudadanos que buscasen una entidad crediticia se encaminarían a “Videobanco y Márketing, S.A.” en atención a la sola denominación y presupuesta una conducta parasitaria en ésta? Por lo demás, no hay que olvidar que estamos ante una sociedad regularmente constituida desde la perspectiva jurídico-societaria, por lo que en el Registro Mercantil constaba su objeto social, como contenido necesario de los estatutos, accesible, pues, al público (vid. art. 12 del RRM).

Lo cierto es que en la sentencia comentada el TS no se plantea los extremos ahora expuestos. De haberlo hecho debería haber desestimado el recurso, confirmando la sentencia de instancia y además, habría debido cuestionarse sobre la justificación material de la reserva legal de denominación del art. 28.1 *in fine* de la Ley 26/1988 <sup>(44)</sup>.

## **2. Interpretación extensiva de una norma prohibitiva**

Como ya ha quedado expuesto, el conflicto en el caso que nos ocupa gira en torno a la interpretación del art. 28.1, inciso final, de la Ley 26/1988, según el cual las entidades mercantiles que no son entidades de crédito tienen prohibido “... utilizar las denominaciones genéricas propias de éstas u otras que puedan inducir a confusión con ellas”. Supone, pues, una limitación del derecho de libre elección de denominación por parte de los fundadores de una sociedad anónima, siempre, claro es, de conformidad con el art. 2.º de la LSA, desarrolla-

---

(44) Vid. nuestra postura, crítica, en “Utilización de la denominación...”, p. 932.

do en los arts. 395 a 419 del RRM, que comportan una importante matización del mencionado criterio de libertad <sup>(45)</sup>.

El inciso ahora reproducido del art. 28 de la Ley 26/1988 no resulta fácil de aplicar por que, como ha quedado dicho, su formulación es poco precisa (vid. supra 1). Se sirve de conceptos y de expresiones que requieren de una toma de postura previa. En definitiva, la aplicación del referido inciso a un caso concreto exige la interpretación del mismo a efectos de fijar el sentido y el alcance de la norma, para lo que hay que aplicar los criterios hermenéuticos establecidos al efecto en el art. 3.1 del CC <sup>(46)</sup> <sup>(47)</sup>. Y aquí es donde surgen las discrepancias.

Las instancias implicadas en el caso (Banco de España, Subsecretaría de Economía y Hacienda y los tribunales —TSJ de Madrid y TS—) se reprochan recíprocamente la incorrecta interpretación del inciso final del art. 28.1 de la

(45) Como es sabido, el vigente art. 2.º de la LSA parece reproducir, con algunas adiciones, el art. 2.º de la LSA de 1951, aunque el desarrollo reglamentario autorizado en el párrafo tercero del precepto en vigor ha supuesto una alteración considerable del régimen de la denominación social, lo que ha sido objeto de no pocas críticas (véase por todos, con referencias bibliográficas, SÁNCHEZ CALERO, F., en VV.AA. *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, dir. por Fernando Sánchez Calero, Tomo I, Artículo 2.º, pp. 55 y ss., pp. 59 y ss.). Como es sabido, atendiendo al régimen vigente y dada la función identificadora de la sociedad que desempeña la denominación social, ésta ha de revestir las características que siguen: unidad de denominación (cfr. art. 398.1 RRM), lo que no impide que una sociedad anónima tenga un nombre comercial diverso a la denominación social, lo que es posible según el art. 76 de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas; y por lo que se refiere a su composición, que la denominación “no induzca a confusión” con otras sociedades o entidades y que en la misma se indique que se trata de una sociedad anónima y en el caso de sociedades especiales —como son las sociedades anónimas bancarias— cualquier otra exigencia que resulte de la legislación que le sea aplicable (art. 403.3 RRM). Para valorar el “riesgo de confusión” referido ha de prescindirse del indicativo de la forma de la sociedad y de aquéllas otras cuya utilización venga exigida por la Ley (art. 408.3 RRM). Pero el art. 2.2 de la LSA no configura esta exigencia; únicamente prohíbe la “identidad”, no la inclusión en la denominación de expresiones que induzcan a error o confusión en el tráfico mercantil sobre la clase o naturaleza de la sociedad (cfr. art. 406 RRM) ni la semejanza con la denominación de otra sociedad (cfr. art. 408 del RRM).

(46) De conformidad con el art. 3.1 del CC: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

(47) Sobre el alcance de la interpretación normativa y en relación al art. 3.1 del CC véanse, entre otros, en general DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, 2.ª edic., vol. I/1, Madrid, 1995, pp. 97 y ss.; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X./PEDREIRA ANDRADE, A., *Introducción al Derecho y Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Madrid, 1992, pp. 248 y ss.; VV.AA., *Comentario del Código Civil*, coord. por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Tomo 1, Barcelona, 2000; y la monografía de PÉREZ ALGAR, F., *La interpretación histórica de las normas jurídicas. Análisis del Art. 3.1 del Código Civil*, Zaragoza, 1995.

Ley 26/1988. El TSJ de Madrid imputa al Banco de España una incorrecta interpretación del mismo por no seguir una interpretación lógica y teleológica. A su vez, el TS recrimina al TSJ de Madrid por no adoptar el criterio sociológico, aplicado aquí por el Alto Tribunal de forma muy discutible.

Es muy significativa la postura mantenida por el TSJ de Madrid (Sala de lo contencioso administrativo, sección novena) en sentencia de 17 de febrero de 1993, por lo acertado de sus razonamientos, ajustados a Derecho y por la solución a la que llega, que suscribimos en su integridad <sup>(48)</sup>. Así es, el Tribunal de instancia identifica el núcleo de la cuestión —esto es, un problema de interpretación normativa—, define el alcance del art. 28.1 de la Ley 26/1988 —que considera limitativo de derechos <sup>(49)</sup>— y determina los criterios hermenéuticos a seguir ante lo impreciso de la norma, cuyo carácter, antes definido, impide una expansión de su contenido por vía interpretativa.

---

(48) En el Fundamento de Derecho Segundo el TSJ de Madrid reconoce que la solución a la cuestión litigiosa "...habrá de venir necesariamente determinada por la interpretación que haya de darse al artículo 28 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito..." que se reproduce en su tenor literal. Y continúa "Como se aprecia claramente del mismo, se trata de un precepto de carácter limitativo de derechos, por lo que su interpretación habrá de llevarse a cabo de forma restrictiva excluyendo cualquier apreciación expansiva de su contenido; tomando como base el criterio expuesto y ateniéndonos a las reglas establecidas en el artículo 3.º del Código Civil, ha de concluirse a juicio de esta Sala en sentido contrario al mantenido por la Administración demandada y ello por un doble motivo: en primer lugar, porque examinando el sentido propio de las palabras el precepto prohíbe la utilización de las denominaciones genéricas propias de las entidades de crédito, pero la denominación social de la actora ha de considerarse en su conjunto a efectos de determinar si se trata de una denominación de tal clase, y así en la expresión conjunta y no aislada de los términos "Videobanco y Márketing" no cabe apreciar la concurrencia de tal circunstancia; en segundo lugar, porque el espíritu y finalidad del precepto, al que debe atenderse fundamentalmente como establece el propio artículo 3.º del Código Civil, no es otro que el de evitar la confusión con las entidades de crédito de otras no dedicadas a las actividades de éstas, y así lo refleja el propio artículo 28 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, al completar la prohibición con "otras que puedan inducir a confusión con ellas", contribuyendo con ello a la mayor claridad en el mercado y desde tal consideración debe apreciarse que en la denominación social de la actora no concurre tal riesgo de confusión al hacer referencia a fondos o depósitos de naturaleza visual relacionados con actividades de carácter comercial o publicitario ajenas por ello a las actividades propias de las citadas entidades de crédito, razonamientos que obligan a la estimación del presente recurso contencioso-administrativo".

(49) Recordemos que nuestro legislador pretendió aprovechar la Ley 26/1988 "...para regular otros aspectos importantes que guardan relación con el derecho sancionador..." (Exposición de Motivos, párrafo sexto, de la Ley 26/1988), apartado en el que incluyó la reserva de denominación aquí valorada.

Por contra, la postura del TS en la sentencia que comentamos es criticable en cuanto se separa de la sentencia de instancia e incurre en flagrantes contradicciones.

El TS, como tarea previa, identifica el espíritu y la finalidad de la norma a aplicar <sup>(50)</sup>, pero luego no es consecuente en sus razonamientos ni en el fallo <sup>(51)</sup>. Como ha quedado expuesto, según el Alto Tribunal la reserva legal de denominación tiene como objetivo preservar la distinción neta entre las entidades financieras y el resto de empresas mercantiles en interés no sólo de aquéllas sino también de los ciudadanos. Esto es, evitar la confusión con las entidades de crédito de otras no dedicadas a las actividades propias de éstas. La argumentación que sigue el TS la construye sobre unas premisas que no son ciertas o al menos, que no resisten un contraste objetivo con la realidad. Pasamos a exponerlas con una breve valoración:

La asociación e identificación que el TS pretende que se produce por los ciudadanos de aquellas empresas que incluyan en su denominación el término “banco” con las entidades que forman parte de nuestro sistema financiero y crediticio. Tal consideración no es totalmente cierta; admite matices en atención a las circunstancias que concurren. En el caso que comentamos la denominación social ciertamente incluye el término “banco”, pero no por separado sino unido a otro término genérico como es “vídeo” que lo precede y que junto a otra expresión — “... & Márketing” — componen una denominación que se corresponde con el objeto social de la entidad en cuestión, este es “agencias y consultores de publicidad”. En atención a la finalidad de la norma, procede una valoración global de todas esas circunstancias ya que inciden en el correcto cumpli-

---

(50) Según un modelo teórico, en la elaboración de un texto el espíritu y la finalidad de la norma se definen como dos fases teóricamente diferenciadas: en primer lugar, existe una captación intelectual de un cierto sector de la realidad y en segundo término se toma una decisión sobre ese sector de la realidad para configurarlo de un modo determinado. Esto es, se comprende una parte de la realidad para luego conformarla de acuerdo con unos ciertos propósitos. El espíritu de la norma se explicaría por referencia a la fase de la captación de la realidad de la que parte el texto legal y la finalidad de la norma, por contra, se explicaría por referencia a la fase de conformación de la realidad, previamente comprendida, que efectúa el texto legal. Así resulta que la norma jurídica es, ante todo, una decisión sobre una cuestión determinada (véase acerca de estos temas, y con abundante bibliografía, PÉREZ ALGAR, *La interpretación...*, pp. 117 y ss.).

(51) Acerca de la relación y la jerarquía entre los criterios interpretativos contenidos en el art. 3.1 del CC, véase PÉREZ ALGAR, *La interpretación...*, pp. 45 y ss. y 126 y ss. El espíritu y la finalidad de la norma no es un criterio interpretativo más sino que son el objeto, el resultado al que ha de llegar la interpretación. El propio texto del art. 3.1 del CC — “... atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas” — y la propia naturaleza del espíritu y la finalidad conducen a tal perspectiva. El criterio interpretativo existe por esto y para esto y valdrá más o menos en la medida mejor o peor esa tarea (PÉREZ ALGAR, *La interpretación...*, p. 129).

miento de la función identificativa de la denominación social, excluyendo el riesgo de confusión de los ciudadanos (cfr. arts. 402.2 y 406 del RRM) <sup>(52)</sup>.

El Alto Tribunal estima que los ciudadanos "...se ven compelidos a utilizar sus servicios —de las entidades de crédito— en las circunstancias actuales y a depositar en ella su confianza...". De aquí la relevancia que otorga a la reserva de denominación como instrumento legal para preservar la distinción neta entre las entidades financieras y el resto de empresas mercantiles. Este razonamiento provoca, como poco, perplejidad. No se adivina a qué se refiere el TS con el inciso aquí reproducido y con las consecuencias que siguen. Lo único cierto es que, desde el punto de vista de la protección de los intereses de los clientes de las entidades de crédito, las actuales circunstancias son comparativamente mucho mejores que hace unas décadas —en concreto los años veinte, fecha de la instauración de la reserva legal de denominación y aún en atención a las postrimerías de los años ochenta, fecha de la Ley 26/1988—. Tanto por la liberalización de los servicios que las entidades de crédito prestan (dentro de un espacio suprarregional como es la Unión Europea y con el fenómeno de la mundialización de la economía) como por la supervisión que sobre estas entidades se ejerce desde las más diversas instancias y disciplinas (tales como la defensa de la libre competencia, a nivel nacional y comunitario; la transparencia de sus cuentas, desde el Banco de España; y la tutela de los derechos reconocidos a los clientes, desde el Servicio de Reclamaciones del Banco de España y los Defensores del cliente de cada entidad, como primera instancia... —o el proyectado Servicio Arbitral de Entidades de Crédito—). Por esto no se entiende bien la aseveración del TS. Dadas las circunstancias, considero que en la actualidad la incidencia de la reserva de denominación en la consecución del objetivo definido por el Alto Tribunal es muy reducida. Por lo demás, la exigencia diferenciadora de la denominación hay que aplicarla también a las entidades de crédito que están actuando a través de Internet sirviéndose de denominaciones que pueden inducir a confusión sobre la naturaleza de las mismas (vid. supra 1).

Asimismo, el TS afirma que en la actualidad las nuevas tecnologías aplicadas a la actividad bancaria llegan a sustituir a la manera de actuar tradicional de las entidades de crédito. Hasta el punto, estima, de que el sentir popular identifica las expresiones que asocian una determinada tecnología unidas al término "banco" como propias de las entidades de crédito. La conclusión a la que llega es que hay que entender que esas expresiones —como es "videobanco"— están vedadas a las otras empresas mercantiles. Pero la premisa de la que parte el Alto Tribunal es falsa, o al menos, exagerada. Así resulta a partir de la observación de la realidad. Y es que la aplicación de las nuevas tecnologías se ha generaliza-

---

(52) Véase en tal sentido el Fundamento de Derecho segundo, párrafo tercero de la sentencia del TSJ de Madrid de 17 de febrero de 1993 que es recurrida en casación.

do a los más diversos sectores y actividades y no solo al sector crediticio donde, como ha quedado expuesto, se aprecia la coexistencia de la banca *on line* con los modos de actuar tradicionales en la banca. De momento, es constatable que es bajo el porcentaje de usuarios de los servicios de la ciberbanca que realizan operaciones bancarias, y se concentra en una franja de la población con unas características muy concretas (vid. supra 1). Este sector de la población, en general de nivel cultural medio-alto y con conocimientos razonables de las nuevas tecnologías, es el que ha de tomarse como referente <sup>(53)</sup>.

El TS entiende que la reserva legal de denominación se refiere a las “expresiones comúnmente asignadas a las entidades de crédito”, esto es, a las reconocidas por el “sentir popular”. Estimamos que no hay base legal para tal apreciación. Como hemos expuesto, entendemos que dada la naturaleza legal de la reserva que nos ocupa, el alcance de la misma ha de venir definido por la ley, en este caso hay que estar al contenido legal de la noción entidad de crédito (vid. supra 1). Así resulta del art. 1.2 de la Ley 26/1988, que remite para la delimitación del contenido de la noción de entidad de crédito al art. 1.2 del RD Leg. 1298/1986 <sup>(54)</sup>. Lo que no nos impide admitir que “banco” es la expresión que más arraigo tiene en el panorama empresarial y entre los ciudadanos, quienes la generalizan para referirla a todas las entidades que legalmente responden a la noción de entidad de crédito, esto es, con independencia del estatuto adoptado. En este sentido, la noción legal resulta más restrictiva, por ser más amplia, que la definida según la concepción popular. Pero en ningún caso puede admitirse la equiparación, ni siquiera desde el punto de vista del arraigo en el sentir popular, de términos como “banca electrónica”, “banca telefónica”, “banca por cable”,

---

<sup>(53)</sup> El riesgo de confusión ha de valorarse en atención al consumidor medio de los particulares productos o servicios. En nuestro caso, dada la especialización de los servicios —servicios bancarios— y en particular por el medio —Internet— a través del cual se suministran, hay que tomar un concepto de consumidor medio bastante elitista, un profesional y/o especializado, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. En cambio, el Abogado del Estado y nuestro TS al parecer no llevan a cabo tal discriminación en atención a la categoría de servicios contemplada y adoptan el concepto de consumidor medio distraído y superficial, con lo que el ámbito del riesgo de confusión resulta ampliado y por lo mismo, el *ius prohibendi*. Sobre estos temas en relación al Derecho de marcas, véase FERNÁNDEZ NOVOA, C., *Tratado sobre Derecho de Marcas*, Madrid, 2001, pp. 194 y ss., con referencias a la delimitación jurisprudencial del concepto de consumidor medio.

<sup>(54)</sup> Recordemos que, de conformidad con el art. 1.2 de la Ley 26/1988: “Se consideran entidades de crédito, a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, las enumeradas en el apartado segundo del artículo 1.º del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio” (la cursiva es nuestra). Y en el art. 1.2 del RD Leg. 1298/1986, redactado por el art. 5.º de la Ley 3/1994, de 14 de abril, se establece lo siguiente: “Se conceptúan entidades de crédito: a) El Instituto de Crédito Oficial. b) Los Bancos. c) Las Cajas de Ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorro. d) Las Cooperativas de Crédito”. Además, vid. supra 1.

“banca on-line”, “bancovirtual” y “videobanco”. La última expresión no puede ponerse al mismo nivel que las otras en el sentido de que “... expresan otros tantos fenómenos de actividad crediticia asociada al empleo de aquellas tecnologías...”<sup>(55)</sup>. ¿Cuál es la actividad crediticia a la que vendría asociada la expresión “videobanco”? Ninguna, al menos en tanto que denominación objetiva. En todo caso, y por lo que se verá a continuación, estimo que la extensión de la reserva de denominación, de estimarla necesaria, exigiría de la intervención del legislador<sup>(56)</sup>. No puede procederse por vía interpretativa.

A la vista de lo expuesto, resulta muy criticable la aplicación que el TS hace del criterio sociológico para determinar el alcance del art. 28.1, inciso último, de la Ley 26/1988. Prescinde del espíritu y la finalidad de esta norma, identificados por él mismo, y tampoco se ajusta a la letra de la Ley. El Alto Tribunal, desde una postura preconcebida, se tiene a su propia percepción de la realidad social que, en este caso, le permite dotar de cobertura al fallo. Es decir, el TS se conduce contrariamente a como la doctrina científica y la jurisprudencia han establecido que debe actuarse al aplicar el criterio hermenéutico que atiende a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas<sup>(57)</sup>. Impone una solución de justicia personal invocando su propia visión de la

---

(55) Podemos argumentar con base en el *Diccionario Capital de la Nueva @conomía*, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, diciembre de 2000, donde se recogen 8000 términos definidos, entre los que se encuentran “banco directo” y “banco virtual”, pero no “ciberbanco” ni menos aún, “videobanco”. Por “banco virtual” se entiende: “Entidad bancaria que sólo o primordialmente permite realizar transacciones bancarias a través de la Red”. Y por “banca electrónica”: “Conjunto de equipos informáticos necesarios para la prestación de servicios financieros en tiempo real”.

(56) Es de aceptación general que la Banca Telefónica y la Banca Electrónica demandan modificaciones importantes en el ordenamiento mercantil español de forma paralela al desarrollo incesante de las telecomunicaciones. Las lagunas y los riesgos jurídicos que encierran estas nuevas formas de operar de las empresas de todo el planeta pueden ser extremadamente graves, muy superiores a los que ofreció y ofrece la Banca Telefónica (momento de perfección del contrato, garantía de autenticidad de las partes, eficacia legal de los registros informáticos, deberes de custodia de las partes contratantes...). A todas estas, y a muchas otras preguntas que hoy distan de tener una respuesta unívoca, tendrá que responder el Derecho Mercantil del siglo XXI (véanse MATEU DE ROS, R., “La contratación bancaria telefónica”, *Contratos Bancarios*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, págs. 25 y ss.; y ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J.M.<sup>a</sup>, “La banca telefónica: nuevas formas de contratación”, *Contratos Bancarios & Parabancarios*, dir. por Nieto Carol, U., Valladolid, 1998, pp. 281 y ss.).

(57) La generalidad de la doctrina y una jurisprudencia consolidada alertan de lo peligroso que puede resultar el criterio hermenéutico perfilado en el art. 3.1 del CC, el criterio sociológico. Es muy difícil comprobar la sujeción al mismo por parte del aplicador del Derecho, lo que propicia a que se utilice como medio para encubrir soluciones de justicia personales, y es que la realidad no es valorada y apreciada por todos de la misma forma (véase GULLÓN BALLESTEROS, en *Comentario del CC*, dir. Por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Tomo 1, Barcelona, 2000, pág. 373).

realidad social, que en nuestro caso, no es una visión objetiva; esto es, es constatable incluso con métodos estadísticos, que no es valorada por todos de la misma forma <sup>(58)</sup>. Y lo más grave es que la valoración que de la realidad social hace el Alto Tribunal le sirve como cobertura para proceder a una interpretación extensiva de una norma prohibitiva, como es el art. 28.1 *in fine* de la Ley 26/1988, lo que no es de recibo <sup>(59)</sup>. El criterio sociológico no autoriza a modificar la norma en cuestión, que es lo que en definitiva hace el TS <sup>(60)</sup>. Ahí surge el

(58) Es de general aceptación entre los expertos que una de las principales cuestiones que plantea el tema de la realidad social es el de su determinación concreta y operativa. Es preciso definir algún criterio para determinar el contenido de esa realidad que permita utilizarla dentro del razonamiento jurídico, en otro caso se estaría actuando con un concepto en el cual tendría cabida aquello que el intérprete quisiera introducir en el concreto caso. De aquí la preocupación que muestra la doctrina por la determinación objetiva de la realidad social en un caso determinado. Siguiendo a DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, 1.<sup>a</sup> reimpresión de la segunda edic., Madrid, 1978, p. 208, quienes aportan un sentido a la expresión que es seguida mayoritariamente, la realidad social “está constituida por los factores políticos, sociales, económicos, culturales, estados de conciencia u opinión pública y convicciones y creencias imperantes en un momento dado en determinada sociedad”. Conscientes de la complejidad de tal concepto y de la parcialidad de cualquier intento de definición, lo que sí queda puesto de relieve es la exigencia de que se invoque con mucha prudencia el citado criterio hermenéutico. Y es que permite la actualización, la evolución del Derecho adecuándolo a unos hechos que no existían cuando se dictó la norma de que se trate. Así pues, es el jurista quien decide en nombre de la sociedad y de la norma, lo que entraña un riesgo indudable de subjetivismo. De aquí que el TS en la presente sentencia incurra en el principal motivo de crítica del criterio sociológico por parte de la doctrina, científica y jurisprudencial, y frente al cual se previene, este es: no actuar con prudencia en la aplicación de tal criterio, esto es, hay que aplicarlo sólo en el caso límite, cuando para la actualización de la norma no operen los demás criterios hermenéuticos, y no en la generalidad de los casos (PÉREZ ALGAR, op. cit., pp. 97 y ss., en p. 109).

(59) Recordemos en este sentido la reciente RDGRN de 10 de octubre de 2000 (BOE de 6 de noviembre), que ante la negativa del Registro Mercantil Central a expedir una certificación negativa de la denominación “INTERNET.COM, S.L.” invocando para ello la interpretación del art. 408.3 del RRM de conformidad con la “realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas —las normas— atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”, la DGRN rechazó la aplicación en este supuesto de tal criterio hermenéutico porque daba lugar a una interpretación extensiva de una norma prohibitiva, cual es el art. 2.2 LSA —prohibición de adoptar una denominación “idéntica” a la de otra sociedad preexistente—, de la que es desarrollo el mencionado art. 408.3 RRM (vid. RDGRN de 10 de octubre de 2000, Fundamento de Derecho 4.º, BOE de 6 de noviembre).

(60) La jurisprudencia ha sentado este criterio: la interpretación sociológica no autoriza al intérprete para modificar la norma y requiere en la utilización de los factores sociológicos mucho tino y prudencia porque envuelven grave riesgo y arbitrariedad al entregar al criterio subjetivo del juez apreciaciones tan delicadas como la conciencia moral de un pueblo (STS, Sala 2.ª, de 22 de abril de 1986). Asimismo, no ha de referirse a ideas ni tendencias que se hallen en estado de nebulosa y en todo caso, ha de procederse con mucho tino y prudencia (SSTS de 14 y 23 de febrero de 1976 y 10 de diciembre de 1984).

conflicto. Así resulta de la diversa postura adoptada ante los mismos hechos por el TSJ de Madrid y por el TS en el caso aquí comentado. El Alto Tribunal se limita a desacreditar la interpretación del art. 28.1, inciso final de la Ley 26/1988 propuesta por el TSJ de Madrid. No argumenta jurídicamente; simplemente estima que "... la sentencia de instancia no interpreta en forma adecuada el precepto legal en su primer inciso...". No toma en consideración otros extremos, presentados en la sentencia de instancia, que le conducirían, precisamente, a tener que ceñirse al espíritu y la finalidad de la norma en cuestión. Así, según la percepción del TS no es relevante para solventar el litigio la referencia que contiene el precepto mencionado a otras denominaciones "... que puedan inducir a confusión con ellas". Aquí está la finalidad de la norma. Pero el TS se queda en el primer inciso —la prohibición de "... utilizar las denominaciones genéricas propias de éstas..."— y lo interpreta según su saber y entender, esto es, sin ajustarse a la literalidad ni en atención a los criterios lógico y teleológico, sino extensivamente <sup>(61)</sup>, para lo que invoca la realidad social <sup>(62)</sup>. Con lo que contraviene el espíritu y la finalidad de la norma.

Portodo lo expuesto, consideramos que la posición más ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de instancia ya que la denominación "Video-banco & Márketing, S.A." no supone la infracción del art. 28.1, inciso final de la Ley 26/1988, interpretado literal, lógica y teleológicamente.

### III. DE NUEVO, SOBRE LA DENOMINACIÓN SOCIAL Y EL NOMBRE COMERCIAL

Terminamos con unas breves consideraciones acerca de las difíciles relaciones entre las denominaciones sociales, en concreto los nombres-firma, y los nombres comerciales, lo que trasciende al supuesto aquí considerado.

---

(61) A pesar de que no existe una determinación precisa de cuándo hay que proceder en sentido restrictivo o extensivo en la interpretación, hay máximas de experiencia, admitidas por la doctrina y por la jurisprudencia que dicen que las normas prohibitivas (S. de 9 de noviembre de 1967), y las limitativas de la capacidad de obrar y del libre ejercicio de los derechos (entre otras, SS. de 30 de abril de 1920, 20 de marzo de 1923 y 6 de mayo de 1944) no son susceptibles de interpretación extensiva (vid. DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I/1, 2.ª edic., Madrid, 1995, p. 102; y GULLÓN BALLESTEROS, A., en VV.AA., *Comentario del CC*, coord. por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Barcelona, 2000, p. 376).

(62) Una de las razones por las que se previene contra la potencial peligrosidad del criterio social es la dificultad que en numerosos casos comporta para comprobar la sujeción a él del aplicador del Derecho, prestándose a encubrir la imposición de soluciones personales (GULLÓN BALLESTEROS, en VV.AA., *Comentario del CC*, coord. por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Barcelona, 2000, p. 373).

Así es, en la sentencia que comentamos de nuevo se pone de relieve la difícil coexistencia y en su caso, también la delimitación entre la denominación social y algunas de las instituciones del sector del Derecho Mercantil tradicionalmente conocido como Propiedad Industrial, tal como es el nombre comercial.

La prohibición del art. 28.1, último inciso de la Ley 26/1988 de que se utilicen “otras —denominaciones— que puedan inducir a confusión con ellas —con las denominaciones genéricas propias de las entidades de crédito—” invoca un concepto muy fundamental en el sector de los signos distintivos, como es el riesgo de confusión, que se ha generalizado incluso normativamente, al sector de las denominaciones sociales, sin atender a la verdadera función de éstas, ni a los criterios rectores o las características de las mismas <sup>(63)</sup>. Como es sabido, la denominación social es el nombre de la persona jurídica, su función es, pues, identificadora del sujeto de derecho como centro de imputación de relaciones jurídicas desempeñadas por éste, en tanto que el nombre comercial tiene por objeto el identificar a una persona física o jurídica en el ejercicio de su actividad empresarial <sup>(64)</sup>. En relación a las denominaciones sociales no rigen los mismos principios ni son aplicables idénticas valoracio-

---

(63) Véase sintéticamente en SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios...*, pp. 61 a 66 y 69 a 72, la evolución experimentada fundamentalmente por la DGRN —con grandes contradicciones—. En concreto, la Resolución de 4 de diciembre de 1968 abrió el camino hacia la aplicación a las denominaciones sociales del criterio de la prohibición de la “semejanza”, que a la postre encuentra consagración normativa en el RRM de 1989 —art. 373 al vetar la inclusión en la denominación de “término o expresión alguno que induzca a error sobre la clase o naturaleza de la sociedad o de la entidad a que se refiera”—, lo que se mantiene con mayor precisión en el RRM de 1996 en vigor (arts. 406 y 408), cuya legitimidad se funda en el art. 2.3 de la LSA, aunque en el art. 2.2 LSA se continúa prohibiendo la identidad de denominación y no la simple semejanza. Con lo que en el ámbito de las denominaciones sociales se ha extendido el término de identidad al de semejanza, como si rigiese el principio del riesgo de confusión, que actúa como requisito negativo en el ámbito de los signos distintivos (cfr. art. 12.1 de la Ley de Marcas).

(64) Véase la delimitación funcional de la reciente RDGRN de 10 de octubre de 2000 (Fundamento de Derecho 4.º), en BOE de 6 de noviembre. Y entre la doctrina, a modo de ejemplo, véase también, con referencias bibliográficas y jurisprudenciales que ponen de relieve los conflictos y la evolución experimentada con respecto a la relación entre las denominaciones sociales y los nombres comerciales, GONDRA, J.M.<sup>a</sup>, “El nombre comercial”, *RS*, núm. 8, 1997, pp. 13 y ss.

nes normativas que para el nombre comercial <sup>(65)</sup>. El referido segundo inciso del art. 28.1 *in fine* de la Ley 26/1988 impone que se lleve a cabo una valoración más comprensiva, más globalizadora de la denominación social que es objeto de nuestra atención, de modo que se abarque en su totalidad. Esto es, con los otros términos (como son “vídeo” y “márketing”), que acompañan a la expresión “banco”, por lo demás un concepto plurívoco, genérico, y con los que se integra cumpliendo así la función pretendida. Y que también se tome en consideración el objeto social de la entidad de que se trata, ya que nos encontramos ante una denominación objetiva, es decir, que responde a la actividad desarrollada efectivamente por la entidad en cuestión (cfr. art. 402 RRM). Ya ha quedado expuesto que “Videobanco y Márketing, S.A.” tenía como objeto social registrado “Agencias y consultores de publicidad”, por lo que su denominación hace referencia a “fondos o depósitos de naturaleza visual relacionados con actividades de carácter comercial o publicitario, ajenas por tanto a las actividades propias de las entidades de crédito”, tal como argumenta la STSJ de Madrid, de 17 de febrero de 1993 (Fundamento de derecho segundo). No hay, pues, riesgo de confusión con las entidades de crédito ni tampoco sobre la actividad mercantil desarrollada por la entidad en cuestión.

Según el Abogado del Estado la entidad recurrente se servía en el tráfico de la expresión “Videobanco” con la que pretendía “... aprovecharse de una expresión que, quiérase o no, tiene en nuestra realidad social actual unas connotaciones particulares, susceptibles de llamar la atención general del público”, al cual

---

<sup>(65)</sup> Así, con respecto a las denominaciones sociales no rige el principio de especialidad (cfr. no obstante la argumentación dada por el titular del Registro Mercantil Central para desestimar el recurso frente a su negativa a expedir la certificación negativa a la denominación “INTERNET.COM, S.A.” entre los hechos que dan lugar a la RDRGN de 10 de octubre de 2000, en BOE de 6 de noviembre) ni, por tanto, puede aplicarse el concepto de riesgo de confusión desde la misma perspectiva (es básica la perspectiva del público de los consumidores interesados en adquirir los correspondientes productos o servicios, esto es, el consumidor medio) y con idéntico alcance que en el ámbito de los signos distintivos (vid., con respecto a las marcas, FERNÁNDEZ NOVOA, C., *Tratado sobre Derecho de Marcas*, Madrid, 2001, pp. 189 y ss.). Siguen produciéndose deslizamientos conceptuales entre los particulares campos de aplicación debido a la ausencia de criterios y de mecanismos aptos para evitar los conflictos entre los dos ámbitos y entre los respectivos organismos competentes —Registro Mercantil Central y Oficina Española de Patentes y Marcas— (vid. la citada RDRGN de 10 de octubre de 2000, Fundamento de Derecho 4.º).

---

puede llevarse a confusión <sup>(66)</sup>. Pero nada obsta para que “Videobanco y Már-  
keting, S.A.” se sirva como nombre comercial de una **10.25.175 (E) 12.30 110.875**

el TS al dictar el fallo dejó al margen el espíritu y la finalidad del art. 28.1, inciso final de la Ley 26/1988 y procedió a aplicar los criterios hermenéuticos del art. 3.1 del CC que más le convenían. En definitiva, con el argumento formalista unido al criterio sociológico, el TS construyó, sin demasiado esfuerzo, un fallo discutible en el fondo y en la forma.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

Con el desarrollo precedente tratamos de plasmar la impresión que nos produce la sentencia aquí comentada; esta es: el TS se quita de en medio el tema planteado sin abordarlo en profundidad. Se limita a seguir el criterio formalista ya adoptado en la sentencia de 28 de noviembre de 1989 en relación a la reserva legal de denominación a favor de las entidades de crédito. Ahora incorpora otros componentes que quieren ser innovadores, forzando la atracción al caso de uno de los temas emblemáticos en la actualidad; este es: el impacto de las nuevas tecnologías de telecomunicación, Internet en concreto, en las transacciones bancarias, como uno de los sectores más sensibles dada la inseguridad del público en general a confiar sus ahorros a empresas sin presencia real. Lo que aprovecha para construir unos argumentos censurables, que conducen a un fallo que no podemos compartir. El Alto Tribunal denota un grave desconocimiento de la realidad social española y también, lo que es más alarmante, del Derecho vigente y más en concreto, de la correcta aplicación de los criterios hermenéuticos establecidos en el art. 3.1 del CC. Lo alarmante del caso se explica si atendemos a la rapidez con la que puede difundirse la particular interpretación evolutiva del Derecho adoptada en este caso por el TS, en unos momentos en los que la inadecuación de las normas a la realidad afecta a bastantes sectores a raíz de las dificultades que surgen para que el legislador afronte la rica problemática derivada del impacto de las nuevas tecnologías en casi todos los sectores de nuestro Ordenamiento. Como mostramos en la argumentación del titular del Registro Mercantil Central en la resolución del recurso por la negativa a expedir una certificación negativa para la denominación "INTERNET.COM, S.A."; es una reproducción del argumento del TS en la sentencia que comentamos (vid. Fundamento de derecho tercero); este es: la aplicación del criterio sociológico para permitir la extensión de una norma prohibitiva a un supuesto no contemplado. La contraargumentación de la DGRN en su resolución de 10 de octubre de 2000 es coincidente con la posición adoptada por el TSJ de Madrid en la sentencia de 17 de febrero de 1993, casada por el TS en la sentencia que comentamos. Es solo una muestra de los graves efectos que pueden derivarse de la generalización de tal modo de actuar. Nuestro Ordenamiento puede requerir de una interpretación evolutiva al verse afectado por cambios sociales todavía no incorporados a la norma. En nuestro caso, el impacto de las nuevas tecnologías de la telecomunicación en la sociedad.

Mientras tanto, el intérprete debe adoptar un comportamiento prudente y ajustado a Derecho, atento al espíritu y la finalidad de la norma. En atención a los cuales, incluso, estimamos que el legislador debería recapacitar acerca de si debe mantenerse la reserva legal de denominación, en los términos previstos en el art. 28.1, inciso final de la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

## LOS FONDOS INTERNOS DE PREVISIÓN SOCIAL DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS

*[Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo  
de 31 de enero de 2001]*

*Ponente: Sr. Martín Valverde <sup>(1)</sup>*

ALBERTO JAVIER TAPIA HERMIDA

*Profesor Titular de Derecho Mercantil  
Universidad Complutense de Madrid*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—El presente recurso casación ordinaria tiene su origen en demanda de conflicto colectivo interpuesta por la Caja de Ahorros de Pensiones de Barcelona (LA CAIXA) relativa al régimen de previsión de su personal. Dicho régimen de previsión está regulado por un reglamento que ha sido aprobado por acuerdo colectivo de empresa (hechos probados cuarto y quinto, que recogen manifestaciones conformes de las partes en el acta de juicio). Lo que se solicita en la demanda de La Caixa es declaración de que en los supuestos en que la relación laboral de sus empleados se extingue por causas distintas a la jubilación, la muerte o la inva-

lidez permanente (total, absoluta o gran invalidez) del trabajador «éste no tiene ningún derecho de rescate, transferencia o movilización del fondo constituido para la cobertura de tales contingencias».

A la luz de las alegaciones de la propia demanda, la solicitud de La Caixa ha de entenderse referida a cualquier derecho del trabajador respecto del fondo constituido, sea en el momento de la terminación de la relación de trabajo por causas distintas a su paso a la condición de beneficiario del régimen de previsión, sea en el momento de acaecimiento de las contingencias protegidas. Así resulta de los hechos cuarto A) y B) del escrito de interposición, que hablan de que el régimen de previsión al que se refiere

---

(1) Publicada en La Ley de 15 de marzo de 2001, ref. 1686, pp. 6 y ss.

el conflicto no otorga «derecho alguno al trabajador respecto del fondo constituido» ni atribuye «derechos consolidados» a sus prestaciones. El mismo alcance general de lo pedido en la demanda se desprende de la doctrina judicial que en ella se cita. Y así lo ha entendido también como se verá a continuación, la sentencia de instancia.

**Segundo.**—La sentencia de instancia de la Sala de lo Social de la AN ha dado la razón a la actora después de resolver numerosas excepciones procesales planteadas por las secciones sindicales demandadas. Entiende la Sala de lo Social respecto de estas cuestiones procesales: a) que el conflicto planteado es una controversia jurídica sobre la interpretación del citado acuerdo colectivo, y no un conflicto de reglamentación o de «intereses»; b) que el procedimiento jurisdiccional elegido es el adecuado para encauzar tal controversia, puesto que ésta afecta genéricamente a todos los empleados comprendidos en el campo de aplicación del régimen de previsión del personal de La Caixa; c) que La Caixa tiene legitimación activa para plantear la demanda, al ser la promotora del régimen de previsión y la responsable de las prestaciones que éste debe abonar; d) que la relación jurídico-procesal no está aquejada de falta de litis consorcio pasivo necesario, relativo a la entidad aseguradora (Rent Caixa), encargada de garantizar el pago de las prestaciones del régimen de previsión, ya que dicha entidad aseguradora es ajena a la cuestión debatida, limitándose a cumplir las obligaciones de la póliza suscrita; e) que La Caixa tiene acción o legitimación para la controversia concreta planteada, ya que ésta responde a discrepancias actuales y no meramente hipotéticas en la aplicación del régimen de previsión; y f) que la Sala de lo Social de la AN no está obligada a plantear cuestión prejudicial para que se pronuncie el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, suspendiendo entretanto su decisión porque no es el tribunal español de última instancia que va a conocer del asunto, y además por-

que no tiene dudas razonables sobre la inaplicación en la solución adoptada de normas de Derecho Comunitario.

Encuanto al fondo del asunto, la decisión estimatoria de la demanda se fundamenta en los siguientes argumentos: 1) que el régimen de previsión de los empleados de La Caixa no tiene naturaleza de plan de pensiones sometido a la Ley 8/1987 de Planes y Fondos de Pensiones, sino que es, como ya señalara una sentencia del TS de 6 de octubre de 1995, una mejora voluntaria de Seguridad Social gestionada por un «fondo interno»; 2) que la titularidad y el patrimonio de dicho fondo interno corresponden a La Caixa; 3) que la existencia de los fondos internos para el abono de regímenes de previsión como el de La Caixa está permitida por la disposición adicional 14.<sup>a</sup> de la Ley 30/1995, de ordenación y supervisión de seguros privados; y 4) que en los fondos internos «no se contempla la posibilidad de consolidar derecho alguno antes de que se produzca cualquiera de las contingencias protegidas ni, por ende, la posibilidad de movilizar dichos derechos, que no son tales sino simple expectativa no consolidadas».

**Tercero.**—Las cinco secciones sindicales demandadas han recurrido por separado la sentencia de instancia, y casi todos los recursos incluyen varios motivos; el de la Federació D'Estalvis de Catalunya (FEC) tiene seis, el de CC.OO. tres, el de UGT diez, el del sindicato de empleados de La Caixa (SEC) uno, y el del sindicat independent de Balears (SIB) seis. Algunos de los motivos de estos recursos reproducen las excepciones procesales que se plantearon en la instancia. También encontramos en las impugnaciones de la sentencia recurrida un motivo de error en la apreciación de la prueba (el primero del recurso de CC.OO.). Pero la mayor parte de los motivos se refiere a discrepancias con el derecho aplicado. Dentro de este grupo podemos distinguir, en una escala de particularidad/generalidad, entre motivos atinentes a la regulación del régimen de previsión de La Caixa, motivos so-

bre la regulación legal de los Planes y Fondos de Pensiones, motivos basados en la norma constitucional de no discriminación, y motivos que invocan las disposiciones del Derecho Comunitario relativas a la libre circulación de personas y a igualdad de trato entre hombres y mujeres.

El método más adecuado para dar respuesta a esta considerable masa de argumentos es otorgar prioridad al motivo de revisión fáctica, tratar a continuación las cuestiones procesales planteadas, y analizar por último los motivos de revisión del derecho aplicado, yendo desde las regulaciones particulares cuya infracción se denuncia hasta, si hay ocasión, a las normas o principios generales que se dicen vulnerados.

Conviene tener en cuenta que los motivos de discrepancia con el derecho aplicado son coincidentes en muchos de los recursos, por lo que serán abordados de forma conjunta. Es necesario advertir también que las solicitudes de las entidades recurrentes piden todas ellas la desestimación de la demanda, si bien con precisiones en dos de los recursos (el de UGT y el de SEC) concernientes a la naturaleza de los derechos reclamados y al momento en que se pueden ejercitar. El «suplico» del recurso de UGT pide en primer lugar que se declare «el derecho de los empleados de La Caixa que cesen en su relación laboral a conservar la condición de beneficiarios en el régimen de previsión, y por consiguiente a causar derecho a la correspondiente prestación económica cuando se produzcan las contingencias protegidas en el mismo, conservando hasta entonces la condición de partícipe en suspenso»; en segundo lugar «complementaria o alternativa» se pide en el recurso de la UGT que «se reconozca el derecho de dichos empleados a transferir o movilizar sus derechos consolidados acreditados en la fecha de su cese (capitalización individual constituida por la entidad demandada por el régimen de previsión en la fecha de su cese)». El «suplico» del recurso del SEC pide también que los trabajadores que sean baja en la empresa

mantengan su condición de beneficiarios, y subsidiariamente, que si el cese se ha debido a despido improcedente mantengan el derecho a rescate, transferencia o movilización del fondo.

**Cuarto.**—El motivo de revisión de los hechos probados que incluye el recurso de CC.OO. incide sobre el hecho probado octavo, en el que se constata que «en diferentes juzgados de lo social se han dictado distintas sentencias tanto en procedimientos por despido, como de carácter declarativo o de condena interesando, a sus respectivos efectos igual pretensión que la que se contiene en el suplico de la demanda iniciadora del presente procedimiento». La nueva redacción del hecho probado que pretende la parte recurrente habla de «demandas presentadas por doce trabajadores que habiéndose sido despedidos de forma improcedente por la actora reclaman derechos económicos procedentes del Régimen de Previsión». Como se aprecia a simple vista, el motivo mantiene sustancialmente lo que dice la sentencia, limitándose a precisar algunos datos de la misma, como el número de procedimientos jurisdiccionales y el contenido concreto de las reclamaciones.

El cambio de redacción que la parte pretende no debe ser atendido por intrascendente, con independencia de lo que responda a la realidad. Lo que tiene importancia del hecho probado octavo para la resolución judicial que se adopta es la constatación de controversias actuales y no meramente hipotéticas sobre la cuestión del régimen de previsión de los empleados de La Caixa planteada en la demanda del conflicto colectivo. Y este dato figura en la redacción de la sentencia, sin necesidad de incorporarla redacción alternativa propuesta.

**Quinto.**—Las cuestiones procesales planteadas en los recursos de FEC (falta de litis consorciopasivo necesario y falta de acción) CC.OO. (inadecuación del procedimiento) y SIB (falta de litis consorciopasivo necesario y falta de acción) tampoco pueden

prosperar. Como dice la sentencia de instancia, RentCaixa es una entidad aseguradora de los compromisos por pensiones asumidos por La Caixa en régimen de previsión, que responde de las prestaciones en los términos consignados en la póliza de seguros; nada tiene que ver por tanto con la cuestión planteada, que no se refiere al alcance de dicha póliza de seguros, sino a la naturaleza de régimen de previsión establecido y a los efectos que la extinción o cese «anticipados» del contrato de trabajo tienen sobre la condición y los derechos económicos y de previsión social de los partícipes y beneficiarios del mismo.

La cuestión procesal de falta de acción de la empresa para la demanda de conflicto colectivo que ha interpuesto es poco consistente a la vista del desarrollo del presente procedimiento. Que hay discrepancia jurídica a propósito de si los empleados de La Caixa que dejan de pertenecer a la misma han adquirido o no derechos en su régimen de previsión es algo evidente para quien conoce el debate procesal entablado en dicha causa. El hecho probado octavo al que nos hemos referido en el fundamento anterior lo revela con claridad. Y a la misma conclusión hay que llegar a la vista del enfrentamiento de las partes sobre la cuestión de fondo. La Sala recuerda en este punto lo que ya dijo sobre idéntica cuestión en similar situación procesal en S. 3 de mayo de 1995: «la existencia de una controversia real y no meramente potencial» se puede deducir de la constatación de «una clara discrepancia en las respectivas posiciones de la empresa y los trabajadores», y también de «actuaciones» judiciales previas sobre la cuestión controvertida.

La objeción de la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo para resolver la cuestión de fondo de la demanda de La Caixa tampoco se puede estimar, por las mismas razones que se apuntan en la sentencia recurrida. La controversia planteada es una controversia, cuya solución depende de la interpretación de normas o regu-

laciones ya existentes. Se trata además, de una controversia que afecta, además de a los empleados que terminan la relación de trabajo con La Caixa, al grupo genérico de los trabajadores de La Caixa, cuyas condiciones sociales y de movilidad profesional dependen de la resolución que se adopte sobre la cuestión controvertida.

**Sexto.**—Para el conocimiento y la decisión de la cuestión de fondo, en la que hay que entrar tras la desestimación de las excepciones procesales examinadas, conviene tener presentes las disposiciones que se dicen aplicables al caso. Algunas de ellas, como las que reconocen el derecho constitucional a trato no discriminatorio (art. 14 de la Constitución) y los derechos de libre circulación de los trabajadores y de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el espacio comunitario (arts. 39 y 141 del Tratado de consolidación de la CE), son de conocimiento generalizado, por lo que no parece preciso recordar aquí su tenor literal. En cambio, otros preceptos o regulaciones que se han invocado en defensa de las posiciones encontradas de las partes sí deben ser reproducidos en esta sentencia, para comprender mejor las premisas de las que parte el silogismo judicial; nos estamos refiriendo a la disposición adicional 14.ª de la Ley 30/1995 de ordenación y supervisión de seguros privados y a determinadas reglas del régimen de previsión de los empleados de La Caixa.

La disposición adicional 14.ª de Ley 30/1995 dice así: «Régimen de los compromisos por pensiones ya asumidos. 1. Los empresarios que en el momento de entrada en vigor de la presente ley mantengan compromisos por pensiones con sus trabajadores o empleados cuya materialización no se ajuste a la disposición adicional 1.ª de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de regulación de planes y fondos de pensiones, según la redacción dada por la presente Ley, deberán proceder en un plazo no superior a tres años desde la entrada en vigor, a adaptar dicha materialización a la citada disposición adicional 2. Excepcionalmente podrán mante-

nerse los compromisos por pensiones asumidos mediante fondos internos por las entidades de crédito, las entidades aseguradoras y las sociedades y agencias de valores. Para que dichos fondos puedan servir a tal finalidad, deberán estar dotados con criterios al menos tan rigurosos como los aplicables a los asumidos mediante Planes de Pensiones y habrán de ser autorizados por el Ministerio de Economía y Hacienda, previo informe del órgano o ente al que corresponda el control de los recursos, el cual supervisará el funcionamiento de los fondos internos y podrá proponer al Ministerio de Economía y Hacienda la adopción, en su caso, de las medidas correctoras pertinentes, incluso la revocación de la autorización administrativa concedida, todo ello en los términos que reglamentariamente se establezcan». La norma reglamentaria a que alude el pasaje final de la disposición reproducida es el RD 1588/1999, de 15 de octubre.

El enunciado normativo reproducido pone de relieve con claridad el propósito del legislador de aplicar a todos los «compromisos por pensiones» de los empresarios con sus empleados la legislación de planes y fondos de pensiones, permitiendo «excepcionalmente» a determinadas entidades que mantengan los «fondos internos» ya creados, en lugar de los fondos externos de la Ley 8/1987 siempre que aquellos funcionen con las debidas garantías de solvencia. El denominador común de las entidades a las que se permite el mantenimiento de fondos internos es el desarrollo de manera directa o indirecta de actividades de intermediación financiera.

**Séptimo.**—De la extensa regulación del Reglamento del régimen de previsión del personal de Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona interesa destacar para la decisión del vaso varios pasajes: 1) el art. 1.1: «El régimen de previsión del personal de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (Plan) es de carácter privado, sistema de empleo y de prestación definida, articulándose en subplanes»; 2) el art. 1.4: «El objeto del

Plan es la generación de prestaciones económicas para los beneficiarios que el propio Plan prevé, cuando se produzcan las contingencias que en él se regulan»; 3) el art. 1.5: «El patrimonio generado por el Plan es objeto de contabilización separada dentro del balance del Promotor»; 4) el art. 2.1: «El promotor del Plan es la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona»; 5) el art. 2.2: «Los partícipes del Plan son las personas con contrato indefinido con el Promotor»; 6) el art. 2.4: «La suspensión temporal del contrato de trabajo... no altera durante el período de suspensión las obligaciones y derechos de partícipe y promotor respecto al Plan», y en cambio «el período de excedencia voluntaria distinta de la citada (“excedencia voluntaria para el cuidado de los hijos”) interrumpe las aportaciones y no computa como antigüedad»; 7) el art. 2.5: «El partícipe deja de serlo por: a) causar prestación; b) terminarse su relación laboral con el Promotor»; 8) el art. 2.6: «Los beneficiarios son las personas físicas a quienes el Plan reconoce el derecho a la percepción de prestaciones, hayan sido o no partícipes»; 9) el art. 3.1: «El Plan se instrumenta mediante sistemas financieros y actuariales de capitalización individual»; 10) el art. 4.1: «El Plan se financia con las aportaciones del Promotor, las cuales, una vez efectuadas, no podrán revocarse»; 11) el art. 4.2: «Para determinar la base de aportación de cada partícipe se estimarán las retribuciones que el mismo acredite por todos los conceptos», con excepción de determinados complementos; 12) el art. 4.4: «La aportación del promotor se calcula mediante la aplicación de un coeficiente sobre la base de aportación»; 13) los arts. 5 y 6: las prestaciones del régimen de previsión de La Caixa se calculan en casi todos los casos aplicando un coeficiente porcentual de complemento de pensión a un llamado «salario regulador», pero hay supuestos en que el régimen de previsión abonará prestaciones tanto alzado; 14) el art. 5.5: el «salario regulador» se calcula mediante «acumulación de las bases de aportación de los doce últimos meses,

efectuando una extrapolación en caso de no haberse producido aportación en alguno de ellos»; y 15) el art. 5.6: las prestaciones del Plan incorporan los «derechos que se deriven del convenio colectivo del sector» y «cualquier mejora que se pacte en un convenio colectivo del sector será asumida por el Plan».

Un rasgo común de la regulación del Reglamento del régimen de previsión del personal de La Caixa que luce en los pasajes reseñados es el empleo constante y sistemático de la terminología de la legislación de planes y fondos de pensiones. Así sucede en la caracterización general de dicho régimen («Plan» del «sistema de empleo», articulado en «subplanes» para la «generación de prestaciones económicas»), en la identificación de sus elementos subjetivos («promotor», «participes», «beneficiarios»), y en la descripción de sus principios e instrumentos financieros («sistemas financieros y actuariales de capitalización individual», «aportaciones del promotor» que «no podrán revocarse»).

La utilización de la terminología de la legislación de planes y fondos de pensiones es de apreciar también en la calificación de la modalidad del plan establecido, desde el punto de vista de las obligaciones estipuladas en el mismo, como plan de «prestación definida». La expresión «plan de prestación definida» que emplea el art. 1.1 de la regulación paccionada del régimen de provisiones la misma que encontramos en numerosos preceptos de la legislación de planes y fondos de pensiones; entre ellos, el art. 4.2.a) de la Ley 8/1987, que caracteriza los referidos planes de prestación definida como aquellos «en los que se define como objeto la cuantía de las prestaciones a percibir por los beneficiarios».

**Octavo.**—Las premisas iniciales que debamos sentar para la decisión del caso hacen referencia a dos puntos estrechamente relacionados: la naturaleza del régimen de previsión de los empleados de La Caixa, y la

fuente de regulación del mismo que hay que tener en cuenta con carácter preferente.

Como se ha encargado de señalar la sentencia de instancia, sobre el primer punto ya se ha pronunciado esta sala del TS en la Sentencia de 6 octubre de 1995. Dice esta sentencia, dictada en procedimiento de conflicto colectivo a instancia de varias representaciones sindicales, que el régimen de previsión del personal de La Caixa «se configura como una mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social en su modalidad de mejora directa de las prestaciones» y que el fondo previsto para responder del abono de las mismas no es de los regulados en la Ley 8/1987 de 8 de junio, sino un «fondo interno» de La Caixa se refleja en el art. 1.5 del reglamento de previsión, al establecer que «el patrimonio generado por el Plan es objeto de contabilización separada dentro del balance del Promotor». Tal condición de «fondo interno» no se desvirtúa por el aseguramiento de las prestaciones a cargo de la entidad aseguradora RentCaixa, que sólo significa garantía de sus responsabilidades en los términos previstos en la póliza de seguro.

Tratándose de un «fondo interno» con naturaleza de mejora voluntaria de Seguridad Social, el marco legal del «plan» de pensiones o prestaciones del personal de La Caixa está constituido, además de por normas y principios de validez general, por las disposiciones de la LSS sobre mejoras directas de las prestaciones de la acción protectora de la Seguridad Social y por la disposición adicional 14.ª de la Ley 30/1995. Esta última prevé «excepcionalmente» el mantenimiento de fondos internos de pensiones, sin precisar de manera expresa hasta dónde alcanza la excepción establecida en el mismo respecto de la legislación de planes y fondos de pensiones, sin precisar de manera expresa hasta dónde alcanza la excepción establecida en el mismo respecto de la legislación de planes y fondos de pensiones. Por su parte, el art. 192 de la LSS establece que los derechos a la percepción de

mejoras voluntarias se atribuyen «de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento», es decir, en el litigio que debe resolver esta sentencia por la regulación pactada que se conoce con el nombre de «reglamento del régimen de previsión del personal de La Caixa». En las disposiciones de dicha regulación, interpretación de los textos legales y de los documentos contractuales utilizadas conjuntamente, donde hemos de buscar la primera de las claves de la solución del caso.

**Noveno.**—Un examen detenido del «reglamento del régimen de previsión del personal de La Caixa» pone de relieve que este no contiene cláusulas que regulen explícitamente el punto que es objeto de la presente controversia. Qué sucede con los derechos acumulados del partícipe que cesa en la empresa antes de ser beneficiario (por jubilación o invalidez) o de causar beneficios a su fallecimiento (en favor de sobrevivientes) es cuestión sobre la que el auto denominado «plan» de pensiones de La Caixa nada indica de manera expresa.

Con carácter general se afirma en el articulado de dicha regulación que el que cesa en la empresa deja de ser partícipe. Siendo ello así, si se parte de la base de que las aportaciones del promotor correspondientes a cada uno de los partícipes no generan derechos económicos o derechos de previsión social sino meras expectativas, se puede llegar a la conclusión, sostenida en la sentencia de instancia de la AN, de que el cese anticipado del partícipe comporta el desvanecimiento de todas sus expectativas de adquisición de derechos en el plan de previsión.

Pero este planteamiento de la interpretación tiene inconvenientes hermenéuticos insalvables. El principal es que parte de una premisa implícita que no es compatible con varias cláusulas o disposiciones expresas del régimen de previsión de La Caixa, las cuales desempeñan además un papel fundamental en la estructuración del mismo. Tales disposiciones o cláusulas son las que es-

tablecen: 1) la caracterización del «plan» como de «previsión» y de «prestación definida»; 2) la irrevocabilidad de las aportaciones del promotor; y 3) el cálculo de éstas de acuerdo con criterios de capitalización individual. Estas tres cláusulas quedarían totalmente desvirtuadas si los compromisos de pensiones de La Caixa asumidos en su régimen de previsión desaparecieran por cese anticipado de los partícipes. Decir de un plan de pensiones que es de «prestación definida» revela la intención de aplicar sus prestaciones (aunque sean suministradas por un fondo interno); las consecuencias que comporta tal calificación en la legislación de planes y fondos de pensiones; entre ellas, en lo que concierne a la solución del presente litigio, la de atribuir al partícipe el derecho consolidado «a la reserva que le corresponde de acuerdo con el sistema actuarial utilizado» [art. 8.7.b) de la Ley 8/1987]. Por otra parte, hablar de irrevocabilidad de las aportaciones del promotor indica también el propósito de desprenderse de éstas de manera definitiva, no pareciendo lógico que el importe de las mismas, respecto de los partícipes que cesaron anticipadamente en la empresa pudiera ser compensado, en las sucesivas revisiones del plan, por las vías indirectas de la pérdida de derechos en curso de adquisición y la desaparición de compromisos de pensiones. En la misma dirección impulsa la cláusula de capitalización individual, expresión que, en el contexto de los regímenes de previsión o de seguro, apunta a la constitución y reserva de un capital para financiar las pensiones futuras de la persona en beneficio de la cual se efectúa la imposición.

Así las cosas, aun siendo interno el fondo que garantiza sus prestaciones, la pérdida de los derechos económicos o de previsión social de los trabajadores en los supuestos de cese anticipado no parece compatible con un plan o régimen de previsión como el de La Caixa. La irrevocabilidad de las aportaciones de la empresa, su cálculo y asignación en régimen de capitalización individual

y el carácter de «prestación definida» del Plan de «previsión» establecido conducen, en suma, a la consecuencia lógica de reconocer a los trabajadores que cesan anticipadamente en la empresa el derecho a la reserva constituida en su nombre y por su cuenta. Esta solución es, por cierto, la recomendada por la Comunidad Europea para «eliminar los obstáculos a la movilidad de los trabajadores por cuenta ajena» (Recomendación 92/442/CEE). Y en el mismo sentido de reconocer al trabajador derechos de previsión social «en todos los casos de compromisos por pensiones (haya o no obligación de exteriorizarlos)» se ha pronunciado también el Dictamen del Consejo de Estado sobre modificación del Reglamento de compromisos por pensiones (Recopilación de doctrinal legal/año 1999, p. 1608).

**Décimo.**—A favor de la tesis de que los trabajadores de La Caixa adquieren derechos consolidados de previsión social cuando cesan anticipadamente al servicio de la empresa deben tenerse en cuenta además otros dos argumentos. El primero de ellos se desprende de la disposición adicional 14.<sup>a</sup> de la Ley 30/1995. La finalidad expresa de dicha disposición es adoptar la legislación de planes y fondos de pensiones como cauce y modelo normativo al que se han de ajustar todos los «compromisos por pensiones» de los empresarios con sus empleados. En este contexto los «fondos internos» ya existentes se permiten, con un campo de aplicación personal limitado, a título de excepción, y como tal excepción debe ser interpretada restrictivamente en cuanto al alcance o extensión de la normativa exceptuada.

De acuerdo con esta pauta interpretativa, el alcance de la excepción de los fondos internos prevista en la disposición adicional 14.<sup>a</sup> de la Ley 30/1995 se limita en principio a la parte de la legislación de los planes y de los fondos de pensiones que se refiere a estos últimos (los fondos) y no a los primeros (los planes). Partiendo de esta premisa, la excepción de los «fondos internos» supone sólo la aplicación de la normativa estable-

cida para los fondos externos en la Ley 8/1987 y disposiciones complementarias, pero no implican necesariamente la exclusión de los preceptos sobre planes de pensiones; máxime en supuesto, como el de la presente causa, en que el régimen de previsión social establecido ha adoptado de manera deliberada y sistemática una terminología que sólo es comprensible en el contexto y con la ayuda de los conceptos acuñados en la referida normativa de planes de pensiones.

Al argumento anterior debe añadirse una razón de equidad. La solución de reconocer derechos de previsión social derivados de la actualización de las contingencias protegidas a los trabajadores que cesan anticipadamente en la prestación de servicios a La Caixa resulta ser la más equitativa en un régimen de indemnización tasada de despido, como el español, que atiende en el cálculo de la misma a la pérdida del puesto de trabajo y no a la eventual privación de derechos sociales como los cuestionados en este proceso.

**Undécimo.**—El paso final en la solución del presente litigio obliga a hacer referencia a los «derechos económicos» derivados del plan de pensiones que se atribuyen a los empleados que cesan anticipadamente en su relación de trabajo con La Caixa. Se trata de determinar en concreto si los mismos tienen derecho al rescate o a la movilización en el momento del cese de las reservas o aportaciones acumuladas en su nombre.

El acuerdo colectivo que ha aprobado el reglamento del régimen de previsión del personal de La Caixa no dice nada sobre el particular. Pero, siguiendo la pauta (apuntada por la propia terminología del citado reglamento) de colmar las lagunas de este régimen de previsión mediante la aplicación analógica de la legislación común sobre planes de pensiones, se llega a la conclusión de que los partícipes que cesan anticipadamente al servicio de la entidad pueden rescatar o movilizar sus derechos consolidados en los supuestos y condiciones previstos en dicha legislación sobre planes de pensiones.

**Duodécimo.**—En conclusión, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, debe desestimarse la demanda de La Caixa en la que pedía se declare que «en los supuestos de extinción de la relación laboral entre la Entidad demandante y los partícipes del Régimen de Previsión de Personal por causa distinta de la jubilación, muerte o gran invalidez) del trabajador, éste no tiene ningún derecho de rescate, transferencia o movilización del fondo constituido para la cobertura de tales contingencias».

FALLAMOS

Estimamos los recursos de casación interpuestos por La Federació D'Estalvis de Catalunya, La Sección Sindical de CC.OO. de la Caja de Ahorros de Barcelona (La Caixa), la Sección Sindical de Sindicato de Empleados de La Caixa, La Sección Sindical del Sindicat Independent de Balears en la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona «La Caixa», contra la sentencia dictada por la AN de fecha 22 de junio de 1999, en actuaciones seguidas por Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, contra dichos recurrentes, sobre Conflicto Colectivo. Casamos y anulamos la sentencia de instancia. Desestimamos la demanda de La Caixa en la que se pedía se declare que «en los supuestos de extinción de la relación laboral entre la Entidad demandante y los partícipes del Régimen de Previsión de Personal por causa distinta de la jubilación, muerte, o invalidez permanente (total, absoluta o gran invalidez) del trabajador, éste no tiene ningún derecho de rescate, transferencia o movilización del fondo constituido para la cobertura de tales contingencias».

*Voto particular que formulan los Sres. Gil Suárez, Iglesias Cabero y Sampetro Corral, presidente y magistrados de la Sala de lo Social del TS, en relación con la Sentencia dictada por esta Sala en el recurso de casación núm. 3939/1999 de fecha 31 de enero de 2001; al que se ad-*

*hieren los magistrados Sres. Martínez Garrido, Botana López, Samper Juan y González Peña.*

**Primero.**—Mediante el presente voto particular expresamos, con todo respeto, nuestro desacuerdo con los criterios que mantiene la precedente sentencia dictada conforme al parecer mayoritario de la Sala. Las razones en que se apoya nuestra discrepancia se recogen en los fundamentos de Derecho que seguidamente se exponen.

**Segundo.**—El presente proceso versa sobre el Plan o Régimen de Previsión del Personal de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, siendo necesario dejar claro, como punto inicial y fundamental de partida en el análisis de toda la problemática que en esta litis se plantea, que este Régimen de Previsión se configura y estructura como un fondo interno al que no es de aplicación la Ley 8/1987, de 8 de junio, sobre Planes y Fondos de pensiones, ni el Reglamento de éstos aprobado por el RD 1307/1988, de 30 de septiembre. Precisamente, sobre la naturaleza jurídica del referido Régimen de Previsión del Personal de la Caja de Ahorros demandante, ya se ha pronunciado la Sala en su Sentencia de 6 de octubre de 1995, en la que, con respecto al mismo, se afirma: «No es un Plan de Pensiones de los regulados en la Ley 8/1987 de 8 de junio, sino un fondo interno cuya titularidad y patrimonio corresponde a la “La Caixa”, que sirve para garantizar el pago de las prestaciones complementarias establecidas en el Reglamento de 1989 (artículo 1.4). Y por su carácter de Fondo interno la dirección y gestión técnico-administrativa corresponde a su titular, que es “La Caixa”.»

La decisión adoptada por esta sentencia de la Sala que se acaba de mencionar, es totalmente acertada; es obvio que no todo plan o régimen de previsión que pueda instaurar una empresa o entidad y que se rija por el sistema de capitalización, tiene que ser calificado como Plan de pensiones de los regulados en la Ley y Reglamentos mencio-

nados. Para que dichos regímenes o sistemas de previsión estén comprendidos en el ámbito aplicativo de estas normas, es absolutamente necesario que los mismos cumplan los numerosos y rigurosos requisitos que éstas imponen. Si el sistema de que se trate no cumple estos requisitos, queda claramente fuera del área propia de esa normativa, no existiendo base alguna para aplicarle sus mandatos.

Como decimos, los requisitos que se requieren para que un sistema de previsión pueda ser calificado como Plan de pensiones de la Ley 8/1987 son extensos y rígidos. De ellos cabe destacar, como mero ejemplo, los que siguen.

a) El plan ha de estar ineludiblemente adscrito a un fondo de pensiones constituido «según lo regulado en esta norma» (art. 6.1 de la Ley 8/1987).

b) El régimen financiero del Plan tiene que estar sometido a las severas exigencias que esta normativa prescribe (art. 8 de la Ley).

c) La titularidad de los recursos patrimoniales del Plan corresponde a los participantes y beneficiarios (art. 8.4 de la Ley).

d) Como trámite previo a la aprobación de un Plan de Pensiones, el proyecto del mismo tiene que ser admitido por el Fondo de Pensiones, «en que pretendá integrarse», siendo de destacar que, para que se haga efectiva esta decisión de admisión por el Fondo, es necesario cumplir, a su vez, distintos trámites previos (núms. 2 y 3 del art. 9 de la Ley).

e) El Fondo de pensiones tiene que constituirse mediante el otorgamiento de escritura pública, previa autorización del Ministerio de Hacienda; además se ha de inscribir en el Registro Mercantil y en el específico Registro administrativo de Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía y Hacienda (art. 11 de la Ley).

f) El régimen financiero del Fondo de Pensiones (se advierte que una cosa es este régimen financiero del Fondo y otra distinta

el régimen financiero del Plan a que antes se aludió) se ha de sujetar a los estrictos y exigentes mandatos que imponen los arts. 16 a 19 de la Ley, entre los que destaca el que la inversión del activo del Fondo se ha de efectuar en la forma y con las condiciones específicas y rigurosas que estos preceptos establecen.

Basta, por consiguiente, que el Plan o sistema de que se trate, no cumpla alguno o algunos de los requisitos esenciales que se acaban de relacionar, o cualesquiera otros, también de carácter básico, de los numerosos que se establecen en los preceptos de la Ley y el Reglamento, para que dicho Plan no pueda ostentar la denominación de Plan de Pensiones (véase el art. 1.2 de la Ley) y quede fuera del ámbito regulador de estas normas, no existiendo razón alguna para que se le apliquen las prescripciones contenidas en ellas.

Pues bien, el Plan o Régimen de Previsión del Personal de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, de que se trata en esta litis, no cumple gran parte de las exigencias o presupuestos básicos recogidos en la relación precedente. Esto es incuestionable toda vez que no existe realmente aquí ningún Fondo de Pensiones, de los que regula y prevé la Ley referida, y menos un Fondo de tal clase constituido mediante escritura pública e inscrito en el Registro Mercantil y en el especial Registro administrativo antes mencionado; el Régimen de Previsión de autos no cumple, por ende, el elemental imperativo del art. 6.1 de la Ley de que el Plan esté adscrito a un Fondo de Pensiones constituido «según lo regulado en esta norma», ni como paso previo a la constitución de aquél se llevó a cabo ningún tipo de admisión del mismo por ningún Fondo de Pensiones; el sistema financiero de este Régimen de Previsión no se ajusta con la exactitud debida a lo que la Ley y el Reglamento comentados precisan, tanto en lo que atañe al sistema financiero de los Planes de pensiones como al de los Fondos de Pensiones; nada consta en el Reglamento del cita-

do Régimen de Previsión que permita sostener que el patrimonio o «recursos patrimoniales» del mismo pertenecen a los partícipes y beneficiarios.

La consecuencia que se deriva, con plena evidencia, de todo cuanto se ha venido exponiendo, es clara, concluyente y terminante: el Plan o sistema de previsión sobre el que se debate en este juicio, no se rige por los preceptos de la Ley 8/1987 ni del RD 1307/1988, y, por ende, ninguno de tales preceptos, en principio, le es aplicable.

**Tercero.**—Es cierto que la sentencia mayoritaria de la Sala, en su fundamento de Derecho octavo, se refiere a la Sentencia de 6 de octubre de 1995 y asume la conclusión que en ésta establece, de que el régimen de previsión de autos «no es de los regulados en la Ley 8/1987, de 8 de junio, sino un fondo interno». Pero, a pesar de ello, en el siguiente fundamento de Derecho, el noveno, basándose en la construcción argumental que en él se explica, se llega a la conclusión de que en el Plan de autos se tiene que aplicar el art. 8.7.b) de la Ley 8/1987.

En nuestra opinión, dicho sea con todos los respetos para la sentencia mayoritaria, tal modo de proceder supone incurrir en contradicción, puesto que los preceptos de la Ley 8/1987 únicamente son aplicables a los Planes y Fondos comprendidos dentro de su ámbito, y por ello, si se concluye que un determinado sistema está fuera de ese ámbito, no puede luego serle aplicado un precepto propio del mismo. Entendemos, además, que por la misma razón que se acaba de expresar, esta aplicación se contrapone a la doctrina de la aludida sentencia de la Sala de 6 de octubre de 1995.

Es verdad que dicho fundamento de Derecho noveno expone una serie de argumentos para justificar la aplicación al sistema de previsión de La Caixa el art. 8.7.b) de la Ley 8/1987, pero, en nuestra opinión, tales argumentos carecen de virtualidad a tal fin, como ponendemanifiestolas consideraciones que siguen.

1) Ante todo se ha de tener en cuenta, como base fundamental de análisis, la conclusión expuesta en el razonamiento jurídico precedente: los preceptos de la Ley 8/1987 y del Reglamento 1307/1988 sólo son aplicables de forma imperativa a los Planes y Fondos que, como se ha dicho, cumplan con exactitud los estrictos requisitos que estas normas prescriben, no siendo posible su aplicación a otros distintos regímenes o sistemas. Y menos aún cabe tal aplicación cuando se trata de mejoras voluntarias de la Seguridad Social, que se rigen por su propio título constitutivo, ajeno y distinto de la normativa legal antedicha.

Por otro lado, es obligado tener presente que los «derechos consolidados» de los partícipes, que dan lugar a las prescripciones de los núms. 7 y 8 del art. 8.º de la Ley, y que constituyen la base en que se asienta la decisión adoptada por la sentencia mayoritaria, encuentran su fundamento o razón de ser en el hecho de que la titularidad del patrimonio afecto al Plan corresponde a los partícipes o beneficiarios (como impone el art. 8 de la Ley); no siendo posible la existencia de esos derechos consolidados, si dichos partícipes o beneficiarios (como impone el art. 8.4 de la Ley); no siendo posible la existencia de esos derechos consolidados, si dichos partícipes no ostentan tal titularidad. Por ende, la consecuencia que de ello se deriva es que en el caso de que aquí se trata no es posible aplicar, los núms. 7 y 8 del art. 8 de la Ley 8/1987.

2) El punto de partida de la argumentación expuesta en el fundamento de Derecho noveno, es la afirmación, que en él se hace, de que el «reglamento del régimen de previsión del personal de La Caixa pone de relieve que éste no contiene cláusulas que regulen explícitamente el punto que es objeto de la presente controversia», es decir, cláusulas que expliquen «qué sucede con los derechos acumulados del partícipe que cesa en la empresa antes de ser beneficiario (por jubilación o invalidez) o de causar beneficios a su fallecimiento (en favor de sobrevivientes)».

Pero aunque es verdad que este punto concreto no está mencionado de forma expresa en el antedicho reglamento, no es menos cierto que el conjunto de disposiciones contenidas en el texto del mismo ponen en evidencia con toda nitidez que en él los partícipes, que pierden tal condición antes de que se genere el derecho al percibo de alguna prestación, no tienen derecho consolidado de ninguna clase. Como se acaba de decir, los partícipes no tienen titularidad sobre los recursos patrimoniales del Plan de autos, y sin esa titularidad no existe ningún derecho consolidado. Sobre este extremo se volverá algo más adelante.

Quiebra, por tanto, la base de partida del fundamento de Derecho noveno de la sentencia de la que disintimos.

3) Tampoco es aceptable la tesis de tal sentencia, según la que «no es compatible con varias cláusulas o disposiciones expresas del régimen de previsión de La Caixa» la postura que niega la existencia de derechos consolidados de los partícipes en los casos en que éstos pierden tal condición por concluir la relación laboral que les unía al promotor, con base en el punto 2.5.b) del reglamento interno. No es correcta dicha tesis. El hecho de que el sistema de previsión examinado sea un plan de «prestación definida» y de capitalización individual, en el que las aportaciones del promotor no pueden revocarse, no supone que necesariamente los partícipes hayan adquirido los «derechos consolidados» sobre los que se centra el debate; un sistema que responda a los caracteres que se acaban de indicar, es perfectamente compatible con la inexistencia de esos derechos consolidados, por darse únicamente en tal situación meras expectativas. No existe, en absoluto, una correlación obligada entre esos caracteres y estos derechos consolidados.

En los apartados que siguen se tratarán con algo más de detenimiento los tres puntos concretos de esta argumentación de la sentencia mayoritaria, pero antes de ello se estima conveniente dejar claro que el hecho

de que en el Reglamento del Plan de La Caixa se utilicen expresiones o términos que se emplean también en la Ley 8/1987 y en el RD 1307/1988, no significa, en forma alguna, que las normas de éstos tengan que ser necesariamente aplicables a las figuras y materias que aquel Reglamento acoge. Se ha de tener presente que las instituciones y supuestos de que tratan una y otras disposiciones son muy similares, pues todas ellas se encuentran en el área de la previsión social, de ahí que no sea extraño que utilicen un léxico coincidente. La Ley citada (y en consecuencia también el Decreto) aplica determinadas denominaciones a ciertas figuras y situaciones; pero estas figuras y situaciones no son exclusivas, en absoluto, de esas normas legales, pues también se dan fuera del ámbito de las mismas. De ahí que, la mera coincidencia de términos y expresiones no es razón que justifique ni respalde la aplicación de los preceptos de la Ley 8/1987 al régimen de previsión de La Caixa.

4) La sentencia mayoritaria utiliza el argumento de que «decir de un plan de pensiones que es de “prestación definida” revela la intención de aplicara sus prestaciones las consecuencias que comporta tal calificación en la legislación de planes y fondos de pensiones (sean estos últimos externos o internos)». No compartimos, en forma alguna, tal argumentación, que entendemos equivocada. Cualquier plan o sistema de previsión social, que se funde en aportaciones realizadas con el fin de reconocer en su día el derecho a unas prestaciones, normalmente revisite una de las tres modalidades siguientes: plan de prestación definida, cuando se fijao define la cuantía de las prestaciones a percibir en su día, y las aportaciones se estructuran en función de esas prestaciones; plan de aportación definida, cuando lo que se define y concreta es el importe de las aportaciones que se vayan realizando, viniendo luego a determinar el montante de las prestaciones en función de las aportaciones efectuadas; y plan mixto, que es aquél que tiene en cuenta conjuntamente la cuantía de las aportaciones y

la cuantía de las prestaciones. No se trata, en absoluto, de unos conceptos que se den exclusivamente en el ámbito de la Ley 8/1987 y del Decreto 1307/1998, puesto que operan en todos los regímenes de previsión social de las características que se acaban de indicar. Por eso, no puede admitirse que el hecho de que el Reglamento de La Caixa diga que el sistema que en él se previene sea «de prestación definida», revele «la intención de aplicar a sus prestaciones las consecuencias que comporta tal calificación en la legislación de planes y pensiones». Nada más lejos de la realidad; la calificación del plan referido como «de prestación definida» no revela ninguna intención de aplicar al mismo la Ley y el Decreto reguladores de los Planes y Fondos de Pensiones. Este particular argumento de la sentencia mayoritaria supone entender sometidos a esta Ley y Decreto a todos los sistemas de previsión social, que se funden en alguno de los mencionados supuestos de conexión o interrelación entre aportaciones y prestaciones (que son la gran mayoría de tales sistemas), y ello a pesar de que estos regímenes puedan no cumplir, ni por lo más remoto, las exigencias que esta Ley y Decreto imponen para su aplicación. Tal conclusión es claramente contraria a las propias disposiciones de estas normas. Se advierte, además, que este argumento, que emplea la sentencia a la que se refiere este voto particular, en relación con los planes «de prestación definida», es perfectamente trasladable a los planes de «aportación definida» y también a los mixtos, pues todos ellos se encuentran previstos en la Ley 8/1987 y en el Real Decreto 1307/1988. Por ello, la postura que mantiene esa sentencia conduce a la conclusión de aplicar estas normas legales a la gran mayoría de planes de previsión social, aunque esos planes no respeten ninguna de las exigencias que tales normas imponen.

5) No existe razón alguna para deducir la existencia de los derechos consolidados del art. 8.7 de la Ley, de la irrevocabilidad de las aportaciones del plan de que se trate.

Esta irrevocabilidad no es otra cosa que una medida de defensa de la integridad del patrimonio del plan, que garantiza que, una vez realizada la aportación, queda unida a él sin que el promotor pueda detraerla ni recuperarla en ningún caso. Como se desprende de su propio concepto, no hay base alguna para poner en conexión la irrevocabilidad con la existencia de los derechos consolidados del partícipe. Estos derechos son independientes y ajenos a aquélla; puede establecerse su existencia aun cuando las aportaciones sean revocables, y, al contrario, pueden ser negados en los casos de irrevocabilidad de las aportaciones.

6) Por último, tampoco es razón que justifique la existencia de esos derechos consolidados, el que el plan de previsión de autos se acoja al sistema de capitalización individual. Este sistema no es otra cosa que uno de los modos o formas en que se lleva a cabo la estructuración económica y financiera de los planes o regímenes de previsión social; siendo también tal sistema claramente ajeno e independiente de la cuestión relativa a los tan repetidos derechos consolidados de los partícipes.

No puede aceptarse, por consecuencia, la argumentación que la sentencia mayoritaria expresa en su fundamento de Derecho noveno; por lo que se mantiene con toda vitalidad y vigor la conclusión a que se llegó en el razonamiento jurídico inmediato anterior.

**Cuarto.**— La sentencia de la que disiente este voto particular apoya también su decisión en la disposición adicional 14.<sup>a</sup> de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Tampoco estimamos acertado este razonamiento de dicha sentencia, pues tal disposición adicional 14.<sup>a</sup> no puede servir de fundamento al pronunciamiento que en ella se efectúa, como ponen en evidencia las siguientes consideraciones:

1) Nada existe en el núm. 2 de esa disposición adicional 14.<sup>a</sup> (que es el número aplicable a los «fondos internos», que es el

de autos) que permita aplicar los preceptos de la Ley 8/1987 y del RD 1307/1988 a esos fondos internos. Totalmente al contrario, en donde se establece la aplicación de esta normativa, como una de las posibles medidas a adoptar, es en el núm. 1 de esa disposición adicional 14.<sup>a</sup> pero ese núm. 1 no es aplicable, con toda evidencia, a los fondos internos.

2) Es más, el núm. 2 excluye expresamente y nítidamente a los fondos internos de las obligaciones estatuidas en el núm. 1, de las que una de ellas consiste, precisamente, en la formalización de un Plan de pensiones. La razón esencial de ser de ese núm. 2 es establecer una excepción a la regla general del núm. 1, excepción que exime a los fondos internos del cumplimiento de las obligaciones estatuidas por este núm. 1.

Pero resulta altamente sorprendente que se utilice dicho núm. 2 a fin de justificar la aplicación a un fondo interno de la normativa de la Ley 8/1987, que constituye precisamente la materia excluida de tal aplicación en virtud de la excepción que ese núm. 2 impone. No alcanzamos a comprender cómo se puede sostener la aplicación de la regla a supuestos claramente comprendidos en la excepción legal a esa regla.

3) Debe tenerse en cuenta además que la Ley 30/1995 no es una ley que tenga por objeto fundamental la regulación de los planes y fondos de pensiones, sino que versa sobre la «ordenación y supervisión de los seguros privados». Se trata, por tanto, de una ley de naturaleza esencialmente mercantil con aspectos administrativos relativos al control y supervisión de las entidades aseguradoras por la Administración, pero que no se refiere, sino muy tangencialmente, a cuestiones propias de Seguridad Social complementaria. Los únicos preceptos de la misma que tratan de estas materias son algunas de su disposición adicional 14 y entre ellas la 14.<sup>a</sup> comentada. Pero, como explica el epígrafe VII de la Exposición de Motivos de esta Ley 30/1995, el fin básico y fundamental del mandato contenido en esa dispo-

sición adicional 14.<sup>a</sup> no es otro que el de proteger al trabajador, comprendido en el ámbito de un determinado compromiso por pensiones, «frente a posibles insolvencias del empresario», efectuando así la adaptación a nuestro Derecho interno del art. 8.º de la Directiva 80/987/CEE.

Porello, es obligado interpretar el núm. 2 de esa disposición adicional 14.<sup>a</sup>, en el sentido que se deriva de la finalidad esencial que el mismo pretende conseguir, es decir, como una medida de protección de los trabajadores tendente a cubrir los casos de insolvencia de los empresarios; siendo inadmisibles, por ser contrario al texto, fines y significado de este precepto, sostener que el mismo ha de ser tenido en cuenta en relación con otra clase de derechos y obligaciones ajenos a esa protección de la insolvencia. De ahí que la frase «criterios, al menos, tan rigurosos como los aplicables a los asumidos mediante planes de pensiones», que refleja el núm. 2 de la disposición adicional 14.<sup>a</sup>, sólo puede ser interpretada en relación con esa protección de la insolvencia. Sostener que este núm. 2 tiene un alcance más amplio, que incluye a derechos *inter partes* de los titulares de los compromisos por pensiones que sean ajenos a ese estricto ámbito de protección, no sólo se opone a la dicción literal del mismo, sino también se aparta de su finalidad esencial, y además convierte en inútil la excepción que este precepto establece, en relación con la regla general del núm. 1, dado que si dicho núm. 2 obliga a reconocer a los trabajadores los derechos establecidos en la Ley 8/1987, al menos buena parte de los mismos, no era necesaria la excepción que él establece, bastaba con aplicar el núm. 1.

4) Pero es que además resulta que el criterio interpretativo de la sentencia mayoritaria, en relación con el núm. 2 de la tan repetida disposición adicional 14.<sup>a</sup>, no sólo vacía de contenido a la excepción que en ese número se establece, sino que la hace más gravosa; como ponen en evidencia las consideraciones que a continuación se exponen:

a) La obligación que el núm. 1 de la disposición adicional 14.<sup>a</sup> impone a las empresas, no consiste, única y exclusivamente, en la aplicación a sus compromisos por pensiones de la Ley 8/1987 y su normas reglamentarias. La obligación que este núm. 1 establece consiste en adaptar esos compromisos por pensiones «a la disposición adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley 8/1987, de 8 de junio». Y es claro que esta disposición adicional 1.<sup>a</sup> (redactada precisamente por la propia Ley 30/1995, en su disposición adicional 11.<sup>a</sup>) admite varias posibilidades para su instrumentación por el empresario de los compromisos por pensiones que asuma, pues tal instrumentación la puede efectuar bien «mediante contratos de seguro», bien «a través de la formalización de un Plan de Pensiones», bien utilizando ambas vías.

Con ello resulta que, mientras en los supuestos de la regla general el empresario puede optar entre varios sistemas, en cambio en la excepción, según la interpretación de la sentencia mayoritaria, se aplican siempre las normas de la Ley 8/1987 (al menos las que regulan los derechos consolidados de los partícipes), siéndole negada la posibilidad de optar que rige la regla general.

b) Esmás, según se declara en el hecho probado sexto, la Caja de Ahorros demandante y recurrida suscribió una póliza de seguros con una compañía aseguradora, en relación con el abono de las prestaciones incluidas en su Régimen de Previsión Social. Esto no significa que esta entidad de ahorro ya ha cumplido, en forma adecuada, los mandatos de la disposición adicional 1.<sup>a</sup> núm. 1 de la disposición adicional 14.<sup>a</sup>; por lo que carece de sentido y de base aplicar además a su fondo interno, determinados preceptos de la Ley 8/1987, no previstos en absoluto en la regulación de tal fondo interno; carencia de sentido que resulta más acusada, si cabe, cuando se trata de un supuesto incardinado en la excepción del núm. 2 de esta última Disposición adicional, que es lo que aquí acontece. Constituye una verdadera paradoja, que no se acomoda a criterios de razón, el hecho de que en un fondo inter-

no que está comprendido en la excepción de ese núm. 2, y que por ello el legislador excluye y exime del cumplimiento de las obligaciones del núm. 1, a pesar de haberse cumplido correctamente esas obligaciones, se le imponga también y como aditamento el gravamen de la aplicación de normas de la Ley 8/1987; con lo que su situación resulta marcadamente más onerosa que las de aquéllos que se comprenden en la regla general, de la que se le pretendía eximir.

c) Asimismo, no puede olvidarse que las empresas que actualmente mantienen compromisos por pensiones con sus trabajadores, todavía no están obligadas a cumplir los mandatos del núm. 1 de la disposición adicional 14.<sup>a</sup> de la Ley 30/1995, habida cuenta que aun cuando en un primer momento se fijó un «plazo no superior a tres años» desde su entrada en vigor, a fin de exigir tal cumplimiento, ese plazo ha sido prorrogado en varias ocasiones; la última prórroga al mismo ha sido establecida por la disposición adicional 25.<sup>a</sup> de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que extiende tal prórroga hasta el 16 de noviembre de 2002.

Por consiguiente, la postura de la sentencia mayoritaria de imponer hoy en día sin más, lo que según su interpretación establece el núm. 2 de la tan repetida disposición adicional 14.<sup>a</sup> de la Ley 30/1995, sin supeditarla aplicación de este imperativo a ningún plazo, supone hacer de peor condición a las empresas a que ese núm. 2 se refiere, que a las comprendidas en el núm. 1; a pesar de que estas últimas son las que tienen que cumplir las obligaciones propias de la regla general que este núm. 1 impone, y las primeras están eximidas de cumplir tales obligaciones, por estar incardinadas en la excepción del núm. 2.

Un tratamiento racional y equitativo de estas especiales situaciones (partiendo de la tesis que sostiene la sentencia de la que discrepamos, que entiende que el tan citado núm. 2 impone a las entidades comprendidas en él a aplicar los preceptos de la Ley

8/1987, cuando menos algunos de carácter básico) obligaría a que se hubiese aplicado también en relación con ese número el plazo de inexigibilidad que urge en cuanto al núm. 1, del que aquí es excepción. Elementales criterios de justicia y equidad, y en cualquier caso de analogía, obligarían a efectuar esa aplicación extensiva del plazo. Y la consecuencia indiscutible que de ello se deriva, sería la inexigibilidad actual de la aplicación de la Ley 8/1987 a las empresas a que se refiere el núm. 2 de la disposición adicional 14.ª, lo cual determina claramente la quiebra de la postura que sostiene la sentencia mayoritaria.

**Quinto.**—Los razonamientos expuestos hasta ahora ponen en evidencia que no cabe aplicar al Plan o Régimen de Previsión del Personal de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona el art. 8.º de la Ley 8/1987, ni ningún otro de esta Ley. La regulación de este Plan o sistema de previsión se estructura de modo que se consigna en los fundamentos de Derecho que a continuación se exponen.

**Sexto.**—1. La naturaleza jurídica del Régimen de previsión de la entidad demandada como ya afirmó la sentencia de esta Sala, de 6 de octubre de 1995 (rec. núm. 3705/1994) —recaída en asunto en el que incidía el mismo Reglamento que regula la mejora de los empleados de La Caixa— «según se desprende de los textos citados por el recurrente, se configura como una mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social en su modalidad de mejora directa de las prestaciones conforme a los arts. 181 y ss. de la Ley General de Seguridad Social de 1994». Admitida esta naturaleza jurídica del Régimen de previsión, la propia sentencia (fundamento de Derecho séptimo, párrafo segundo) ya, desde un punto de vista negativo, añade, que tal Régimen «no es un Plan de Previsiones de los regulados en la Ley 8/1987 de 8 de junio, sino un Fondo interno cuya titularidad y patrimonio corresponde a La Caixa, que sirve

para garantizar el pago de las prestaciones establecidas en el Reglamento de 1989 (art. 1.4)» y que excede de la Comisión de Control del Fondo «transformar el Régimen de Previsión Reglamentario instaurado, estableciendo un Fondo externo bajo la forma de Fondo de Pensiones sujeto a la Ley 8/1987».

2. Este carácter de mejora del Reglamento de previsión litigioso se reafirma en la propia sentencia mayoritaria, de la que, respetuosamente, disintimos. Como ha establecido reiterada jurisprudencia las mejoras voluntarias se rigen fundamentalmente por los pactos, convenios o reglas que las hayan constituido (STS 20 de marzo de 1997) y no cabe extender sobre ellas todas las disposiciones reguladoras de las prestaciones propias e imperativas de la Seguridad Social o aquéllas que forman parte de otros Planes o Fondos de distinta naturaleza. Son pues, estas disposiciones o acuerdos que han implantado las mejoras voluntarias (STS 17 de marzo de 1997) las que han de tenerse en cuenta para determinar los derechos que se atribuyen a los beneficiarios mejorados, de modo que la entidad gravada con la mejora no debe responder más que de las prestaciones a cuyo pago, unilateralmente o por cualquier modalidad de pacto, se ha comprometido. Tratar de aplicar a las mejoras voluntarias, con un criterio integrador, mandatos propios de otras normativas específicas de la seguridad pública o provenientes de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 8 de noviembre 1995, o de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones supone desnaturalizar el carácter de la mejora voluntaria y con violación del art. 1283 del CC, entender comprendido en un contrato «cosas distintas y cosas diferentes de aquello sobre lo que los interesados se propusieran contratar».

3. Consecuentemente a lo argumentado, no caben lagunas en la esfera de una mejora voluntaria de Seguridad Social. La decisión unilateral del empleador o pacto que contiene la ventaja constituye la *lex pri-*

vata definidora de los derechos otorgados o convenidos, de modo que lo no estipulado, ni en su caso otorgado no existe, ni puede configurar una laguna, a cubrir con instrumentos o elementos ajenos al acto creador de la mejora.

Aún más, aunque determinados complementos o compromisos de pensiones asumidos por las empresas, como los oferentes a las contingencias o prestaciones de jubilación, invalidez permanente y muerte del beneficiario, deberán instrumentarse mediante un contrato de seguro, un plan de pensiones o ambos (disp. trans. 14.ª Ley 30/1995, de 8 de noviembre y disposición adicional 1.ª Ley 8/1987, de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones), ello no conlleva automáticamente la modificación del Fondo interno, que, seguirá siendo la fuente para determinar los complementos de las prestaciones asumidas por la empresa, y las condiciones y circunstancias exigidas para su reconocimiento. Es de señalar, al efecto, que, ya la sentencia citada de 1995 en el apartado último de su fundamento de Derecho séptimo, señala, que la pretensión formulada en una de las sesiones celebradas por la Comisión de Control, de «transformar el Régimen de Previsión Reglamentario instaurado, estableciendo un Fondo externo», excede de las facultades de la Comisión, «máxime cuando tanto la decisión primitiva adoptada de contratar una póliza... les garantiza por la doble vía de la responsabilidad directa de la promotora y de la subrogatoria de la aseguradora, el pago de las prestaciones».

4. El art. 192, apartado primero de la LSS dispone que «las empresas podrán mejorar directamente las prestaciones de este Régimen General costeándolas a su exclusivo cargo», y el apartado segundo añade que «cuando al amparo de las mismas un trabajador haya causado derecho a la mejora de una prestación jurídica, ese derecho no podrá ser anulado o disminuido, si no es de acuerdo con las reglas que regulan su reconocimiento». En el supuesto litigioso, la

mejora directa como se expondrá en fundamentación aparte, únicamente reconoce el derecho a las prestaciones complementarias a quienes en el momento del hecho causante sean trabajadores en activo en la empresa, y solamente, ha otorgado el derecho al rescate, por una prescripción intertemporal, a determinados trabajadores, por lo tanto puede decirse que, conforme al título o reglamento de reconocimiento de la mejora, el derecho litigioso «no ha nacido», y, por lo tanto, es inexistente.

**Séptimo.**—Resta, por consiguiente, examinar el título base de la mejora voluntaria de autos, que es el Reglamento del Régimen de Previsión de Barcelona.

Llegados a este punto hay que poner de manifiesto el escaso interés que ofrece la naturaleza del Reglamento, pues no habiéndose cuestionado su validez, es indiferente que se trate de un convenio de eficacia general, de un convenio extraestatutario, de un simple pacto o bien de un acto unilateral de la empresa, cuestión ésta que ya hemos aclarado anteriormente; lo verdaderamente trascendente es entonces la interpretación y aplicación de sus cláusulas.

En cualquier caso, conviene subrayar que, según el Reglamento, el Régimen de Pensiones tiene naturaleza de un plan privado, sistema de empleo y prestación definida, que tiene por objeto generar prestaciones económicas para los beneficiarios y para el caso en que se produzcan las contingencias que en el mismo Reglamento se han previsto (art. 1). Se financia exclusivamente con las aportaciones del Promotor, que es la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, cuyas aportaciones, una vez efectuadas, no podrán revocarse (art. 4).

Únicamente son partícipes del plan las personas con contrato de trabajo fijo con el Promotor (art. 2). El Reglamento no contiene previsiones que posibiliten la transferencia o movilidad de derechos en la fecha del cese, ni tampoco el derecho al rescate de participación alguna cuando se extingue el

contrato de trabajo con el Promotor, excepto para los partícipes del Subplan 1 Subgrupo a), es decir, los partícipes cuya institución de procedencia sea la Caja de Pensiones (disp. trans. 12.2).

Rechazada la aplicación de la Ley 8/1987 de Planes y Fondos de Pensiones, por las razones ya expuestas, debemos ceñir nuestro análisis al Reglamento del plan, al que el parecer mayoritario de la Sala tacha de insuficiente, por no haber previsto los efectos que el cese de los trabajadores al servicio del Promotor haya de producir a favor de éstos. No se aprecia la laguna que la sentencia quiere ver en la regulación específica del plan; está muy claro en el Reglamento que los trabajadores, en tanto mantienen vivo su contrato de trabajo con el Promotor, tienen una simple expectativa de consolidar algún derecho cuando se produzcan las contingencias previstas, como se indica de modo terminante en el art. 1.

Por consiguiente, no cabe sostener que los trabajadores tengan derechos consolidados o acumulados que se puedan traducir en alguna ventaja al abandonar la empresa antes de sobrevenir la contingencia protegida. De ahí nuestra disconformidad con la afirmación que se hace en la sentencia de que la consecuencia lógica que la interpretación que allí se hace del plan sea «reconocer a los trabajadores que cesan anticipadamente en la empresa el derecho a la reserva constituida en su nombre y por su cuenta».

Esa es la primera conclusión a que llegamos aplicando el Reglamento, por lo razonado y porque difícilmente pueda hablarse de derechos consolidados o acumulados cuando el partícipe no ha hecho aportación alguna al plan, cuyo patrimonio es de titularidad de La Caixa, y sin que de la voluntad manifestada de la empresa se pueda deducir tal conclusión; la ausencia en el Reglamento de cláusulas que garanticen o reconozcan a los trabajadores cesantes al servicio del Promotor derechos sobre el plan no es signo de deficiencia o de laguna en la regulación, sino de que esa fue precisamente la voluntad

de la empresa al conceder unilateralmente la mejora de las prestaciones, y sin duda a ella le correspondía establecer las condiciones y los límites necesarios para lucrarla, como es consustancial a las mejoras voluntarias, y ejemplo de ello es que el trato de favor solamente se dispensa al personal fijo no a los vinculados a la empresa con contratos temporales.

**Octavo.**— Hay varias razones más que avalan una interpretación más restrictiva que la hecha por la sentencia, en primer lugar, el art. 2 del Reglamento ha previsto que solamente a algunos supuestos de suspensión del contrato (servicio militar, ciertas excedencias) mantengan inalterada la obligación de conservar la base de aportación mensual, excluyéndose la excedencia voluntaria, de donde se deduce que, como regla general, ni siquiera en todos los supuestos de suspensión del contrato permanece la condición de partícipe y con mayor razón debe cesar cuando concluye el contrato de trabajo; en segundo lugar, el art. 4 del Reglamento, al regular las aportaciones del Promotor, dispone que se cuantificarán en función de la retribución que cada partícipe acredite, luego si no hay retribución, falta el referente para las aportaciones de la empresa, y que el Reglamento únicamente admite una excepción a esta regla en el art. 2 para los casos de suspensión del contrato que ha previsto y, por último, el art. 6 al tratar de la jubilación, solamente otorga derecho a prestaciones a los partícipes cuando terminen su relación laboral activa con el Promotor por causa de jubilación, pero no antes, ni permitetampoco rescatar *ante tempus* cantidad alguna.

Por esa razón entendemos que la declaración que se hace en el fallo de la sentencia, admitiendo el derecho de los beneficiarios cesantes al servicio de la demandante por motivos distintos a los que determinan el paso a la condición de beneficiarios del plan, a percibir los derechos económicos acumulados en su cuenta de capitalización individual, es una solución que excede notablemente de la voluntad del Promotor refle-

jada en el Reglamento del plan, y no es, por ello, un medio de suplir deficiencias o de llenar lagunas, que no las hay en la reglamentación, sino que se acude a una normativa que no resulta de aplicación al caso, y se arbitra una solución que sobrepasa las previsiones del Reglamento, que únicamente ha dispuesto el rescate a favor de los partícipes del Subplan 1, Subgrupo a), que son los provenientes de la Caja de Pensiones, y lo que hace la sentencia es ampliarla excepción en

términos tales que se anula la regla general, sobrepasando con creces la voluntad de quien se estableció a su costa y de manera unilateral la ventaja.

**Noveno.**—De todo cuanto se ha venido exponiendo se desprende que la solución que debería haberse adoptado en el presente caso debió ser, en nuestra opinión, la de desestimar los recursos de casación entablados por los demandados.

---

## COMENTARIO

---

### SUMARIO

- I. DESCRIPCIÓN E IMPORTANCIA DE LA SENTENCIA.
  - II. DESCRIPCIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO Y DEL CURSO DEL LITIGIO EN LAS SUCESIVAS INSTANCIAS.
  - III. EL DENOMINADOR COMÚN DE LA POSICIÓN MAYORITARIA Y DEL VOTO PARTICULAR: LA EXISTENCIA DE UN FONDO INTERNO DE PREVISIÓN SOCIAL NO CALIFICABLE COMO UN PLAN DE PENSIONES O UN FONDO DE PENSIONES EN SENTIDO ESTRICTO.
  - IV. EXAMEN DE LOS FUNDAMENTOS QUE LLEVAN A LA SENTENCIA A RECONOCER A LOS TRABAJADORES CIERTOS DERECHOS CONSOLIDADOS SOBRE LOS FONDOS INTERNOS EN CASO DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL.
  - V. EXAMEN DE LOS FUNDAMENTOS QUE LLEVAN AL VOTO PARTICULAR A NO RECONOCER A LOS TRABAJADORES CIERTOS DERECHOS CONSOLIDADOS SOBRE LOS FONDOS INTERNOS EN CASO DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL.
  - VI. VALORACIÓN DE LOS ARGUMENTOS CONTRAPUESTOS EN LA SENTENCIA.
  - VII. REFERENCIA A LA POSICIÓN DE LA ENTIDAD ASEGURADORA DE LOS COMPROMISOS POR PENSIONES ASUMIDOS POR LA EMPRESA PROMOTORA.
  - VIII. CONCLUSIONES.
-

## I. DESCRIPCIÓN E IMPORTANCIA DE LA SENTENCIA

En esta Revista hemos venido dando cuenta de la Jurisprudencia más relevante sobre los planes y fondos de pensiones que ha sentado tanto nuestro Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 27 de noviembre de 1997 sobre la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones <sup>(2)</sup>; como nuestro Tribunal Supremo, en la Sentencia de su Sala 3.<sup>a</sup>, de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de marzo de 1999 sobre el Reglamento de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 1307/1988, de 30 de septiembre <sup>(3)</sup>.

Siguiendo esta línea de atención, es forzoso dar cuenta ahora de la Sentencia dictada por la Sala 4.<sup>a</sup> de lo Social del Tribunal Supremo el 31 de enero de 2001 sobre el Reglamento del Régimen de Previsión del Personal de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (La Caixa) <sup>(4)</sup>, a la vista de su doble incidencia en el ámbito bancario y en el de la previsión social complementaria.

Esta Sentencia tiene una enorme importancia tanto por razones cuantitativas como por razones cualitativas. En efecto: en primer lugar, es importante porque incide de manera decisiva en el ámbito de los fondos internos de previsión social que tienen establecidos las entidades de crédito y que se han cuantificado, por parte de la AEB y de la CECA, respectivamente, en 9.259,04 millones de euros en el caso de los bancos y en 1.502,86 millones de euros en el caso de las Cajas de Ahorros <sup>(5)</sup>. Por otro lado, se ha llegado a afirmar que el montante total de las reclamaciones que podría inducir la doctrina sentada en la Sentencia podría alcanzar los 3,5 billones de ptas. En segundo lugar, la Sentencia tiene una extraordinaria importancia desde el punto de vista cualitativo, por cuanto incide directamente en el proceso de exteriorización de los compromisos empresariales por pensiones que se establecieron en las disposiciones transitorias 14.<sup>a</sup>, 15.<sup>a</sup> y 16.<sup>a</sup> de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (en adelante, LOSSP) y en el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios (en adelante, RICP), aprobado por Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre <sup>(6)</sup>. Esta importancia cualitativa se incrementa si tenemos en cuenta que nos encontramos a la espera de que finalice el período de

---

(2) Véase nuestra noticia en esta *RDBB* n.º 69, 1998, p. 285 y ss.

(3) Véase nuestra noticia en esta *RDBB* n.º 74, 1999, p. 252 y ss.

(4) Ver el texto completo de dicha Sentencia en la Ley de 15 de marzo de 2001, pp. 6 y ss.

(5) Ver *Expansión*, del sábado 3 de marzo de 2001, p. 23.

(6) Véase, sobre este proceso, nuestras noticias en esta *RDBB* n.º 69/1998, p. 285 y ss., n.º 76/1999, p. 206 y ss. y n.º 78/2000, p. 207 y ss.

adaptación de los compromisos empresariales por pensiones a los instrumentos previstos en la disposición adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (en adelante, LPFP) que termina el 16 de noviembre de 2002, tras su última prórroga por parte de la disposición adicional 25.<sup>a</sup> de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social <sup>(7)</sup>.

A la gran relevancia de la Sentencia que comentamos por las razones que acabamos de exponer cabe añadir el carácter conflictivo de la materia en la que incide puesto que los fondos internos de previsión social de las entidades de crédito fueron objeto de un tratamiento excepcional por parte del apartado 2 de la disposición transitoria 14.<sup>a</sup> de la LOSSP consistente en permitir su mantenimiento, con ciertas garantías adicionales que se concretaron en el Capítulo IV del RICP que trata del “régimen excepcional de las entidades de crédito, entidades aseguradoras y de las sociedades y agencias de valores”. En definitiva, a las entidades de crédito se les exime de la obligación de instrumentar sus compromisos empresariales por pensiones mediante planes de pensiones o seguros colectivos de personas sobre la base implícita de su mayor solvencia que repercute en un menor riesgo para la efectividad de aquellos compromisos en el caso de que dichas entidades mantengan la propiedad de los activos afectos a sus fondos internos <sup>(8)</sup>. Este régimen excepcional no ha dejado de suscitar críticas por parte de quienes consideran que no está justificada la excepción, aspecto éste sobre el que volveremos en las conclusiones a este comentario.

Pues bien, el conjunto de circunstancias expuestas ha desembocado en la Sentencia comentada que refleja una viva polémica en el seno mismo de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo que la ha dictado porque, de los quince Magistrados que pronuncian la Sentencia, ocho conforman el parecer mayoritario mientras que otros siete —entre los que se encuentra el Presidente de la Sala— formulan un voto particular que discrepa de forma manifiesta de la fundamentación mayoritaria.

## II. DESCRIPCIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO Y DEL CURSO DEL LITIGIO EN LAS SUCESIVAS INSTANCIAS

El supuesto de hecho que subyace al conflicto resuelto por la Sentencia comentada afecta a los 14.798 trabajadores de La Caixa y gravita sobre el Re-

<sup>(7)</sup> Véase nuestra noticia en esta *RDBB* n.º 81, 2001, p. 206 y ss.

<sup>(8)</sup> Sobre estos aspectos puede verse nuestro trabajo “La exteriorización de los compromisos empresariales por pensiones en España a través de planes de pensiones y seguros colectivos de vida”, en “V Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros”. Tomo 2. *Ponencias y Comunicaciones*, Madrid, 1997, p. 639 y ss.

glamento del régimen de previsión del personal de LA CAIXA, en el que se dispone que el objeto del plan es la generación de prestaciones económicas para sus beneficiarios y que el patrimonio generado conforme a dicho plan es objeto de contabilización separada dentro del balance de la entidad de crédito promotora. Además, debe tenerse en cuenta que dicha entidad firmó con la entidad aseguradora Rentcaixa un seguro de rentas por el que ésta última garantiza el pago a los beneficiarios de las prestaciones determinadas en forma de rentas conforme a lo previsto en el plan.

El conflicto colectivo surge cuando La Caixa interpone demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que suplica que se declare que, en los supuestos de extinción de la relación laboral entre la demandante y los partícipes del Reglamento de previsión citado por causa distinta de la jubilación, muerte o invalidez permanente, el trabajador no tiene ningún derecho de rescate, transferencia o movilización del fondo constituido para la cobertura de aquellas contingencias. Dicho Tribunal dicta Sentencia de 22 de junio de 1999 por la que estima la demanda y declara que, en los casos indicados, el partícipe no tiene ningún derecho de rescate, transferencia o movilización del fondo constituido para la cobertura de las contingencias no causadas.

Interpuesto recurso de casación por diversos Sindicatos ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dicta la Sentencia comentada que, en su Fallo, estima los recursos, casa la Sentencia de la Audiencia Nacional recurrida y desestima la demanda interpuesta en su día por La Caixa. Fallo del que se deduce, *a sensu contrario*, que, en los supuestos de extinción de la relación laboral entre la demandante y los partícipes del Reglamento de previsión citado por causa distinta de la jubilación, muerte o invalidez permanente, debe reconocerse al partícipe algún derecho de rescate, transferencia o movilización del fondo constituido para la cobertura de aquellas contingencias. A tal conclusión llega la Sala sobre la base de unos Fundamentos de Derecho, contradichos por el voto particular, de los que nos ocupamos a continuación.

### III. EL DENOMINADOR COMÚN DE LA POSICIÓN MAYORITARIA Y DEL VOTO PARTICULAR: LA EXISTENCIA DE UN FONDO INTERNO DE PREVISIÓN SOCIAL NO CALIFICABLE COMO UN PLAN DE PENSIONES O UN FONDO DE PENSIONES EN SENTIDO ESTRICTO

La lectura de los fundamentos de la posición mayoritaria y del voto particular anteriormente transcritos pone de relieve que la argumentación de ambos transcurre de forma coincidente hasta un determinado punto en el que se bifurca en direcciones diametralmente opuestas que conducen a conclusiones radicalmente distintas en cuanto al Fallo.

En el primer sentido, ambas posiciones parten de la base del pronunciamiento de la propia Sala en su Sentencia de 6 de octubre de 1995 que estableció que el régimen de previsión del personal de La Caixa “se configura como una mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social en su modalidad de mejora directa de las prestaciones y que el fondo previsto para responder del abono de las mismas no es de los regulados en la Ley 8/1987, de 8 de junio, sino un fondo interno” (Fundamento de Derecho Octavo y apartado 2.º del voto particular) <sup>(9)</sup>.

Partiendo de esa premisa común, las posiciones se separan diametralmente porque la posición mayoritaria considera que, en el Reglamento de previsión de La Caixa, existe una laguna en el reconocimiento de derechos a favor de los trabajadores sobre los fondos constituidos para el caso de extinción de la relación laboral entre aquella entidad y los partícipes por causa distinta de la jubilación, muerte o invalidez permanente, laguna que debe ser integrada por un razonamiento *a simile* respecto de la legislación sobre planes y fondos de pensiones (similitud que basa, según veremos, en una sinonimia y en la excepcionalidad del apartado 2 de la disposición transitoria 14.ª de la LOSSP). Frente a ello, el voto particular considera que no existe laguna alguna por lo que el régimen de previsión de La Caixa debe regirse, al ser una mejora voluntaria de la Seguridad Social, por la *lex privata* definidora de los derechos otorgados o convenidos, en la que no se establecen derechos consolidados de los partícipes para aquellos supuestos de extinción y que en ningún caso procede integrar el régimen pactado acudiendo a los principios contenidos en la LPFP.

#### IV. EXAMEN DE LOS FUNDAMENTOS QUE LLEVAN A LA SENTENCIA A RECONOCER A LOS TRABAJADORES CIERTOS DERECHOS CONSOLIDADOS SOBRE LOS FONDOS INTERNOS EN CASO DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

Según antes dijimos, la posición mayoritaria conduce a la estimación de los recursos de casación interpuestos por una serie de Sindicatos contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 22 de junio de 1999; a la consiguiente anulación de esta última y a la desestimación de la demanda de conflicto colectivo instada por La Caixa. Deduciéndose del pronunciamiento, *a contrariosensu*, una doctrina jurisprudencial favorable al reconocimiento, a favor de los partícipes de los fondos internos de previsión social, de derechos consolidados sobre los activos afectos al cumplimiento de los compromisos empresariales por pensiones, en caso de extinción de la relación labo-

---

<sup>(9)</sup> Sobre este tipo de fondos internos, puede verse nuestro estudio sobre “Seguro colectivo y Fondos Internos de Previsión Social”, en *Actualidad Laboral*, n.º 20, mayo 1994, pp. 314 y ss.

ral por causas no calificadas como contingencias en el reglamento o plan que constituye aquellos fondos.

El punto de partida del razonamiento que conduce a la anterior conclusión lo encontramos en el párrafo 3.º del Fundamento de Derecho Octavo cuando establece que, dado que el Reglamento de previsión litigioso constituye un fondo interno con naturaleza de mejora voluntaria de la Seguridad Social, el marco legal del plan que contiene y de las prestaciones que en él se establecen está constituido —junto a las normas de validez general contenidas en el art. 14 de la Constitución y en los arts. 39 y 141 del Tratado consolidado de la CEE— por dos normas específicas: En primer lugar, por las disposiciones que, dentro de la Ley General de la Seguridad Social (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio) (en adelante, LGSS), se ocupan de las “mejoras voluntarias de la acción protectora del régimen general” y, en concreto, de las que se efectúan, conforme al art. 191.1.a de aquella LGSS, a través de mejora directa de las prestaciones. En particular, en el presente litigio debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el párrafo 2.º del art. 192 de la LGSS que, refiriéndose a la mejora directa de las prestaciones, dispone: “no obstante el carácter voluntario, para los empresarios, de la implantación de las mejoras a que este artículo se refiere, cuando al amparo de las mismas un trabajador haya causado el derecho a la mejora de una prestación periódica, ese derecho no podrá ser anulado o disminuido, sino es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento”. En segundo lugar, por el apartado 2 de la disposición adicional 14.ª de la LOSSP que se transcribe en el párrafo 2.º del Fundamento de Derecho Sexto y que se ha desarrollado por el Capítulo IV del RICP.

Partiendo de las premisas normativas expuestas, la Sentencia mayoritaria se apoya sobre tres argumentos fundamentales:

1.º Sobre la base del contenido del Reglamento de previsión litigioso —cuyo examen viene impuesto por el último inciso del párrafo 2.º del art. 192 de la LGSS que hemos transcrito— se realizan dos tipos de consideraciones:

a) El análisis formal de la terminología empleada por dicho Reglamento pone de manifiesto una sinonimia con la que utiliza la LPFP y sus normas de desarrollo que, de acuerdo con el párrafo 3.º del Fundamento de Derecho Séptimo, “es de apreciar también en la calificación de la modalidad del plan establecido, desde el punto de vista de las obligaciones estipuladas en el mismo, como plan de prestación definida”.

b) El examen sustancial de aquel Reglamento lleva a la Sentencia a considerar, en su Fundamento de Derecho Noveno, que existen tres disposiciones incompatibles con la pretensión de La Caixa o, lo que es lo mismo, que conducen a reconocer derechos a los trabajadores sobre los fondos internos, interpretado a la luz de la LPFP y sus normas de desarrollo. Dichas previsiones son: en

primer lugar, la definición como un plan de pensiones de prestación definida que revela la intención de atribuir al partícipe el derecho consolidado a la reserva generada. En segundo lugar, la irrevocabilidad de las aportaciones del promotor que manifiesta el propósito de desprenderse de ellas definitivamente. Por último, la aplicación de un sistema de capitalización individual apunta a la constitución y reserva de un capital para financiar las pensiones futuras. Estas previsiones llevan a considerar inadmisibles la pérdida de derechos económicos o de previsión social de los trabajadores en los supuestos de cese anticipado, aun admitiendo el carácter interno del fondo que garantiza sus prestaciones.

2.º Acudiendo a la segunda de las normas específicas aplicables (el apartado 2 de la disposición adicional 14.ª de la LOSSP) el Fundamento de Derecho Décimo se ocupa de resaltar, en general, el carácter excepcional de la permisividad de fondos internos a las entidades de crédito y, en particular, de aplicar una interpretación restrictiva de la excepción a los fondos pero no a los planes; lo que conduce a considerar inaplicable el régimen excepcional al plan de pensiones previsto en el Reglamento litigioso. En definitiva, el carácter excepcional y la alusión exclusiva a los fondos internos que se recoge en aquel apartado (que empieza diciendo: “excepcionalmente, podrán mantenerse los compromisos por pensiones asumidos mediante fondos internos por las entidades de crédito...”) son otros tantos fundamentos de la posición mayoritaria.

3.º Un último argumento a favor de reconocer derechos de previsión social a los trabajadores que cesan anticipadamente proviene de la equidad por cuanto esta solución resulta la más equitativa en un régimen general de indemnización tasada de despido.

Sobre la base de los argumentos expuestos, la Sentencia concluye, en su Fundamento de Derecho Undécimo, diciendo que “los partícipes que cesan anticipadamente al servicio de la entidad pueden rescatar o movilizar sus derechos consolidados en los supuestos y condiciones previstos en dicha legislación sobre planes de pensiones”. Lo cual pone de relieve que la posición mayoritaria considera que existía una laguna de regulación para los supuestos litigiosos de cese anticipado en el Reglamento de previsión de LA CAIXA y la colma aplicando analógicamente el régimen establecido en la LPFP y sus normas de desarrollo.

## V. EXAMEN DE LOS FUNDAMENTOS QUE LLEVAN AL VOTO PARTICULAR A NO RECONOCER A LOS TRABAJADORES CIERTOS DERECHOS CONSOLIDADOS SOBRE LOS FONDOS INTERNOS EN CASO DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

Debemos empezar llamando la atención sobre la importancia del voto particular emitido por siete de los quince Magistrados que componen la Sala, entre

los que se encuentra su Presidente. Este dato es revelador de la complejidad del litigio resuelto y de la discrepancia de criterios en su resolución.

El punto de partida del razonamiento del voto particular es la calificación del fondo interno de La Caixa como una mejora directa de la Seguridad Social ajena al ámbito de la LPFP. Por lo tanto, no resulta aplicable a dicho sistema de previsión esta última normativa que exige la concurrencia de unos requisitos claramente establecidos, que se indican en el apartado 1.º del voto. De ahí que se considere contradictorio el criterio mayoritario de aceptar, por un lado, que el sistema de previsión establecido en el Reglamento litigioso de La Caixa es ajeno a la LPFP, asumiendo la doctrina de la Sentencia precedente de la misma Sala de 6 de octubre de 1995; y, por otro lado, aplicar analógicamente esa normativa expresamente excluida y no susceptible de interpretaciones extensivas. Y esa contradicción surge de la negación de una laguna en el Reglamento de previsión litigioso porque, si bien es cierto que el mismo “no contiene cláusulas que regulen explícitamente el punto litigioso”, también lo es que el conjunto de disposiciones de aquel Reglamento revelan que el partícipe carece de derecho consolidado alguno antes de que se cause la prestación al acaecer la contingencia y ello porque los partícipes carecen de titularidad patrimonial alguna sobre los recursos afectos. Si no se reconoce la titularidad, no puede reconocerse su consecuencia en forma de derechos consolidados anticipados y disponibles.

El razonamiento que sustenta el voto particular se desarrolla en forma de argumentos contrarios a la posición mayoritaria de modo tal que, siguiendo el orden de aquellos argumentos:

1.º No se considera pertinente aplicar al Reglamento de previsión litigioso la normativa contenida en la LPFP y disposiciones de desarrollo porque (véase el apartado 3.º del voto particular):

a) El empleo de expresiones y términos sinónimos, además de no ser exclusivos de dicha normativa sino comunes al área de la previsión social, no puede justificar la aplicación de una normativa con límites y requisitos claramente establecidos. En definitiva, la tipificación de las relaciones jurídicas no puede partir de la terminología empleada por los contratantes sino del contenido de los pactos establecidos, doctrinas sustancialistas sentada de forma constante por el Tribunal Supremo en materia de interpretación contractual.

b) Desde el punto de vista sustancial, se considera que existen interpretaciones alternativas razonables a determinadas previsiones del Reglamento litigioso que las hacen compatibles con la inexistencia de derechos consolidados y la mera existencia de expectativas de derechos. Así: en primer lugar, el voto sostiene que la calificación del plan en el Reglamento litigioso como de prestación definida revela la opción por una de las tres alternativas que operan en

todos los regímenes de previsión social (plan de aportación definida, plan de prestación definida y plan mixto) y no sólo en el ámbito de la LPPF y sus normas de desarrollo; por lo que no se le puede reconocer valor indicativo de la intención de atribuir derechos consolidados en contra de las previsiones expresas del propio Reglamento. En segundo término, tampoco el carácter irrevocable de las aportaciones empresariales al plan descrito en el Reglamento litigioso puede ser interpretado como causa de la atribución de derechos consolidados, sino que se trata de una “medida de defensa de la integridad del patrimonio del plan que garantiza que, una vez realizada la aportación, queda unida a él sin que el promotor pueda detraerla ni recuperarla en ningún caso”. Por último, el voto no aprecia un nexo directo entre los derechos consolidados de los partícipes en el plan y la aplicación de un sistema de capitalización individual por cuanto este último es “uno de los modos o formas en que se lleva a cabo la estructuración económica y financiera de los planes o regímenes de previsión social”. En conclusión, se mantiene que los rasgos del Reglamento litigioso que identifican la posición mayoritaria para deducir los derechos consolidados son comunes al ámbito de la previsión social complementaria, que admite la coexistencia, en su seno, de regímenes que atribuyan derechos consolidados con otros que los nieguen.

2.º El voto particular discrepa, en segundo lugar y de manera especialmente contundente, de la interpretación que hace la posición mayoritaria de la disposición adicional 14.ª de la LOSSP y considera que “resulta altamente sorprendente” que se utilice el apartado 2 de dicha disposición para justificar, precisamente, el efecto contrario de lo que se pretende en la misma según resulta de la aplicación de los criterios interpretativos generalmente admitidos. Así, la literalidad del citado apartado y su interpretación sistemática no dejan lugar a dudas, a juicio de los Magistrados que suscriben el voto particular, de que la intención del legislador fue establecer una excepción respecto de la obligación general de instrumentar los compromisos empresariales por pensiones mediante planes de pensiones regidos por la LPPF y su normativa de desarrollo o mediante contratos de seguro colectivo de personas regulados por la normativa especialmente dictada al efecto. En consecuencia, si el legislador ha querido permitir, de manera excepcional, el mantenimiento de fondos internos por las entidades financieras citadas en la repetida disposición y en las condiciones previstas en la misma y en el RICP, es un contrasentido derivar de la misma argumentos favorables a reconocer derechos consolidados sobre dichos fondos internos que resultan contradictorios con la situación dominical de los mismos.

3.º Por último y en punto a la equidad, el voto particular, con ocasión de la interpretación de la disposición adicional 14.ª de la LOSSP, llama la atención sobre el agravio comparativo que supone anticipar la aplicación de la normativa de la LPPF y disposiciones de desarrollo al fondo interno litigioso cuando hasta

el 16 de noviembre de 2002 no finaliza el plazo de exteriorización aplicable con carácter general a todas las empresas.

## VI. VALORACIÓN DE LOS ARGUMENTOS CONTRAPUESTOS EN LA SENTENCIA

Según hemos expuesto, las posiciones enfrentadas en la Sentencia que comentamos, partiendo de bases normativas comunes, aplican métodos lógicos de interpretación distintos de modo tal que, mientras la mayoritaria considera que, en el Reglamento litigioso, existe una laguna que debe ser colmada integrándola con las normas que reconocen derechos consolidados a los partícipes de los planes de pensiones constituidos conforme a la LPPF y sus normas de desarrollo, la minoritaria estima que dicha laguna no existe y que, por ello, no cabe aplicar aquellas normas y principios de la LPPF.

En consecuencia, nuestra valoración debe ordenarse en dos fases: en primer lugar, trataremos de ofrecer nuestra modesta opinión sobre la existencia o no de dicha laguna; y, en segundo lugar, para el caso de que exista, hemos de pronunciarnos sobre la procedencia de integrarla mediante argumentos *asimile* o *a contrario* respecto de la legislación sobre planes y fondos de pensiones.

Nuestra opinión acerca de existencia de una laguna en el Reglamento litigioso debe partir de un hecho reconocido por las dos posiciones de la Sala: en él no se excluye de manera expresa el derecho de rescate, transferencia o movilización del fondo constituido para la cobertura de determinadas contingencias en el supuesto de hecho conflictivo de extinción de la relación laboral entre La Caixa y los partícipes por causa distinta de la jubilación, muerte o invalidez permanente. Sin embargo, compartimos el parecer minoritario en el sentido de que este silencio específico no debe interpretarse como una laguna que obligue a acudir a una normativa ajena al Reglamento litigioso como norma reguladora de las mejoras voluntarias directas de las prestaciones del régimen general de la Seguridad Social (*ex art. 192 de la LGSS*). En todo caso, si partimos de la base de que estas mejoras se deben regir por los pactos, convenios o reglas que las hayan constituido, conforme a la Jurisprudencia de la misma Sala Sentenciadora que se cita en el apartado 6.º del voto particular, el Reglamento litigioso da criterios suficientes para colmar esa laguna. En conclusión, la omisión del supuesto de hecho litigioso puede ser colmada por la interpretación sistemática del contrato (art. 1285 Cc) y, por ello, no existe laguna que obligue a salir del mismo para dar respuesta al litigio.

Pero, es más, aun cuando se considerara que el Reglamento litigioso no es autosuficiente porque no da criterios bastantes para colmar la laguna del supuesto de hecho no contemplado expresamente, no parece que dicha laguna debería completarse mediante el reconocimiento de un derecho consolidado

que atribuye la LPFP y sus normas de desarrollo por no existir argumentos a *simile*, sino a *contrario*. Siguiendo el hilo conductor de las argumentaciones encontradas, examinemos cada conjunto de argumentos:

1.º En cuanto al Reglamento litigioso, la posición mayoritaria basa la integración en dos tipos de similitud que encuentra entre dicho Reglamento —directamente aplicable a la mejora *ex art. 192 de la LGSS*— y la normativa sobre planes y fondos de pensiones:

a) La similitud formal o terminológica no puede servir de base, a nuestro entender, para producir un efecto jurídico contrario al que se deduce de la situación dominical de los activos afectos porque, sin perjuicio de que aquella terminología es desafortunada y susceptible de inducir a error, nos parece que esta confusión formal sólo podría haber trascendido al ámbito sustancial si se hubiera demostrado que la empresa promotora buscaba con el empleo de aquellos términos un fraude de ley, lo que hubiera provocado la aplicación de la ley que se hubiera querido evitar (*ex art. 6.4 del Cc*); o que aquel empleo había causado un vicio en la voluntad de los contratantes que ahora se veían privados de un derecho de rescate sobre cuya existencia hubieran sido erróneamente inducidos a creer (*ex art. 1266 Cc*), lo que debía haber conducido a aplicar, en defensa de los intereses de la parte débil (los trabajadores), la verdadera intención común contractual, una vez desprovista de eventual engaño (*art. 1281 Cc*). En la Sentencia no consta que se hubiera acreditado fraude o vicio volitivo ni se argumenta sobre tal base, por lo que nos parece que la mera semejanza terminológica no puede producir un efecto contrario al presupuesto dominical del fondo interno creado y, para ello, nos basamos en la jurisprudencia constante que nos dice que los contratos deben interpretarse atendiendo al contenido de sus pactos y no a las expresiones equívocas empleadas en su redacción.

b) Tampoco nos parece que las características sustanciales del Reglamento litigioso que destaca la posición mayoritaria tengan una relación de causalidad eficiente con la atribución de derechos consolidados en la propia LPFP y normas de desarrollo que permita predicar tal atribución en un ámbito que, además, está al margen de tal normativa específica. Esto es, si comprobamos cómo aquellas notas no tienen relación de causa a efecto con los derechos consolidados en la normativa citada, menos aún puede predicarse tal efecto en el Reglamento litigioso que se halla al margen de dicha normativa. Además, tales notas no resultan privativas de la normativa específica, sino que son compartidas en el amplio campo de la previsión social complementaria, lo que les priva de eficacia definitiva. En efecto:

— La calificación del plan como de prestación definida no es decisiva para atribuir a sus partícipes derechos consolidados porque, en la normativa sobre planes y fondos de pensiones, dicha caracterización “en razón de la obligación-

nes estipuladas” significa, técnicamente, que se trata de un plan en el que “se define como objeto la cuantía de las prestaciones a percibir por los beneficiarios” [art. 4.2.a) LPFP y art. 3.2.a) RFPF] <sup>(10)</sup> y porque, en los tres sistemas posibles (planes de prestación definida, de aportación definida y mixtos), se reconocen derechos consolidados, variando la forma de cálculo de los mismos [art. 8.7.a) LPFP y art. 20.1 RFPF]. Porello, si, conforme a la normativa específica, la caracterización de un plan de pensiones como de prestación definida no es decisiva a los efectos de reconocer derechos consolidados a sus partícipes, puesto que tales derechos se reconocen también en los planes de aportación definida y en los mixtos, no parece adecuado deducir de tal calificación un argumento favorable a semejante atribución por vía analógica en el seno de un plan que, además, se halla al margen de aquella normativa.

— La irrevocabilidad de las aportaciones del promotor de un plan de pensiones al fondo en el que aquel plan está integrado tampoco mantiene una relación de causalidad eficiente con la atribución de derechos consolidados a sus partícipes por ser éste uno de los principios básicos de todo tipo de planes de pensiones [art. 5.1.c) LPFP y art. 9 RFPF] que defiende la integridad global del fondo de pensiones, con independencia de la atribución y cálculo de los derechos consolidados. En el marco de un plan que, como el litigioso, se instrumenta mediante un fondo interno, la irrevocabilidad de las aportaciones del promotor—y propietario de aquel patrimonio— debe ser interpretada como un pacto dirigido a evitar que el promotor disponga libremente del patrimonio de su propiedad por estar afecto al fin de previsión social del colectivo de partícipes, por lo que beneficia a dicho colectivo. Pero, precisamente por ello, no fundamenta la atribución de unos derechos consolidados a quienes dejan de pertenecer a dicho colectivo.

— Tampoco la capitalización individual es signo inexorable del reconocimiento de derechos consolidados en el sistema de la LPFP, como queda claro al considerar que la “utilización de sistemas financieros y actuariales de capitalización individual” ha sido impuesta a los planes de pensiones desde la reforma del art. 8.2 del RFPF por el Real Decreto 1589/1999 de 15 de octubre, cuya disposición transitoria única, en su apartado 2, concede un plazo de 10 años a los planes que utilizaran un sistema de capitalización colectiva para adaptarse <sup>(11)</sup>. Por lo tanto si, antes de esta reforma reciente, los planes de pensiones podían basarse en sistemas de capitalización tanto individual como colectiva,

---

<sup>(10)</sup> Sobre esta clasificación objetiva de los planes de pensiones, ver MICHAVILA NÚÑEZ, J.M., “Naturaleza y tipología de los planes de pensiones”, en MARTÍNEZ LAFUENTE, A., *Estudios sobre planes y fondos de pensiones*, Madrid, 1989, p. 65.

<sup>(11)</sup> Véase nuestra noticia en esta *RDBB* n.º 76, 1999, pp. 199 y ss.

en ambos casos, atribuían derechos consolidados, el uso del primer sistema de capitalización por el Reglamento litigioso no debe ser considerado como causa eficiente de la atribución de derechos consolidados a sus partícipes.

2.º Si continuamos nuestra argumentación por la senda de los preceptos utilizados en la controversia entre la posición mayoritaria y el voto particular, hemos de señalar que, a nuestro entender, la interpretación mayoritaria del apartado 2 de la disposición adicional 14.ª de la LOSSP como base de la atribución de derechos consolidados en el Reglamento litigioso resulta artificiosa si se aplican a este precepto los criterios hermenéuticos del art. 3.1 de nuestro Cc. En efecto:

a) La letra de aquel apartado nos muestra, desde el principio, que en él se establece una excepción a la regla general de instrumentación obligatoria del apartado previo y que esa excepción permite que determinadas entidades financieras “mantengan los compromisos por pensiones asumidos mediante fondos internos” o, lo que es lo mismo, que mantengan la titularidad de los recursos constituidos. Ello se deduce de la consideración conjunta del apartado 2 objeto de interpretación que establece la excepción y del apartado 1 que establece la regla general exceptuada consistente en la obligación de adaptar la instrumentación de los compromisos a lo establecido en la disposición adicional 1.ª de la LPFP. Recordemos que esta última disposición acaba estableciendo —a modo de cláusula de cierre lógico negativo del sistema establecido— que “en ningún caso resultará admisible la cobertura de tales compromisos mediante la dotación por el empresario de fondos internos o instrumentos similares que supongan el mantenimiento por parte de éste de la titularidad de los recursos constituidos”. En consecuencia, la excepción admite que las entidades financieras citadas mantengan los fondos internos y, con ellos, la titularidad de los recursos afectos al cumplimiento de los compromisos; mantenimiento excepcional de la titularidad que resulta decisivo para admitir que en el Reglamento litigioso se regulen las situaciones debatidas como expectativas de derechos y no como derechos adquiridos.

b) La interpretación sistemática de la disposición antes citada revela que resulta artificioso el argumento que extrae la posición mayoritaria para apoyar la atribución de derechos consolidados. Recordemos que el discurso argumental parte de la alusión que hace el apartado 2 de la disposición adicional 14.ª de la LOSSP a los “fondos internos” para, uniéndolo al carácter excepcional con el que se abre dicho número, decir que el alcance de la excepción se limita a los fondos de pensiones pero no alcanza a los planes de pensiones. Y ello para, acto seguido, deducir la aplicación de las normas contenidas en la LPFP y en las disposiciones de desarrollo sobre los planes de pensiones al plan diseñado en el Reglamento de previsión litigioso, con el consiguiente reconocimiento de derechos consolidados. Decimos que tal argumentación contradice, a nuestro enten-

der, una interpretación sistemática de la disposición citada por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque la consideración del último párrafo de la disposición adicional 1.ª de la LPFP —que constituye la regla general a la que se remite el apartado n.º 1 de la disposición adicional 14.ª de la LOSSP y que se exceptúa— no deja lugar a dudas sobre el propósito legal de exceptuar un sistema de fondos internos de previsión social, integrados conforme a contratos colectivos de previsión (que pueden rotularse con el nombre de “planes” como en el caso litigioso) que generan patrimonios afectos. Es evidente que el legislador de 1995, cuando establezca aquella excepción, se refiere a los “fondos internos” establecidos por las entidades financieras citadas para identificar sistemas de previsión configurados por contratos colectivos (denominados a menudo planes) que generan patrimonios afectos (que reciben la denominación de fondos) porque estos últimos fondos no pueden integrarse sin unos planes que establezcan, entre otros aspectos, los deberes de aportación y los derechos de prestación de los sujetos implicados con cargo a aquellos patrimonios. Pero es que, además y esta es la segunda de las razones sistemáticas del error padecido, en el sistema de la LPFP no cabe desgajar los planes de pensiones de los fondos de pensiones porque uno de los principios básicos de los primeros es, precisamente, la integración obligatoria de los planes en los fondos [art. 5.1.e) LPFP y art. 11 RFPF] <sup>(12)</sup>. En consecuencia, no cabe decir que la disposición adicional 14.ª de la LOSSP, en su apartado n.º 2, admite que los fondos internos de previsión social de las entidades financieras están excluidos de cumplir las normas generales aplicables a los fondos de pensiones, pero deben someterse a las normas sobre planes de pensiones y ello porque, en el sistema de la LPFP, no hay planes sin fondos ni fondos sin planes. Y si lo anterior es erróneo en el ámbito de la normativa específica, resulta menos explicable cuando se aplica a un pacto de mejora voluntaria de la Seguridad Social extraño a aquella normativa, según admite la posición mayoritaria.

c) Y si acudimos al espíritu y finalidad de la disposición adicional 14.ª de la LOSSP que cabe deducir de su letra y del contexto económico y social en que se enmarca, es manifiesto que no cabe deducir una intención de someter los fondos internos de las entidades financieras a los mismos requisitos que los de los planes de pensiones.

d) Por último y aun cuando no haya sido objeto de la argumentación contrapuesta en la Sentencia comentada, conviene reparar en que el apartado 2 de la disposición transitoria 14.ª de la LOSSP establece que “para que dichos

---

(12) Ver LA CASA GARCÍA, *Los fondos de pensiones*, Madrid, 1997, pp. 91 y ss. A este principio nos referíamos en nuestros estudios sobre “Deberes y responsabilidades de los sujetos que intervienen en los planes y fondos de pensiones”, en la *Revista Española de Seguros*, n.º 90, 1997, p. 76.

fondos internos pueden servir a tal finalidad deberán estar dotados con criterios, al menos, tan rigurosos como los aplicables a los asumidos mediante planes de pensiones”. Encontramos aquí un criterio de integración analógica de los fondos internos por referencia a los planes de pensiones, si bien es cierto que esta misma alusión desmiente la argumentación de la posición mayoritaria de fraccionar planes y fondos y circunscribir la excepción exclusivamente a estos últimos. Sin embargo, nos parece que la obligación de dotar contablemente los fondos internos de previsión social de las entidades de crédito con criterios tan rigurosos como los exigibles a los planes de pensiones no conduce a un traspaso implícito de su propiedad desde aquellas entidades a sus trabajadores y, por lo tanto, no es un argumento decisivo para reconocer los derechos consolidados litigiosos. Este alcance contablemente limitado de los criterios de dotación de los fondos internos por referencia a los planes de pensiones se sostiene en lo establecido en el art. 39.3 del RICP y en la distinción expresa entre los fondos internos y los fondos externos de pensiones del Real Decreto 1588/1999 contenida en la norma 13.<sup>a</sup> de la Circular 4/1991, de 14 de junio, del Banco de España, sobre normas de contabilidad y modelos de estados financieros, tras su modificación por la Circular 5/2000, de 19 de septiembre <sup>(13)</sup>.

#### VII. REFERENCIA A LA POSICIÓN DE LA ENTIDAD ASEGURADORA DE LOS COMPROMISOS POR PENSIONES ASUMIDOS POR LA EMPRESA PROMOTORA

En el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia comentada se despeja —de forma pacífica— una cuestión procesal que tiene un gran interés práctico en el diseño de la previsión social complementaria dentro de nuestro Ordenamiento. Se trata de la confirmación, por parte del Tribunal Supremo, del criterio sostenido por la Audiencia Nacional para rechazar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario o puesta por algún sindicato al advertir la ausencia de la entidad aseguradora (Rentcaixa) con la que la empresa promotora del plan (La Caixa) había contratado un seguro de sus compromisos por pensiones. La Sentencia comentada rechaza tal excepción al considerar que la cuestión litigiosa no afecta al alcance de la póliza de seguro, sino a los efectos de la extinción o cese anticipado del contrato de trabajo sobre los derechos económicos de los partícipes y beneficiarios del régimen de previsión social que vincula a la empresa y a sus trabajadores. Por ello, al ser ajena la aseguradora al litigio, no es preciso reclamar su presencia para constituir de forma correcta la relación procesal.

---

(13) Al tratamiento contable de los fondos internos en las entidades de crédito entonces vigente nos referíamos en nuestro estudio sobre “Seguro colectivo...” cit., pp. 320 y ss.

En relación con lo anterior, conviene distinguir tres tipos de contratos de seguro que pueden darse en el ámbito de la previsión social complementaria:

a) En primer lugar, los seguros previstos en los planes de pensiones “para la cobertura de riesgos determinados o el aseguramiento o garantía de las prestaciones”. Están expresamente previstos —junto a los vales o garantías bancarias— en el art. 8.2 de la LPFP y en el art. 8.4 del RFPF; su cobertura es accesoria a la del plan asegurado y, en ellos, actuará como tomador la comisión de control respectiva <sup>(14)</sup>. Se trata de seguros que actúan cumulativamente con los planes de pensiones.

b) En segundo lugar, los seguros colectivos sobre la vida (incluyendo, en su caso, seguros de accidentes o enfermedad en los términos del art. 26.2 del RICP) que instrumentan compromisos por pensiones <sup>(15)</sup>. Están regulados en la disposición adicional 1.ª de la LPFP y en el capítulo III del RICP; pueden operar como mecanismos alternativos o cumulativos de los planes de pensiones (al decir el primer párrafo de aquella disposición adicional que “los compromisos por pensiones... deberán instrumentarse... mediante contratos de seguro, a través de la formalización de un plan de pensiones o de ambos”) y, en ellos, actuará como tomador “la empresa que tenga asumidos compromisos por pensiones con su personal y se obligue al pago de las primas”; como asegurados, sus trabajadores; y, como beneficiarios, “las personas físicas en cuyo favor se generen las pensiones según los compromisos asumidos” (art. 28 RICP).

c) Por último, los seguros colectivos de personas que pueden contratarlas entidades financieras legalmente autorizadas para mantener sus compromisos por pensiones instrumentados mediante fondos internos de previsión social conforme al apartado 2 de la disposición transitoria 14.ª de la LOSSP y al capítulo IV del RICP. Se trata de seguros colectivos de personas que deben acomodarse al régimen previsto en la LCS (en particular, en su título III) y en la LOSSP, ROSSP y normas de desarrollo; que cubren los compromisos instrumentados mediante fondos internos y en los que actuará, como tomadora, la entidad comprometida y, como asegurados, sus empleados. De los datos que

---

(14) La existencia de estos seguros ha dado lugar a la distinción entre planes de pensiones asegurados y no asegurados, a la que nos referimos en “La gestión de los fondos de pensiones. Un análisis jurídico”, en esta *RDBB* n.º 30, 1988, pp. 414 y ss. y en “deberes y responsabilidades...” cit., p. 286.

(15) Ver, por todos, LA CASA GARCÍA, R., *Contrato de seguro y previsión social complementaria*, Madrid, 2000, pp. 41 y ss.

figuran en la Sentencia comentada cabe deducir que el seguro aludido pertenecía a esta categoría de seguros <sup>(16)</sup>.

En los tres tipos de seguros indicados, es importante dejarse sentada la necesaria distinción entre dos relaciones jurídicas: en primer lugar, la que vincula a una empresa y a sus trabajadores como consecuencia de los compromisos por pensiones; y, en segundo lugar, la que vincula a aquellos sujetos con la entidad aseguradora que haya garantizado los compromisos en una póliza de seguro.

En el ámbito general de la exteriorización de los compromisos empresariales de todo tipo de empresas, la normativa aplicable permite afirmar, sin género de dudas, que las entidades aseguradoras que celebren un contrato de seguro de personas por el que se instrumenten compromisos empresariales por pensiones asumen las obligaciones derivadas de tales contratos y responden de ellas, pero no se subrogan en la posición de las empresas comprometidas frente a sus trabajadores. Así se deduce con claridad de lo establecido en el párrafo 3.º del n.º 3 del art. 27 del RICP cuando dice que “las obligaciones de la entidad aseguradora vendrán determinadas por lo establecido en el contrato de seguro en cada momento y en tanto no se modifique” <sup>(17)</sup>. Por otro lado, debe entenderse que lo establecido en el primer párrafo de la disposición adicional 1.ª de la LPFP —en el sentido de que “una vez instrumentados (los compromisos por pensiones), la obligación y responsabilidad de las empresas por los referidos compromisos por pensiones se circunscribirán exclusivamente a las asumidas en dichos contratos de seguro y planes de pensiones” — presupone que se ha realizado una exteriorización completa de aquellos compromisos. En definitiva, la LPFP parte de que la instrumentación de los compromisos por pensiones mediante pólizas de seguro ha conseguido establecer una equivalencia perfecta entre los compromisos asumidos por la empresa y los compromisos garantizados por la entidad aseguradora. Sin embargo, hay que ser conscientes de que aquella ecuación puede romperse por dos tipos de razones: primero, por defectos en la valoración actuarial o financiera de los compromisos asumidos que conduzcan a una situación de infraseguro. Segundo, porque existen compromisos por pensiones imposibles de asegurar por razones técnicas y de ello es

---

(16) Téngase en cuenta que, en nuestra práctica, se calificaron los seguros para cubrir determinados compromisos por pensiones de entidades financieras como seguros de responsabilidad civil, tal y como señalábamos en nuestro estudio sobre “Seguro colectivo...”, cit., p. 328; si bien la Sala 3.ª de nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 8 de noviembre de 2000, ha considerado que se trata de seguros de personas.

(17) En este sentido, una Resolución de la Directora General de Seguros de 14 de abril de 2000 llamaba la atención sobre la necesidad de separar y distinguir con claridad las obligaciones asumidas en el ámbito laboral o empresarial y las asumidas a través del condicionado de una póliza de seguro o de las especificaciones de un plan de pensiones.

consciente el RICP cuando, en el segundo inciso del párrafo 3.º de su art. 27.3, advierte: “sin que las pólizas de seguro puedan otorgar ninguna garantía respecto de la evolución de aquellas magnitudes cuyo desarrollo futuro no sea susceptible de tratamiento actuarial”.

En conclusión, la necesaria distinción de las obligaciones y responsabilidades derivadas de los dos tipos de relaciones jurídicas indicadas —la laboral y la aseguradora— debe llevar a valorar, en cada litigio, la correcta formación de la relación procesal, de modo tal que, cuando el conflicto no afecte al contrato de seguro, no deberá apreciarse la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario por ausencia de la entidad aseguradora y, si ésta es llamada al pleito, podrá oponer la excepción de falta de legitimación pasiva *ad causam*.

## VIII. CONCLUSIONES

De lo expuesto anteriormente podemos concluir que, en la normativa reguladora de los planes y fondos de pensiones contenida en la LPFP y sus normas de desarrollo, la atribución de derechos consolidados a los partícipes de los planes de pensiones es una función de su copropiedad sobre los activos afectos al cumplimiento de dichos planes que se integran obligatoriamente en un fondo de pensiones; copropiedad que proclama el art. 8.4 de la LPFP al decir que “la titularidad de los recursos patrimoniales afectos a cada plan corresponderá a los partícipes y beneficiarios” (18).

Si lo anterior es así, aun cuando se considerara pertinente una aplicación analógica de aquella normativa a un sistema de mejora de las prestaciones de la Seguridad Social como el litigioso, deberían reconocerse derechos consolidados a los partícipes cuando el pacto, convenio o reglamento que lo estableciera atribuyera la titularidad de los recursos afectos a los partícipes o beneficiarios y aquellos derechos podrían ser movilizables por éstos cuando cesaran en su relación laboral con anterioridad al acaecimiento de las contingencias previstas en el plan. Ahora bien, si —como sucede en el caso litigioso— el Reglamento de previsión establece con claridad que el patrimonio generado conforme al plan es propiedad de la empresa promotora, el reconocimiento de aquellos derechos consolidados movilizables antes del acaecimiento de las contingencias hubiera exigido un pronunciamiento expreso en tal sentido por parte del Reglamento o una deducción evidente de la voluntad contractual en tal sentido.

En consecuencia, si el examen del Reglamento de previsión litigioso (que es la norma directamente aplicable *ex art.* 192 de la LGSS) muestra que la

---

(18) Ver LA CASA GARCÍA, *Los fondos de pensiones*, cit., pp. 107 y ss. y nuestros estudios sobre “La gestión de los fondos de pensiones”, cit., pp. 386 y ss. y sobre “Deberes y responsabilidades”, cit., p. 286.

propietaria del fondo interno es la empresa promotora, que no se atribuyen expresamente a los trabajadores derechos consolidados movilizables en caso de cese de la relación laboral previo a la cae o nacimiento de una contingencia y que, del conjunto de sus cláusulas, no cabe deducir la voluntad de las partes de reconocer tales derechos; la posición mayoritaria de la sentencia comentada no nos parece técnicamente acertada.

Además, desde una perspectiva general, si resulta manifiesto que nuestro legislador, en el apartado 2 de la disposición transitoria 14.<sup>a</sup> de la LOSSPy en el Capítulo IV del RICP, ha querido establecer una excepción al deber general de instrumentación de los compromisos empresariales por pensiones conforme a lo establecido en la disposición adicional 1.<sup>a</sup> de la LPFP y en los restantes capítulos del RICP, que permita a determinadas entidades financieras, entre las que se encuentran las entidades de crédito, mantener sus compromisos por pensiones articulados a través de fondos internos con la consiguiente titularidad de los mismos por aquellas entidades; no nos parece acertada la interpretación de la posición mayoritaria —que, a la postre, conduce al fallo de la Sentencia comentada— en el sentido de integrar el pacto rector de aquel fondo interno mediante principios extraídos de la LPFP que pugnan con la situación dominical decisiva a estos efectos. Además, con esta integración se llega a un efecto temporal discriminatorio de las entidades de crédito por cuanto se anticipan, implícitamente, los efectos de la exteriorización obligatoria que se ha puesto hasta el 16 de noviembre del 2002 para la generalidad de las empresas.

Las anteriores conclusiones están realizadas *de lege data*, esto es, a la vista del régimen vigente y, en especial, teniendo en cuenta el régimen excepcional que establece el legislador de 1995 para los fondos internos de determinadas entidades financieras. Por ello, no impiden realizar una reflexión final en el sentido de que, *de lege ferenda*, la existencia de la excepción señalada puede resultar criticable desde el punto de vista de las dos finalidades de política legislativa que, tanto en nuestro Derecho como en el Ordenamiento comunitario, orientan el régimen de la instrumentación de los compromisos empresariales por pensiones. Tales finalidades son, por un lado, la garantía del cumplimiento de dichos compromisos ante situaciones de insolvencia de las empresas comprometidas y, por otro, la movilidad de los trabajadores que cuentan con compromisos <sup>(19)</sup>. Pues bien, desde ambos puntos de vista, la justificación de la excepción que establece el apartado 2 de la disposición transitoria 14.<sup>a</sup> de la

---

(19) Así se deduce de las dos Directivas que se citan en el Preámbulo del Real Decreto 1588/1999, que aprueba el RICP; se trata de la Directiva 80/987/CEE, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, y de la Directiva 98/49/CE, relativa a la protección de los derechos a pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad.

LOSSP y desarrolla el capítulo IV del RICP al permitir que las entidades de crédito, las entidades aseguradoras y las sociedades y agencias de valores mantengan determinados compromisos por pensiones instrumentados mediante fondos internos puede suscitar dudas. En cuanto se refiere a la garantía frente a la insolvencia empresarial, si bien es cierto que el régimen especial de las entidades citadas reduce aquel riesgo al existir mecanismos preventivos <sup>(20)</sup>, también lo es que dicho régimen no excluye el supuesto de hecho de la insolvencia de dichas entidades, como lo demuestran las salusiones de la normativa específica a las declaraciones de suspensión de pagos o de quiebra de las mismas <sup>(21)</sup>.

---

(20) Tales como las medidas de intervención y sustitución en el caso de las entidades de crédito (conforme al título III, arts. 31 y ss. de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de entidades de crédito) y de las sociedades y agencias de valores (conforme al art. 107 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores) o las medidas de control especial en el caso de las entidades aseguradoras (conforme al art. 39 de la LOSSP).

(21) Cabe señalar, en tal sentido, el art. 76 bis de la Ley 24/1988 para las empresas de servicios de inversión y el art. 38 de la LOSSP para las entidades aseguradoras.

---

# NOTICIAS

---

## 1. NUEVA NORMATIVA NORTEAMERICANA EN MATERIA DE DERIVADOS

Continuando con la puesta al día de la normativa bancaria y de mercados de valores en Estados Unidos que se viene llevando a cabo recientemente (cuyo máximo exponente hasta ahora ha sido la *Gramm-Leach-Bliley Act* de 1999, de la que se dio noticia en el número 77 de esta Revista) acaba de aprobarse la *Commodity Futures Modernization Act* de 2000 (en adelante, "CFMA"), cuyo contenido entró en vigor, casi en su totalidad, a partir del 21 de diciembre de 2000, si bien algunas de las previsiones contenidas en la misma irán entrando en vigor a lo largo del año 2001.

La CFMA modifica sustancialmente la *Commodity Exchange Act* ("CEA"), así como la *Securities Act* de 1933, la *Securities Exchange Act* de 1934 y el título XI del Código de Quiebras norteamericano.

La finalidad de la CFMA es múltiple, y trata, fundamentalmente, de facilitar las operaciones de derivados, al menos cuando las partes de los contratos reúnen una serie de características, eliminando la posibilidad de que puedan ser calificados como juegos de azar, así como autorizar los futuros sobre valores, prohibidos hasta el momento (con la finalidad última de permitir a los mercados de valores norteamericanos la contratación de futuros sobre acciones, para competir con los mercados europeos, tales como LIFFE y MEFF, donde estos futuros han comenzado a negociarse precisamente durante 2001, aunque se anunció dicha negociación a lo largo del año 2000), otorgando, finalmente, a las entidades financieras extranjeras un tratamiento en plano de igualdad con las norteamericanas en los supuestos de quiebras de sus contrapartes cuando tengan celebrados contratos sobre determinados instrumentos financieros y valores.

Con relación a la exclusión de ciertas operaciones de la legislación sobre el juego así como de la CEA, cabe destacar que ahora se benefician cuatro categorías de contratos en la medida en que se celebren entre personas que razonablemente pueda considerarse que son *Eligible Contract Participant* ("ECP") en el momento de la celebración del mismo y que se hayan celebrado fuera de lo que se define como *trading facility*, que es cualquier tipo de sistema abierto a participantes múltiples y que permite una multiplicidad de ofertas y aceptaciones, pero excluyendo aquellos sistemas que permiten a sus participantes exclusivamente negociar bilateralmente. Para excluir la aplicación de la legislación sobre el juego además se exigen algunos requisitos adicionales.

Las cuatro categorías de contratos excluidas son las siguientes:

- a) Operaciones de derivados excluidas, que son cualquier tipo de contrato o acuerdo sobre un activo excluido, tal como se define en la propia norma, que incluye la mayoría de los valores y otros productos financieros;
- b) Operaciones sobre activos exceptuados, que son básicamente cualquier activo que no es un activo excluido o un activo relacionado con productos agrícolas;
- c) Operaciones de swap excluidas, que consisten en operaciones de swap, en general, siempre que su objeto no sea un activo agrícola; y
- d) Acuerdos de swap cubiertos (*covered swap agreements*) celebrados con bancos, que incluye los contratos negociados individualizadamente cuyo subyacente es distinto de un activo agrícola y que se ofrezcan, celebren o faciliten por un banco.

Se consideran ECPs a las instituciones financieras, las compañías de seguros norteamericanas o extranjeras, las empresas de servicios de inversión norteamericanas o extranjeras, ciertas personas y entidades caracterizadas por su forma de organización y, en general, aunque no en todos los casos, por tener un patrimonio por encima de ciertos niveles (dependiendo del tipo de entidad o incluso de si se trata de una persona física, y de la finalidad para la que se celebra la operación, los niveles patrimoniales fijados son de 1, 5 y 10 millones de dólares).

También se excluye de la aplicación de la CEA y de la legislación sobre el juego a una serie de derivados u operaciones sintéticas (los denominados *qualifying hybrid instruments*) ampliando la exención que existía con anterioridad para este tipo de operaciones.

También se elimina el requisito de que las opciones sobre valores tengan que estar cotizadas en un mercado de valores nacional para que queden excluidos de la aplicación de la legislación de los estados sobre el juego.

Del mismo modo, y éste es quizás uno de los cambios más llamativos, se permiten en adelante los futuros sobre valores (derogando así el denominado *Shad/Johnson Accord*, que los había convertido en ilegales). Sin embargo, esta es la parte de la CFMA que no entrará en vigor hasta transcurridos entre ocho y doce meses según los casos, de tal manera que los mercados norteamericanos no comenzarán a negociar futuros sobre acciones y otros valores hasta casi un año después que lo hayan empezado a hacer sus competidores europeos. Debe tenerse en cuenta que el concepto de futuros sobre valores no sólo incluye

aquellos que tienen como subyacente un valor determinado, sino también los que tienen como subyacente cestas de valores en la medida en que estén limitadas; también debe señalarse que estos futuros sobre valores podrán negociarse tanto en los mercados de valores tradicionales, equivalentes a nuestras bolsas, como en los mercados organizados de derivados, lo que significará quedar sometidos a la normativa tanto de la *Securities and Exchange Commission* ("SEC") como de la *Commodity Futures Trading Commission* ("CFTC"). Los futuros que tengan como subyacente cestas de valores amplias sólo podrán negociarse en los mercados organizados de derivados y no en los mercados de valores.

Por otro lado, los contratos de swap cuyo subyacente son valores quedan, como se dijo, excluidos tanto de la CEA como de la legislación estatal sobre el juego e igualmente de la supervisión de la SEC, quedando sólo bajo la supervisión de la CFTC (sin embargo, como quiera que ni las opciones ni los contratos a plazo sobre valores quedan incluidos dentro de esta definición de swap, parece que los mismos estarán sujetos a la supervisión de la SEC). Para gozar de la exención arriba indicada, los swaps deben celebrarse entre ECPs y estar sujetos a negociación individualizada, siempre que, además, queden dentro de alguna de las categorías de swaps que se enumeran en la CFMA.

En cuanto a los derivados sintéticos, se definen ahora como valores con uno o más pagos indexados al valor, nivel o tipo, o que prevé la entrega, de uno o más activos, que pueden ser, a su vez, otros valores. En este sentido, sería irrelevante que la liquidación fuera por entrega o por diferencias. Sin embargo, hay algunos requisitos adicionales, como que el emisor o vendedor del instrumento sintético debe recibir el pago del precio total de compra del instrumento sintético en el momento en el que lo entrega al comprador del mismo, que no debe estar obligado a hacer ningún pago adicional al emisor o vendedor, aparte del dicho precio inicial. El emisor o vendedor no puede estar obligado a hacer pagos ajustados al mercado (*mark-to-market-margins*), aunque sí que puede estar obligado a incrementar y ajustar las garantías que haya entregado a favor del comprador; y, por último, el instrumento sintético o híbrido no puede estar comercializado como un contrato de futuros o como una opción sobre un contrato de futuros.

Otra disposición relevante de la CFMA es que amplía las categorías de productos bancarios tradicionales, incluso aunque quien los ofrezca no sea un banco, que quedan fuera de la aplicación de la CEA y de la legislación estatal sobre el juego.

Por último, en relación con la normativa de quiebras norteamericana, ahora incluye a las instituciones financieras extranjeras, tanto cuando actúan por su cuenta como por la de sus clientes, dentro de la definición de institución finan-

ciera (*financial institution*) contenida en el código de quiebras norteamericano, de tal manera que, cuando sean partes de un contrato sobre valores (*securities contract*) serán tratadas igual que las instituciones financieras norteamericanas respecto de la denominada *automatic stay* (suspensión de ejecuciones separadas, en definitiva) en caso de quiebra de su contraparte.

Aunque la CFMA no ha eliminado todas las restricciones y barreras a la negociación de derivados que existen en la legislación norteamericana, sin duda supone un paso muy importante en la liberalización de los mercados de dicho país, quedando aún pendientes algunos desarrollos normativos, sobre todo por parte de la CFTC, aunque más bien de aclaración, de algunos aspectos de estas normas a fin de proceder a su aplicación práctica.

*Emilio Díaz Ruiz*

## **2. DECISIÓN MARCO EUROPEA EN CUANTO A LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES DE EMBARGO PREVENTIVO Y DE ASEGURAMIENTO DE PRUEBAS**

En una iniciativa de la República Francesa, del Reino Unido y del Reino de Bélgica la Unión Europea adoptó la Decisión marco 2001/C75/02 (v. DOCE C n.º 75, de 7 de marzo, pág. 3 y ss.) relativa a la ejecución en la Unión Europea de las decisiones de embargo preventivo y de aseguramiento de pruebas. Dentro de los distintos pasos que se vienen adoptando en los últimos años con vistas a construir realmente en el marco de la Unión Europea un espacio judicial común que evite que determinados pasos del procedimiento tengan que cumplimentarse a través de mecanismos de cooperación judicial internacional, nos encontramos con esta iniciativa referida a medidas cautelares de especial importancia. Ha de señalarse como primera y relevante cuestión que se trata de una Decisión marco cuyos efectos se van a proyectar sobre procedimientos penales, toda vez que las resoluciones de embargo o de aseguramiento de pruebas a las que se refiere son las que tengan su origen en procedimientos sobre tráfico de drogas, fraude, blanqueo de dinero, falsificación del euro, corrupción o trata de seres humanos (artículo 2).

En definitiva el mecanismo que se introduce es sumamente sencillo, puesto que incorpora un procedimiento de comunicación directa entre las autoridades judiciales competentes del Estado de emisión de la medida cautelar en cuestión y sus correspondientes del Estado de ejecución. Las resoluciones en cuestión podrán ser transmitidas directamente a la autoridad judicial competente para su ejecución en el Estado de destino y ésta deberá tan pronto como

reciba esa resolución reconocerla y ejecutarla sin demora, del mismo modo que en el caso de que la resolución de embargo preventivo de aseguramiento de pruebas tuviera su origen en un órgano jurisdiccional del mismo Estado de ejecución (v. artículo 4.1). La ejecución directa de esas órdenes sólo podrá denegarse sobre la base de los motivos de no ejecución que establece el artículo 6 que son motivos subsanables puesto que cuando el certificado de solicitud de ejecución de la medida cautelar fuera incompleto o no se hubiere aportado, esas circunstancias podrán subsanarse e incluso se establece en el tercer guión del artículo 6 la posibilidad de que la autoridad de ejecución lleve adelante la medida solicitada dispensando de la necesidad de presentar el certificado correspondiente cuando considere dicha autoridad que está suficientemente ilustrada de los motivos de la petición. El certificado al que se hace referencia en la Directiva como cauce de solicitud de ejecución de las medidas cautelares que nos ocupan deberá ajustarse al modelo que como anexo incorpora la Decisión marco que estamos comentando.

La Decisión marco no solo contempla la posibilidad de solicitar el embargo o el aseguramiento de pruebas sino también la de formular por parte de la autoridad del Estado de emisión a su correspondiente en el Estado de ejecución peticiones adicionales, que pueden plantearse bien al hilo de la solicitud de embargo o de aseguramiento de pruebas o en un momento posterior pero siempre dentro de un plazo máximo de 4 días. Esas peticiones adicionales pueden consistir en la solicitud de transferencia del bien embargado al Estado de emisión o bien en transmitir una instrucción para que el mismo bien permanezca en el Estado miembro de ejecución en espera de que se dicte una eventual resolución de decomiso. Son susceptibles de recurso las medidas de embargo preventivo de aseguramiento de pruebas ejecutadas en cumplimiento del mecanismo de colaboración que establece la Decisión marco, si bien se trata de recursos no suspensivos. La Decisión marco también regula con detalle dentro de su artículo 10 el régimen de responsabilidad de los distintos Estados partícipes en la solicitud y ejecución de una medida cautelar en el supuesto de que por la inexactitud de la información o bien por cualquier otra causa de la práctica de dichas medidas se derivara una responsabilidad frente a terceros.

Los Estados miembros dispondrán de un plazo de incorporación de las medidas previstas en la Decisión marco hasta el día 31 de diciembre de 2002.

*Jaime Baillo Morales*

### 3. PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE MEDIACIÓN EN LOS SEGUROS PRIVADOS

La Comisión Europea ha presentado el 20 de septiembre de 2000 una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo *sobre la mediación en los seguros privados* [COM(2000) 511 final. 2000/0213 (COD), publicada en el DOCE de 30 de enero de 2001], con el objetivo de mejorar el mercado interior de los seguros.

Esta Propuesta se enmarca dentro del Plan de Acción de Servicios Financieros [COM(1999) 23, de 11-5-1999], cuyos objetivos son la consecución de un mercado de capitales y servicios financieros integrados en la Unión Europea. La plena aplicación de este Plan de Acción es una prioridad fundamental que debe tener lugar en el 2005 [según la Comunicación de la Comisión COM(2000) 257, final, de 3-5-2000].

Dentro de los objetivos concretos de este Plan de Acción se inserta, precisamente, el sector de los mediadores de seguros, el cual se considera un ámbito en que es necesaria una acción prioritaria, ya que el papel de estos mediadores en la distribución de productos financieros relacionados con el mundo del seguro en la Comunidad abarca una cuota de mercado considerable, que supera en numerosos Estados miembros el 50%.

Por ello, en el contenido de este Plan de Acción se había previsto la aprobación por la Comisión de una Propuesta de Directiva a mediados del 2000 cuyo objetivo fuese conseguir la modernización de las normas comunitarias en materia de mediadores de seguros. Y para dar cumplimiento a esta previsión la Comisión ha publicado recientemente la Propuesta de Directiva de la que damos noticia. De modo que, con este nuevo documento, se trata esencialmente de permitir que los mediadores de seguros puedan operar en toda la UE.

No debemos perder de vista que el mercado interior de seguros por lo que respecta a las empresas de seguros está establecido desde julio de 1994 a través del régimen contemplado en las Terceras Directivas (Directiva 92/49/CEE — Tercera Directiva sobre el seguro no de vida —, DOCE L 288, 11-8-1992 y Directiva 92/96/CEE — Tercera Directiva sobre el seguro de vida —, DOCE L 360, 9-12-1992). Según estas Directivas toda empresa de seguros se encuentra sometida a un régimen de autorización administrativa y supervisión prudencial únicas por parte del Estado miembro en el que tenga su domicilio social. Este «pasaporte europeo» le permite ejercer sus actividades en toda la Comunidad, ya sea en régimen de establecimiento o de libre prestación de servicios, lo cual ha dado lugar a un aumento de las actividades comerciales y, en particular, de las operaciones relativas a grandes riesgos industriales y comerciales. En cam-

bio, la apertura ha tenido menos repercusiones en los riesgos de los particulares, y esto obedece en parte a la ausencia de un marco jurídico comunitario para los mediadores de seguros que les permita obtener el máximo beneficio de las libertades fundamentales que constituyen el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios en el mercado interior. Por ello, los mediadores se hallan en la imposibilidad de acceder a las solicitudes de clientes que desean asegurar un riesgo en otro Estado miembro.

Así las cosas, las disposiciones comunitarias existentes en materia de mediadores de seguros se revelan insuficientes para conseguir que éstos se beneficien de las ventajas de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios. De este modo, la presente Propuesta de Directiva prevé la derogación de la Directiva 77/92/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, *relativa a las medidas destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios para las actividades de agentes y de corredores de seguros y por la que se establecen, en particular, medidas transitorias para estas actividades* (DOCE L 26, de 31-1-1977, pág. 14). Esta última Directiva, junto con la Recomendación de la Comisión 92/48/CEE, de 18 de diciembre de 1991, *sobre los mediadores de seguros* (DOCE L 19, de 28-1-1992, pág. 32) si bien han contribuido, en cierta medida, a aproximar las reglamentaciones nacionales, lo cierto es que los mediadores de seguros siguen sujetos a requisitos jurídicos nacionales divergentes, que dividen los mercados nacionales y obstaculizan el ejercicio transfronterizo de sus actividades. En efecto, aunque la Directiva 77/92/CEE del Consejo contiene disposiciones vinculantes sobre los mediadores de seguros, su alcance es limitado: no armoniza las condiciones de cualificación profesional requeridas para acceder a las actividades de corredor, agente o subagente a las que se aplica. Se limita a establecer una serie de medidas transitorias destinadas a facilitar la libre circulación de estos profesionales en la Comunidad. Además, la Directiva no excluye la posibilidad de que los Estados miembros establezcan, o no, disposiciones específicas sobre el acceso y ejercicio de estas actividades. De este modo, los Estados miembros han adoptado disposiciones sumamente divergentes, lo cual compartimenta los mercados nacionales, e impide el ejercicio de estas actividades al amparo de las libertades de establecimiento y prestación de servicios. Por otro lado, plantean problemas de transparencia en cuanto al estatuto y a las cualificaciones profesionales de los mediadores de seguros, lo que no contribuye a garantizar un alto grado de protección de los tomadores de seguros.

Un primer paso hacia la solución de estos problemas se intentó a través de la Recomendación 92/48/CEE de la Comisión, la cual, pese a no tener carácter vinculante, perseguía la aproximación de las reglamentaciones nacionales, así como la mejora de la protección de los consumidores siempre que adquieran de

un mediador productos y servicios de seguros. En la Recomendación, la Comisión invita a los Estados miembros a procurar que los mediadores de seguros establecidos en su territorio cumplan una serie de requisitos profesionales y estén registrados en su Estado miembro, así mismo recomienda la aprobación de medidas o sanciones convenientes contra toda persona que ejerza la actividad de mediador de seguros sin registrarse. Evidentemente la existencia de un sistema de registro, sanciones eficaces y un programa de formación profesional adecuado aumentará la confianza de los consumidores en la competencia y la integridad del mediador.

A pesar de que la gran mayoría de los Estados miembros ha adoptado medidas inspiradas en la Recomendación, siguen existiendo aún diferencias importantes entre las normativas nacionales, que constituyen obstáculos al acceso y ejercicio de las actividades de los mediadores de seguros y reaseguros en el mercado interior, y suponen una fragmentación del mercado único. Además, si se desea que el mercado único de los seguros ofrezca a los consumidores mayores garantías, dichos consumidores deben gozar en toda compra de un grado mínimo de protección con independencia del mediador y del Estado miembro en que se encuentren. Indirectamente esto afecta también a las empresas de seguros, que sufren dificultades para acceder a los distintos mercados nacionales en virtud de la libre prestación de servicios y para dotarse de canales de distribución adecuados en los distintos Estados miembros. Precisamente la Comisión, previendo la posibilidad de semejante resultado, se reservó en la Recomendación 92/48/CEE el derecho a proponer en el futuro una Directiva vinculante si fueran necesarias medidas de coordinación a fin de eliminar los posibles obstáculos que aún existan o de introducir nuevas garantías.

Así las cosas, finalmente la Comisión ha comprobado que sólo las medidas comunitarias vinculantes permitirán eliminar las divergencias existentes y establecer un mercado interior para los mediadores de seguros. Este es precisamente el objetivo de esta Propuesta de Directiva: conseguir el establecimiento de un verdadero mercado interior en este sector, lo cual es imprescindible para el adecuado funcionamiento del mercado único de los seguros. La Propuesta de Directiva pretende pues establecer un marco normativo que garantice un alto nivel de profesionalismo y competencia de los mediadores de seguros, lo cual sin duda beneficia a los consumidores, permitiéndoles, entre otras cosas, tener acceso a una gama más amplia de productos de seguros, que les permitirá obtener una cobertura más adaptada a sus necesidades.

Para conseguir estos objetivos la Propuesta de Directiva se basa en el planteamiento ya expuesto por la Comisión en su Recomendación 92/48/CEE, que consiste en establecer las normas que regulan el acceso y ejercicio de las actividades de mediación de seguros y reaseguros, sujetándolas básicamente a los siguientes principios:

1.º Todos los mediadores de seguros que ejercen su actividad en la Comunidad deben estar registrados por una autoridad competente de su Estado miembro de origen. La presente Propuesta no obliga a los Estados miembros a establecer un registro único, tan sólo prevé que los registros se encuentren bajo el control de las autoridades públicas, de organismos reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional o de organismos reconocidos por autoridades públicas expresamente facultadas para ello por la legislación nacional.

Se ha elegido el sistema de inscripción en el registro de los mediadores de seguros y reaseguros, en lugar del procedimiento de autorización administrativa de cada mediador debido a las dificultades de carácter práctico a que este último daría lugar, ya que en algunos Estados miembros el número de mediadores de seguros es tal que les sería muy difícil crear un régimen de autorización.

Además, para que una persona física o jurídica que emprenda o realice una actividad de mediación de seguros o de reaseguros pueda inscribirse en un registro es necesario que cumpla los siguientes requisitos profesionales:

- a) Los mediadores estarán en posesión de la experiencia y de los conocimientos generales, mercantiles y profesionales. Se trata de conocimientos que deben adecuarse a las funciones y actividades ejercidas por el mediador, así como a los mercados en los cuales trabaje y que, además, deberán ser actualizados periódicamente. Los Estados miembros deben definir y precisar el nivel y el contenido de estos conocimientos, que en cualquier caso deben ser suficientes para garantizar un grado adecuado de competencia profesional. En el caso de que el mediador sea una persona jurídica, la dirección de la empresa deberá contar con un número adecuado de personas que cumplan esta formalidad.
- b) Los mediadores dispondrán de una cobertura —cuyo nivel mínimo fija esta propuesta— de responsabilidad civil por daños derivados del ejercicio de la profesión o cualquier garantía equivalente, contra las responsabilidades derivadas de faltas profesionales; de modo que se garantice que toda persona afectada por la incompetencia profesional o negligencia de un mediador de seguros tenga la posibilidad de obtener una indemnización. El mediador estará eximido de suscribir este seguro de responsabilidad civil cuando la garantía la cubra la empresa en la que esté empleado o por la que esté facultado a actuar.
- c) Los mediadores de seguros que administren fondos pertenecientes a sus clientes deberán poseer la capacidad financiera suficiente, pues en muchos casos deben manipular fondos, y sea por cuenta del tomador de seguros o por cuenta de la empresa de seguros. La propuesta de Directiva prevé cuatro modalidades que tienen en cuenta los sistemas

existentes en los Estados miembros, si bien estos podrían adoptar disposiciones más estrictas.

- d) Los mediadores de seguros deben ser personas honorables que gocen de buena reputación, por lo que no pueden haber sido declarados en quiebra con anterioridad o poseer antecedentes penales. Las relaciones de confianza mutua entre consumidores y mediadores son fundamentales, pues estos últimos deben tener conocimiento de datos personales y confidenciales sobre la vida privada de su clientela.

En caso de que no se cumplan esas condiciones el mediador será eliminado del registro y, portanto, no podrá ejercer en adelante su actividad. Y las empresas de seguros solo podrán recurrir a los servicios de los mediadores de seguros inscritos en un registro.

2.º Si están inscritos en el registro podrán ejercer sus actividades en toda la Comunidad en régimen de establecimiento o libre prestación de servicios bajo la vigilancia y el control de las autoridades de su Estado miembro de origen. Son los Estados miembros los que han de establecer las sanciones adecuadas a toda persona que ejerza la actividad de mediación de seguros o de reaseguro sin estar inscrita como tal en un Estado miembro. Estas sanciones se aplicarán asimismo a las empresas de seguros que recurran a los servicios de mediación de seguros o reaseguros prestados por personas no registradas para ello en un Estado miembro. Este sistema de sanciones es fundamental para garantizar la aplicación del régimen establecido en la Propuesta, como también lo es la necesidad de que los Estados miembros colaboren e intercambien información. También para facilitar la aplicación de esta Directiva se prevé el establecimiento por los Estados miembros de un mecanismo de «quejas» de los clientes, así como de un procedimiento de resolución extrajudicial de litigios.

3.º Los mediadores de seguros deberán cumplir los requisitos de información al cliente recogidos en la Propuesta. En efecto, el Proyecto contiene disposiciones mínimas en lo relativo a las modalidades y el contenido de la información que los mediadores de seguros deberán facilitar a sus clientes (esto no afecta a los mediadores de reaseguros y de seguros del sector de riesgos comerciales o industriales). No debemos olvidar que los mediadores de seguros desempeñan un papel crucial en la protección de los intereses de los asegurados, principalmente aconsejándoles a través del análisis de sus necesidades. Así por ejemplo se impone a los agentes la obligación de informar a sus clientes de si trabajan para una o más firmas y, en este último caso, deberá efectuar un análisis justo y suficientemente amplio de los productos disponibles en el mercado, y de las razones en las que se basa su asesoramiento.

Sin embargo, otro tipo de información como la revelación de las comisiones que cobran los mediadores a sus clientes, cuya inclusión han solicitado

determinados organismos como la Oficina Europea de Organizaciones de Consumidores (BEUC), la Comisión ha decidido no incluirla, arguyendo razones no demasiado convincentes como que la comunicación del importe de dichas comisiones al cliente revelaría también casi toda la información relativa a las relaciones entre el mediador y la empresa aseguradora.

Es necesario aclarar que esta Propuesta de Directiva, al contrario que la Directiva 77/92/CEE, no hace directamente referencia a las dos principales categorías de mediadores de seguros existentes en la mayoría de los países europeos: agentes y corredores, sino que utiliza el término «mediador de seguros o reaseguros» en sentido amplio o funcional, de modo que abarca las distintas categorías de mediadores (corredor, agente) englobando al mismo tiempo otros canales de distribución como el banco seguro o los grandes distribuidores. De modo que la Directiva debe aplicarse a las personas cuya actividad normal consista en la prestación a terceros de servicios de mediación de seguros o reaseguros con carácter profesional. Por tanto, no debe aplicarse a ninguna persona que ejerza una actividad profesional diferente, aunque con carácter ocasional ofrezca asesoramiento sobre cobertura de seguros en el ejercicio de dicha actividad (esto ocurre, por ejemplo, con los expertos fiscales o contables). Las actividades de asesoramiento de seguros contempladas en la presente Propuesta son las ejercidas como parte de la actividad de intermediación de seguros, a fin de asistir al cliente en la firma de un contrato de seguros o para la gestión o ejecución del contrato de seguro.

Además, los Estados miembros tienen la posibilidad de no aplicar la presente Directiva a las personas físicas que ejerzan la mediación de seguros con carácter ocasional, siempre y cuando dicha mediación no constituya su actividad profesional principal, ni la fuente principal de sus ingresos profesionales, y además cuando un mediador de seguros que cumpla los requisitos de esta Propuesta o una empresa de seguros garanticen las actividades de estos mediadores y asuman responsabilidad plena de sus actos, así mismo deberán facilitarles una formación básica adecuada. Se contempla esta excepción —limitada, como hemos visto, en aras de la protección del consumidor— porque si se aplican estrictamente los requisitos de la Directiva a estas personas que intermedian con carácter ocasional y auxiliar, supondría el fin de sus actividades.

Esta Propuesta ha sido objeto de **consulta** a los distintos interesados: expertos de los Estados miembros y de las organizaciones representativas de los ámbitos interesados —aseguradores, mediadores y Organización Europea de Consumidores—. Los distintos sectores interesados parecen acoger, en líneas generales, favorablemente la idea de una Propuesta que regule en el ámbito europeo a los mediadores de seguros, así como las orientaciones generales de la misma.

En definitiva, en esta Propuesta se establecen unas reglas mínimas, que permitirán a los países adoptar previsiones más restrictivas, pero sólo para aquellos mediadores registrados en su territorio nacional. De modo que la Directiva no pretende armonizar los requisitos que en cada país son necesarios para ejercer esta profesión, sino establecer un sistema de reconocimiento mutuo que permita que los profesionales de un país comunitario puedan desarrollar sus actividades en el resto de la Comunidad. Por tanto, esta Directiva no armoniza en exceso los medios que deben aplicar las autoridades competentes para garantizar que se alcancen los objetivos, y ello porque los mediadores ofrecen productos de compañías que ya son objeto de rigurosa vigilancia en la UE, las cuales además, deben utilizar exclusivamente los servicios de mediadores que cumplan lo dispuesto en la Directiva.

La gran ventaja que incorpora esta Propuesta es que dará a las empresas mediadoras la posibilidad de realizar negocios en cualquier parte de la UE, tanto bajo las normas reguladoras de la libertad de prestación de servicios como de la libertad de establecimiento. Si bien es de señalar que la Directiva impone a los mediadores que por primera vez se propongan efectuar su actividad en uno o más Estados miembros el deber de informar a las autoridades competentes del Estado miembro de origen, el cual se lo notificará a los Estados miembros en que el mediador vaya a realizar su actividad. El volumen de negocio aumentará en este sector dentro del mercado interior, lo que implicará un aumento de la competencia que beneficiará a empresas y consumidores. Ahora solo resta esperar la aprobación definitiva por el Parlamento Europeo y el Consejo de esta Propuesta que está prevista para el 2002 y a que los Estados miembros adopten las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir la presente Directiva, para lo cual se ha fijado como fecha máxima el 31 de diciembre de 2003.

*Rocio Quintáns Eiras*

#### **4. LOS COMPROMISOS POR PENSIONES Y OBLIGACIONES SIMILARES DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO TRAS LA NUEVA REGULACIÓN DEL BANCO DE ESPAÑA**

Actualmente nos encontramos en un momento en el cual muchos países se encuentran discutiendo cómo reformar los sistemas públicos de pensiones, motivo por el cual adquieren importancia los otros dos pilares que sustentan la previsión social: los sistemas de previsión social complementaria que nacen en el seno de las relaciones laborales y los que nacen de decisiones individuales.

En el caso concreto de los que nacen en el seno de las relaciones laborales, en España la Ley 30/1995 en el apartado 19 de su disposición adicional undécima

ma (apartado que da una nueva redacción a la disposición adicional primera de la Ley 8/1987) y en sus disposiciones transitorias decimocuarta, decimoquinta y decimosexta configura el régimen de instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios. Posteriormente, el Real Decreto 1588/1999 va a desarrollar las citadas disposiciones.

El citado Real Decreto recoge la forma en que se pueden cubrir los compromisos por pensiones de las empresas con sus trabajadores, sus criterios de valoración y el régimen a aplicar a los déficit de cobertura que puedan existir a la entrada en vigor de esta normativa. Establece que los compromisos por pensiones asumidos por las empresas deben instrumentalizarse mediante contratos de seguro, planes de pensiones o una combinación de ambos, no siendo admisible la cobertura de tales compromisos mediante fondos internos que supongan la titularidad por la empresa de los recursos constituidos. Excepcionalmente, sí podrán utilizar fondos internos las entidades de crédito, aseguradoras y sociedades y agencias de valores, siempre y cuando sean autorizados por el ministro correspondiente.

Tras el Real Decreto 1588/1999, el Banco de España ha emitido la Circular 5/2000, cuyo principal objetivo es adaptar el tratamiento contable de los compromisos por pensiones de las entidades de crédito, contenido en la norma decimotercera de la Circular 4/1991, a lo dispuesto en dicho Real Decreto. Asimismo, la Circular 5/2000 incorpora a la Circular 4/1991 el régimen transitorio de adaptación a la nueva regulación sobre compromisos de pensiones, además del tratamiento contable de otros compromisos de naturaleza similar que no caen en el ámbito del Real Decreto.

Si nos detenemos en el tratamiento contable vigente de los compromisos por pensiones y obligaciones similares de las entidades de crédito, recogido en la Circular 4/1991 tras las modificaciones introducidas por la Circular 5/2000, observamos que la Circular, en primer lugar, define los compromisos por pensiones causadas y el riesgo devengado por pensiones no causadas (en adelante compromisos y riesgos devengados por pensiones). Estos conceptos ya eran recogidos en la Circular 4/1991 antes de ser modificada, si bien sus definiciones han sido retocadas por la Circular 5/2000.

En segundo lugar, la Circular se refiere a los compromisos y riesgos devengados por pensiones cubiertos con fondos internos de pensiones del Real Decreto 1588/1999. Estos compromisos se valorarán cubriendo aplicando criterios objetivos, al menos tan rigurosos como los que se establecen en el Real Decreto para la valoración de los citados compromisos y riesgos. Así por ejemplo, el Real Decreto fija, entre otros criterios, que el tipo de interés técnico aplicable no podrá ser superior al 4%.

Sila cuantía del compromiso está ligada al surgimiento de algún suceso en el futuro, es necesario estimarla a partir de la información disponible y utilizando hipótesis. En la fijación de las hipótesis no reguladas en el Real Decreto se aplicarán, siempre que existan, los criterios que se hubiesen pactado contractualmente con los beneficiarios; en los demás casos, y en tanto no se desarrollen reglamentariamente o publiquen recomendaciones por el Ministerio de Economía, se aplicarán criterios prudentes y coherentes entre sí, respetando en todo caso los siguientes:

- a) El tipo de interés técnico no podrá ser superior en más de dos puntos porcentuales a la tasa de crecimiento de los salarios.
- b) La tasa de crecimiento de salarios será como mínimo un punto porcentual superior a la tasa de crecimiento de las pensiones de la Seguridad Social. En la determinación del crecimiento de los salarios se tendrá en cuenta la proyección razonable de los cambios futuros en la categoría laboral de los empleados. Debemos señalar que los representantes de las entidades de crédito habían pedido, en el período de consultas al Banco de España, que esta tasa no fuese superior al 0,5%.
- c) Si entre los compromisos de la entidad figurase la revalorización anual de los complementos de pensiones, el tipo de interés técnico no podrá ser superior en más de tres puntos porcentuales al tipo de revalorización de las pensiones.
- d) La edad estimada de jubilación de cada empleado será la primera a la que tenga derecho a jubilarse. El Banco de España ha suavizado este criterio, ya que inicialmente pretendía que la edad estimada de jubilación se fijase atendiendo a la experiencia de cada entidad en los últimos años. Sin embargo, los representantes de las entidades de crédito alegaron que la edad media de jubilación en el sector había bajado en los últimos años, como consecuencia de los fuertes planes de prejubilación aplicados por las entidades y prácticamente finalizados, consecuencia principalmente de los procesos de fusiones.
- e) No se contemplarán minoraciones por rotaciones en la plantilla, desoyendo así las peticiones de los representantes de las entidades de crédito que pedían estas minoraciones.

Estos criterios enumerados no aparecían en la Circular 4/1991 antes de ser modificada por la Circular 5/2000. Esta enumeración de criterios endurece la regulación considerablemente, ya que una variación mínima en los criterios utilizados para calcular la provisión tiene una repercusión importante en la cifra final del fondo.

El Banco de España recomienda que en tanto no se disponga de los frutos del análisis actualmente en curso para establecer unas tablas que se adapten

mejor a la experiencia española se utilizarán, en la determinación de la provisión matemática representativa del valor de los derechos por servicios pasados correspondientes a compromisos de prestación definida, las tablas de experiencia suiza GKM/F-95 y GRM/F-95.

Al tener que actualizar las tablas de mortalidad y esperanza de vida, las entidades deberán modificar los cálculos de los compromisos por pensiones, produciéndose por regla general un aumento en las necesidades de provisiones, por contemplar las nuevas tablas una esperanza de vida mayor.

Los registros contables de los compromisos y riesgos devengados por pensiones que estén cubiertos con fondos internos, aunque se ha alterado la denominación de alguna de las rúbricas, se realizan igual que antes de ser modificada la Circular 4/1991, salvo cuando la entidad cubra, en todo o en parte, sus riesgos derivados de fondos internos de pensiones con contratos de seguros en los que la entidad continúe asumiendo el riesgo actuarial, de inversión o ambos. Actualmente, en el caso de que la entidad cubra los citados riesgos, las aportaciones efectuadas por este concepto a las entidades aseguradoras se registrarán en una cuenta del activo del balance; esta cuenta de activo se valorará por el importe de las provisiones matemáticas que deba tener la entidad aseguradora, en función de los términos del contrato, a la fecha del balance, registrando las diferencias de valoración que se deban a la rentabilidad generada en el ejercicio por los contratos con abono a la cuenta de resultados. Antes de ser modificada la Circular 4/1991 por la Circular 5/2000, el valor de las reservas matemáticas de los seguros o conciertos establecidos con entidades de seguros, cajas especiales o planes de pensiones externos por los que la entidad cubría, en su caso, sus compromisos y riesgos de pensiones, siempre que la entidad mantuviera la responsabilidad última de los compromisos, se contabilizaba en cuentas de orden. Las primas, cuotas o aportaciones satisfechas a esas entidades se adeudaban íntegramente a pérdidas y ganancias.

En tercer lugar, la Circular se refiere a los compromisos y riesgos devengados por pensiones, que estén cubiertos con fondos externos de pensiones del Real Decreto 1588/1999. Los registros contables a realizar actualmente coinciden con los registros a realizar antes de ser modificada la Circular 4/1991 por la Circular 5/2000, salvo que tras la modificación no tendrán reflejo en cuentas de orden los compromisos y riesgos devengados por pensiones.

En cuarto lugar, la Circular se refiere a los compromisos y riesgos devengados por pensiones con beneficiarios no afectados por el Real Decreto 1588/1999. Cuando éstos se cubran con aportaciones a entidades de seguros o planes de pensiones en los que la entidad no retenga ningún riesgo actuarial asegurable ni de inversión con los beneficiarios, se tratarán y registrarán como fondos externos de pensiones, y aquellos en los que la entidad retenga el riesgo

actuarial, de inversión, o ambos, se tratarán y registrarán como fondos internos de pensiones.

En quinto lugar, la Circular trata las prejubilaciones, premios de antigüedad y conceptos similares. En los compromisos asumidos con el personal prejubilado, el valor actual del coste de personal prejubilado hasta que pase a la situación legal de jubilado se provisionará. En la determinación de las provisiones a dotarse utilizarán, en lo aplicable, los criterios establecidos para la valoración de los compromisos y riesgos por pensiones cubiertos con fondos internos. Si se formalizan contratos de seguro para pagar al personal hasta que se jubile legalmente, su importe no aparecerá en el balance exclusivamente si la entidad no retiene ningún riesgo actuarial ni de inversión; en otro caso, su importe se registrará en una rúbrica de activo. Los complementos que se tengan que realizar a los fondos internos de pensiones para la cobertura de los compromisos a pagar por pensiones una vez que los empleados pasen a la situación legal de jubilado se cubrirán inmediatamente.

Excepcionalmente, bien en aquellos casos en los que el Banco de España autorice que no sea procedente la aplicación de algunas de las normas de la Circular 4/1991, por resultar la misma incompatible con la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera o de los resultados de la entidad, o cuando ello resulte preciso de acuerdo con el plan de saneamiento aprobado específicamente para aquélla, bien en aquellos casos en que los compromisos a cubrir tengan su origen en procesos de reestructuración destinados a consolidar la posición financiera de la entidad a medio o largo plazo, el Banco de España podrá autorizar un calendario para la dotación de las anteriores provisiones, o permitir que se constituyan con cargo a reservas. En los últimos años ha sido habitual que las entidades desde crédito, como consecuencia principalmente de los procesos de fusiones, costeasen sus programas de prejubilaciones contra reservas en lugar de cargarlo en la cuenta de resultados. Sin embargo, con las modificaciones de la Circular 4/1991 parece que el Banco de España pretende limitar al máximo el cargar contra reservas estos costes.

Las remuneraciones al personal no vencidas, por premios de antigüedad o por conceptos similares, no incluidas en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1588/1999, que se devenguen en varios ejercicios se provisionarán por el valor actual devengado a la fecha del balance, pudiéndose realizar la periodificación mensual sobre la base de presupuestos de gastos, prestando la debida atención a las desviaciones importantes que se produzcan, rectificándose, en tal caso, las periodificaciones efectuadas; no obstante, al cierre del ejercicio se realizará el ajuste a los efectivamente devengados.

Las indemnizaciones contractuales por ceses o despidos diferentes de las establecidas con carácter general por la legislación vigente, siempre que su

importe supere dos anualidades, se cubrirán dotando durante el período que media entre la fecha de la contratación y la que figura en el contrato para tener derecho a la indemnización, estableciéndose un plazo máximo para su cobertura de cinco años si no figura en el contrato un período mínimo para que sea obligatorio su pago, salvo que existan circunstancias objetivas que permitan aplicar otro calendario. La dotación de estos fondos para las indemnizaciones encontró un fuerte rechazo de los representantes de las entidades de crédito en el período de consultas, consecuencia de los grandes compromisos contraídos por algunas entidades con sus ejecutivos de la alta dirección. Por ello el Banco de España en la redacción final de la Circular 5/2000 ha suavizado esta dotación, al añadir que el importe de estas indemnizaciones tiene que superar dos anualidades.

Antes de ser modificada la Circular 4/1991 por la Circular 5/2000, aquella simplemente señalaba que los pagos por jubilaciones anticipadas o cualquier otra fórmula similar se recogerían entre las indemnizaciones por despido.

Sobre el contenido de la memoria, la Circular 5/2000 ha añadido a la Circular 4/1991 la obligación de indicar en la memoria de las entidades de crédito, por un lado, información sobre los compromisos por pensiones con su personal y beneficiarios; por otro lado, información sobre los importes provisionados en el ejercicio para la cobertura de los compromisos con el personal prejubilado.

Por último la norma quincuagesimoprimera de la Circular 4/1991 recoge una serie de disposiciones complementarias, incorporadas por la Circular 5/2000, sobre las entidades que, teniendo constituido un fondo interno, opten por convertirlo en un fondo externo de pensiones, sobre la diferencia que aflore al convertir en externos sus fondos de pensiones, etc.

Como conclusiones podemos señalar:

- Los compromisos por pensiones y obligaciones similares suponen para la empresa un coste que se devenga regularmente, durante la vida activa de los trabajadores, estando totalmente dotados cuando sean exigibles. No son aceptados los métodos denominados “pagar sobre la marcha” y “dotación al fondo al final del servicio activo”. La normativa se está basando, entre otros, en el principio de prudencia, en el principio de devengo y correlación de ingresos y gastos. Las modificaciones introducidas en la Circular 4/1991 por la Circular 5/2000 establecen una periodificación más adecuada de los gastos de personal.
- El Banco de España pretende que las entidades realicen normalmente los cargos a la cuenta de resultados y no a reservas, con el fin de que

no se vea mermada su inversión total por la aparición de posibles deudas como consecuencia de los compromisos adquiridos.

- La problemática contable derivada de estos compromisos se trata distinguiendo entre los compromisos en los cuales la entidad de crédito ha transferido el riesgo a una entidad externa, frente a los compromisos en que la entidad de crédito sigue asumiendo el riesgo.
- Con las modificaciones introducidas en la Circular 4/1991 por la Circular 5/2000, se endurecen las condiciones si se mantienen fondos de pensiones internos. Creemos que estas modificaciones han influido en que las entidades de crédito, a pesar de su régimen excepcional que las permite mantener fondos internos de pensiones, hayan estado activas en la exteriorización de sus compromisos: en estos momentos la gran mayoría de los bancos y de las cajas de ahorros han transformado sus compromisos o siguen las negociaciones.

La pregunta inmediata es cómo influirán en las entidades de crédito que todavía no han exteriorizado, por un lado, la ampliación del plazo de exteriorización, recogida en la disposición adicional vigésima quinta de la Ley 14/2000, hasta el 16 de noviembre de 2002, dando más margen para una posible negociación de las entidades con sus trabajadores; y por otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo conocida el 23 de febrero de 2001, según la cual los trabajadores de La Caixa son propietarios de los fondos de pensiones internos constituidos por dicha entidad, no perdiendo sus derechos los empleados que hayan abandonado ésta por motivos diferentes a los estipulados.

*Fernando García Martínez*

## **5. REFORMA DE LA LEY 1/1991, DE 4 DE ENERO, DE LAS CAJAS DE AHORRO DE ARAGÓN**

Es de todos conocida la importante evolución social y económica de las Cajas de Ahorro en todo el ámbito del Estado Español. Las modificaciones introducidas por Ley 4/2000 persiguen que las Cajas de Ahorro de Aragón se adapten a las nuevas necesidades que se han planteado en los últimos años tanto en el campo de su actuación social, como en el económico, a fin de dar un mejor servicio a la sociedad en consonancia con los tiempos actuales y al mismo tiempo para que se garantice una gestión transparente, debidamente regulada y que proteja a los clientes.

La modificación del apartado 1 del artículo 4 de la Ley 1/1991 ha de implicar que las Cajas de Ahorro con domicilio social en la Comunidad Autónoma de Aragón han de centrar sus actividades económicas y sociales al territorio de dicha Comunidad buscando no sólo el desarrollo económico de la misma sino también el equilibrio entre los diversos territorios que componen la Comunidad Autónoma.

Se refuerza con respecto a la legislación anterior el quórum para las posibles operaciones de fusión que conlleven la pérdida de personalidad jurídica inicial de una Caja de Ahorros con domicilio social en la Comunidad Autónoma de Aragón, estableciéndose el acuerdo favorable de dos tercios de los miembros tanto del Consejo de Administración como de la Asamblea General (se modifica el apartado 1.2 del art. 14 de la Ley 1/1991).

Asimismo, con la introducción de un nuevo art. 17 bis se otorga un mayor control al Gobierno de Aragón, al exigirse su autorización sobre las operaciones de constitución, fusión, disolución o cambio de domicilio social de la Caja de Ahorros y una mayor información a las Cortes de Aragón, quienes han de disponer de puntual información sobre las operaciones mencionadas.

Sufre una importante modificación toda la actividad relacionada con la obra social y cultural que hasta ahora venían desarrollando las Cajas; se modifican íntegramente los artículos 28 y 29 y se introducen nuevos arts. 28 bis y 29 bis. Se exige que las Cajas de Ahorro con domicilio social en la Comunidad Autónoma de Aragón destinen la totalidad de sus excedentes, una vez cubiertas sus reservas, a la dotación de un fondo para la obra social y no una parte como venían haciendo, regulándose además los campos en los que ha de actuar, tales como enseñanza, servicios de asistencia social, investigación, innovación, cultura, sanidad pública, sin perjuicio de otros que considere oportunos para fomentar el desarrollo económico-social de su ámbito de actuación. Se modifica el criterio de la dotación de la obra social y cultural cuando la Caja con domicilio social en la Comunidad Autónoma de Aragón actúe habitualmente en más de una comunidad Autónoma, implantándose que para cada uno de los territorios de su actuación la dotación se adaptará a las necesidades específicas de desarrollo socioeconómico de dichos territorios, por lo que en la reforma no se tienen en cuenta como hasta ahora los recursos que la Caja obtenga de cada uno de dichos territorios. Por el contrario el criterio cambia cuando la Caja de Ahorro que opere en territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón no tiene su domicilio social en el mismo, en cuyo caso la dotación de obra social y cultural destinada a Aragón ha de ser, como mínimo, la parte proporcional del presupuesto anual de la obra social y cultural en función de los recursos ajenos captados en esta Comunidad Autónoma con respecto al total de la entidad. Sin perjuicio de un estudio más pormenorizado, llámala atención que la determina-

ción del *quantum* de la dotación de la obra social en aquellas Cajas de Ahorro que actúen en otros territorios además de la Comunidad Autónoma de Aragón se modifique únicamente en razón del domicilio social, ya que ello podría afectar al equilibrio de mercado.

La introducción del artículo 28 bis supone la unidad de criterio de la obra social tanto la realicen las Cajas directamente o en colaboración con otras instituciones públicas o privadas. El Gobierno de Aragón no se limitará como hasta ahora a emitir criterios orientativos en materia de la obra social sino que pasa a tener un papel más activo y comprometido al instaurar las directrices y prioridades en relación a la obra social y cultural aunque se respetará la libertad de cada Caja para decidir el destino concreto de sus inversiones.

La reforma del art. 29 y la introducción de un artículo 29 bis obligan a la Caja a solicitar autorización al Gobierno de Aragón sobre la distribución de resultados aprobada por la Asamblea General de la Caja y, en particular, las dotaciones presupuestarias anuales para el sostenimiento de las obras sociales y culturales, aunque la misma se considerará otorgada si en el plazo de un mes desde su recepción en el registro del órgano competente para su tramitación no se obtiene resolución. Otra novedad es la obligación de las Cajas de formular un presupuesto anual de la obra social y cultural, en el que se deberá informar de forma individualizada y suficiente de todas las obras tanto propias como en colaboración, especificando su finalidad y dotación para su sostenimiento. También se crea un fondo para actuaciones que se han de llevar a cabo en situaciones de emergencia que no podrá superar el 5% del total presupuestado, estableciéndose la previsión de su incorporación a la dotación de la obra social y cultural del siguiente año para el caso de que no se agote. Y por último la reforma exige una profesionalización de la gestión de las inversiones de la obra social y cultural.

Entendemos que la finalidad de las citadas reformas es obtener la mayor inversión posible en obra social y cultural en territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón, un mayor control e intervención del ejecutivo autonómico sobre el destino y aplicación de la obra social y obtener una mayor transparencia y eficacia en la gestión de la citada obra social. De ahí la exigencia de una gestión profesionalizada de las inversiones, lo que a larga repercutirá en un mayor desarrollo socioeconómico de Aragón.

En relación a los **órganos de gobierno** de las Cajas, se elimina el requisito de nacionalidad española para ser Consejero general. La reforma es más restrictiva en cuanto a las situaciones de incompatibilidad, ya que no sólo se contempla la figura del quebrado y concursado no rehabilitado, condenados a penas que lleven aparejada inhabilitación para cargo público, sino que se amplía a los sancionados por infracciones calificadas de graves o muy graves por el ordena-

miento jurídico apreciadas tanto por los tribunales como por órganos administrativos. Asimismo, la incompatibilidad se extiende a los altos cargos de otras instituciones o establecimientos de crédito o financieros, y a los que se relacionen con la Entidad por medio de contratos de obras, servicios, suministros o trabajos retribuidos, no sólo durante el tiempo de duración de los mismos sino que se prorroga a los dos años siguientes al cese de tal relación, y con igual criterio se contempla respecto de los Consejeros, durante su mandato y dos años a partir de su cese, plazo durante el cual no podrán estar vinculados a la Caja directa o indirectamente por los citados contratos o trabajos. Se extiende la incompatibilidad a los cargos públicos de designación política de las administraciones públicas y los cargos electos de las Cortes Generales o del Parlamento Europeo.

Se amplían los mandatos consecutivos para desempeñar el cargo de Consejero General, pasando de dos mandatos a tres, lo que posibilita el ejercicio del cargo durante 12 años consecutivos. Se justifica la mayor duración de los cargos para que los planes que se proyecten y aprueben puedan ser ejecutados por los mismos órganos de gobierno, con ello se pretende reforzar la responsabilidad y eficacia de éstos; en suma, mejorar la gestión de las Cajas de Ahorro.

Se atribuyen más funciones a la Asamblea General como órgano supremo de gobierno de las Cajas de Ahorro al introducir dos nuevos apartados, i) y j), en el art. 39, otorgándole competencias sobre la creación, modificación y disolución de personas jurídicas promovidas por las Cajas de Ahorro, así como la aprobación de su gestión y de sus presupuestos anuales, incluida la liquidación de los mismos. Y por último se incluye el cambio de domicilio social.

Antes de la celebración de la Asamblea General, los Consejeros Generales dispondrán de más información que hasta la reforma, pudiendo examinar no sólo la documentación contable e informes de auditorías y de la comisión de control, sino cualquier otro informe preceptivo relacionado con los puntos incluidos en el orden del día (apartado 2, art. 41).

Se hace patente la mayor participación de la Comunidad Autónoma de Aragón, objetivo de la presente reforma, en la modificación del apartado 2 del art. 44, art. 45 e introducción del art. 48 bis, al incluir como nuevo grupo de representación en la Asamblea General a los Consejeros Generales que representen a la Comunidad Autónoma de Aragón, variando el porcentaje de representación que hasta ahora venían ostentando los Consejeros elegidos en representación de los Ayuntamientos de la zona de actuación de la Caja, que pasa a ser de 42% a 21%, atribuyéndose el 21% restante a la Comunidad Autónoma de Aragón. Los integrantes de este nuevo grupo serán designados por las Cortes de Aragón entre personas de reconocido prestigio y competencia.

En cuanto a los otros grupos de representación en la Asamblea General, es de destacar, por lo que respecta al de impositores, que se establece con claridad que un impositor solo puede figurar relacionado una vez en las circunscripciones electorales aunque sea titular de varias cuentas. Para las elecciones de Consejeros Generales de este sector se exige un plazo mínimo de dos meses desde la publicación en el BOE de las listas de los compromisarios designados. Se prevé que las bajas se vayan cubriendo por los compromisarios que hubieran sido más votados, sin esperar a una nueva elección general y evitando vacantes como venía sucediendo hasta ahora (apartados 4, 7 y 10 del art. 47). Los Consejeros Generales del grupo de representación del personal de la Caja gozarán con esta reforma de una mayor protección al otorgárseles las mismas garantías sindicales que las establecidas en el Estatuto de los Trabajadores para los representantes legales de los mismos. Por otro lado, se les da la posibilidad a los empleados de presentarse no solo por este grupo de representación sino también por el sector de la Comunidad Autónoma de Aragón aunque de manera excepcional y justificada (apartados 5 y 6 del art. 48). Por lo que respecta al sector de personas o entidades fundadoras se crea un registro especial donde la inscripción de las mismas será condición necesaria para gozar de tal consideración.

En el Consejo de Administración, como órgano delegado de la Asamblea General, lógicamente también se introduce la representación de la Comunidad Autónoma y se pasa de una a dos personas las que puedan integrar la candidatura de cada sector sin ser Consejero general siempre que reúnan los requisitos legales previstos. Al igual que en la Asamblea General, el mandato de los vocales del Consejo de Administración puede prolongarse hasta 12 años, es decir cuatro más que antes de la reforma (apartados 4 del artículo 52 y 1 del artículo 54).

Respecto a la **comisión de control**, con la modificación del artículo 60, se le atribuyen funciones más específicas que contribuirán a un examen más exhaustivo de la gestión que realicen los órganos de gobierno. Así, con respecto a la censura de cuentas, se requiere un informe que refleje el examen realizado sobre las mismas y no meras observaciones como hasta ahora. Con relación a la obra social y cultural, respecto de la que nada expresamente se regulaba con anterioridad, se establece la obligación de informar a la Asamblea General sobre los presupuestos y dotación de aquella, tanto la gestionada directamente como indirectamente por la Caja de Ahorros, así como vigilar el cumplimiento de las inversiones y gastos previstos. Se instituye una mayor comunicación entre la Comisión, de una parte, y el Gobierno de Aragón y Banco de España, de otra parte, como puede observarse al exigírsele que semestralmente informe al Banco de España, al Gobierno de Aragón y a la Asamblea general sobre la gestión económica y financiera de la Caja, comunicar el nombramiento y cese del Director General, informar del proceso de elección y designación de los

miembros de los órganos de Gobierno, y dar traslado de cuestiones concretas a petición de la Asamblea General.

La figura del **defensor del cliente** pasa a ser un cargo retribuido necesariamente por la Federación, exigiéndosele el requisito de dedicación exclusiva y será incompatible con cualquier cargo o actividad de carácter público. Esperamos que el requisito de exclusividad, junto con el de retribución por la Federación, no merme su independencia ni se vean perjudicados los intereses de los clientes a los que ha de defender. Conforme a la citada exigencia de exclusividad y retribución se le requiere una mayor información, elevando no sólo informe anual al Consejo General de la Federación en el que hará constar sus recomendaciones, sino también necesariamente elevará a los consejos de administración y a las asambleas generales de las Cajas de Ahorro Federadas informes sobre las quejas recibidas, haciendo constar su recomendación.

*María José Rodríguez Docampo*

## **6. ACTIVIDADES DE CONTROL EN RELACIÓN CON EL BANCO DE ESPAÑA**

El Tratado de la Unión Europea exigía que, en el ámbito de la política monetaria, se otorgase autonomía a las instituciones llamadas a integrarse en el Sistema Europeo de Bancos Centrales. En consecuencia, se promulgó la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, que introdujo modificaciones significativas en la dirección de la política monetaria y en el régimen de los órganos rectores del Banco. Es de destacar que no se alteró de forma apreciable el régimen de otras funciones, en particular el desempeño de las relativas a la supervisión de las entidades de crédito.

El inicio de la tercera etapa de la Unión Económica y Monetaria el 1 de enero de 1999, con la constitución del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) y del Banco Central Europeo (BCE), hizo necesario redefinir algunas de las funciones tradicionales del Banco de España al reconocerse al BCE potestades en el área del euro en relación con las políticas monetaria y cambiaria.

De conformidad con el artículo 21.1.f) de la mencionada Ley 13/1994, el Consejo de Gobierno del Banco de España aprobó un Reglamento Interno, precisando la organización y funcionamiento de la Entidad de acuerdo con los nuevos requerimientos. Posteriormente, a fin de adaptarlo a la nueva realidad jurídica existente, el 28 de marzo de 2000 aprobó un nuevo Reglamento Interno, recogiendo las modificaciones legislativas aparecidas a fin de garantizar la plena integración del Banco en el SEBC.

La operativa del Banco de España, al igual que la de otros bancos centrales, se puede considerar como específica y compleja, con una gran diversidad de operaciones que han tenido que evolucionar para adaptarse a los requerimientos que los distintos momentos políticos y económicos precisaban, estando, en consecuencia, debidamente reguladas.

En la Unión Europea está constituido el Sistema Europeo de Bancos Centrales, que está compuesto por el Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales de los estados miembros. El conjunto de bancos, entre los que figura el Banco de España, de los países que han adoptado el euro y el BCE ha sido denominado "eurosistema".

En consecuencia, actualmente hay que destacar dos planos en la actuación del Banco de España. El primero, al participar en el desarrollo de las funciones básicas atribuidas al Sistema Europeo de Bancos Centrales como parte integrante del eurosistema.

En segundo lugar, hay que resaltar el artículo 14.4 de los Estatutos del SEBC y del BCE, en el que se indica que los bancos centrales nacionales podrán ejercer otras funciones distintas a las monetarias, que se realizarán bajo la responsabilidad de estas entidades y no se considerarán parte de las funciones del SEBC, quedando sometidas a las respectivas legislaciones nacionales. En el caso del Banco de España, figuran recogidas principalmente en su Ley de Autonomía.

Lógicamente, para poder asegurar la correcta ejecución de las operaciones y el cumplimiento de las misiones encomendadas, el Banco de España cuenta con una serie de controles y está sometido a una serie de requisitos.

Con carácter general, en las entidades financieras y crediticias existe la siguiente estructura de control básica:

*Controles internos:*

Auditoría interna.

Sistemas de control interno.

*Controles externos:*

Auditoría de cuentas.

Medidas de supervisión.

Partiendo de esta clasificación, a continuación se detallan los diversos controles en relación con el Banco de España, pues, en una primera aproxima-

ción, este esquema se puede considerar también válido con la matización de las medidas de supervisión, ya que, mientras para las entidades de crédito la supervisión prudencial en nuestro país es ejercida por el propio Banco de España, esta Institución tiene un control diferente y específico ejercido por el Tribunal de Cuentas.

Este control, con las características de externo y obligatorio o legal, viene recogido en el art. 33 del Reglamento Interno del Banco de España, donde se especifica que esta Entidad está sujeta a la fiscalización externa del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, que lo reguló como el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público.

En relación con las auditorías, cabe señalar que el Reglamento Interno del Banco de España, en su art. 29, indica que las cuentas anuales serán auditadas interna y externamente. Además, en su art. 31 se precisa que las cuentas anuales serán auditadas por auditores externos independientes de acuerdo con lo previsto en el art. 27 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo, que establece que las cuentas del BCE y de los bancos centrales nacionales serán controladas por auditores externos independientes.

Las auditorías en el Banco de España, con las características, en líneas generales, de controles personales y posteriores, son similares a las de otras entidades, especialmente a las de crédito. La auditoría interna, integrada en una unidad independiente, ha evolucionado desde la inspección de las sucursales a la fiscalización de todos los servicios del Banco, referenciándose separadamente del resto de los controles internos, como en la mayoría de las empresas, por su actual importancia. La auditoría externa ha sido impuesta recientemente como consecuencia del nuevo contexto europeo en que está inmersa la Entidad.

Determinados controles implantados en el Banco de España figuran referenciados en el art. 32 de su Reglamento Interno, ya que al precisarse las funciones de la Comisión de Censura de Cuentas del Banco se indica que, entre otras, tiene la misión de supervisar el funcionamiento de los servicios de auditoría y control de carácter interno y, entre sus informes al Consejo de Gobierno, figura el relacionado con el funcionamiento de los servicios de auditoría y control interno.

Además, esta Comisión, que está formada por tres miembros del Consejo de Gobierno, como su nombre indica ejerce una función de fiscalización interna, desde la nacionalización del Banco en 1962, al censurar el proyecto de cuentas anuales de la Entidad.

En relación con los sistemas internos existentes en el Banco de España, cabe señalar en primer lugar que esta Entidad cuenta con una organización

adecuada a las características de un banco central, con delimitación de funciones y competencias, así como una normativa interna precisa para poder desarrollar su labor.

En segundo lugar, en el Banco de España están implantados, desde siempre, unos controles internos adecuados para evitar errores y fraudes y asegurar el fiel cumplimiento de las operaciones que en esta Entidad se tienen que ejecutar, que, además, precisan sistemas de registro e información específicos.

El Banco de España, de acuerdo con el art. 1 de la Ley 13/1994, de Autonomía, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines actúa con autonomía respecto a la Administración del Estado, contando con un Servicio de Intervención que sobresale entre los controles internos por su gran tradición y peso específico dentro de la Institución, destacando, entre sus muchas funciones, su carácter de control previo.

Con independencia de los controles señalados, hay que resaltar determinadas medidas externas que afectan al Banco de España como consecuencia del nuevo contexto europeo, ya que los Estatutos del SEBC y del BCE, en su art. 14.3, establecen que los bancos centrales nacionales serán parte integrante del SEBC y su actuación se ajustará a las orientaciones e instrucciones del BCE, que tiene la misión de garantizar que se cumplan las funciones encomendadas al eurosistema.

El BCE ejerce un control de las actividades de los BCN, pudiendo llevarles ante el TJCE si incumplieran algunas de las obligaciones derivadas de los Estatutos, de conformidad con el punto seis del artículo 35 referente al control judicial.

El BCE actúa con independencia, estando sometido a diversos controles externos, como son los auditores externos y el Tribunal de Cuentas Europeo, de conformidad con el art. 27 de los Estatutos. Además, dispone de sus propios procedimientos de auditoría y control internos, que siguen la normativa general relativa a las estructuras de control de las entidades financieras y crediticias. Es de destacar que, entre el conjunto de controles internos, dispone también de normas para evitar el mal uso de la información confidencial relativa a los mercados financieros y compartir la preocupación de combatir el fraude interno, creando a talefecto un Comité de Lucha contra el Fraude (BCE. Informe anual, 1999, pág. 146).

Lógicamente, estas medidas y preocupaciones se ramifican hacia los distintos bancos centrales nacionales.

También se puede destacar que el BCE tiene encomendada la tarea de supervisar el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los bancos centrales

nacionales, de conformidad con los arts. 104 y 104A del Tratado de la Unión Europea y otras disposiciones, en relación con la prohibición de financiación monetaria y acceso privilegiado a entidades financieras de sus respectivos gobiernos.

En este nuevo contexto europeo, los bancos centrales nacionales tienen personalidad jurídica propia de conformidad con las legislaciones de sus respectivos países, que también imponen determinadas obligaciones en cada ámbito nacional.

En relación con el Banco de España, cabe destacar que, en materia de política monetaria, tiene que informar regularmente a las Cortes Generales y al Gobierno de los objetivos y ejecución de la política monetaria, de acuerdo con el art. 10 de su Ley de Autonomía.

Por otra parte, la Ley 13/1994, de Autonomía del Banco de España, en su art. 4.2, precisa que corresponderá al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Economía, aprobar el balance y cuentas del ejercicio de la Entidad, que serán remitidos a las Cortes Generales para su conocimiento. Además, señala que la propuesta de presupuesto de gastos de funcionamiento e inversiones del Banco, una vez aprobada por su Consejo de Gobierno, será remitida al Gobierno, que la trasladará a las Cortes Generales para su aprobación.

También en el Reglamento Interno del Banco de España se recogen estas dos últimas cuestiones. En su art. 29.4 se determina que, una vez formuladas las cuentas anuales y determinados los beneficios, en el plazo máximo de seis meses siguientes al cierre del ejercicio anual, el Consejo de Gobierno del Banco las elevará al Ministerio de Economía para su aprobación por el Gobierno. Recaída la oportuna aprobación, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales para su conocimiento el balance y las cuentas del ejercicio. Además, en el art. 28.4 se precisa que, antes del 20 de septiembre de cada año, el Gobernador remitirá al Gobierno la propuesta de presupuesto estimativo de gastos e inversiones, que la trasladará a las Cortes Generales para su aprobación.

Dada la naturaleza del Banco de España, por el R.D. 1746/1999, de 19 de noviembre, se determina el régimen de ingresos al Tesoro Público de los beneficios devengados y contabilizados, que sean imputables a éste, teniendo en cuenta las posibles obligaciones frente al SEBC.

Por último, en relación con los balances y las cuentas de resultados del Banco de España cabe destacar que, en su formulación, se deben ajustar a las orientaciones e instrucciones del BCE, que resulten de aplicación, y precisan una determinada publicidad por la importancia de la información que ofrecen. Como se indica en el art. 29 del Reglamento Interno, el balance y las cuentas de

resultados anuales se publicarán en el BOE y, además, con carácter mensual se dará a conocer un balance de situación resumido.

A la vista de lo expuesto, las actividades de control relacionadas con el Banco de España hacen referencia, en un sentido amplio, a los diversos controles existentes, unos implantados en la propia Entidad y otros ajenos a la misma, así como otra serie de medidas que afectan al Banco y que de alguna forma suponen una relativa actividad de control.

En consecuencia, el esquema básico resultante de las actividades de control relacionadas con el Banco de España sería el siguiente:

*Controles*

*Internos:*

Comisión Censura de Cuentas.

Sistemas de control interno.

Auditoría interna.

*Externos:*

Tribunal de Cuentas.

Banco Central Europeo.

Auditoría de cuentas.

Otras medidas externas.

En resumen, en el Banco de España están implantados, desde siempre, unos controles internos adecuados para asegurar el fiel cumplimiento de sus operaciones, en una estructura de control básica similar a la existente en las entidades financieras y crediticias, aunque, lógicamente, adaptada y reforzada por su peculiar y exclusiva operativa. Además, cuenta con una organización apropiada a las características de un banco central, con delimitación de funciones y competencias, así como con una normativa interna precisa para poder concretar la organización y funcionamiento de sus servicios.

Por su condición de banco central nacional, requiere una fiscalización externa, que es realizada por el Tribunal de Cuentas, y está sometido a los poderes públicos, ya que sus cuentas anuales tienen que ser aprobadas por el Gobierno, que las remitirá a las Cortes Generales para conocimiento, y sus presupuestos, remitidos por el Gobierno, tienen que ser aprobados por las Cortes. Además, sus cuentas están sujetas a determinados requisitos y publicidad y el ingreso de sus beneficios regulado.

El Banco de España, en el nuevo contexto de la Unión Europea, se ha visto afectado con un nuevo control, consistente en las auditorías externas, y su ac-

tuación, como parte integrante del Sistema Europeo de Bancos Centrales, se debe ajustar a las orientaciones e instrucciones del Banco Central Europeo.

*Julio Fernández-Sanguino Fernández*

## **7. MODERNIZACIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE SERVICIOS DE INVERSIÓN: COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2000**

1. La Directiva 93/22/CEE, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores mobiliarios (en adelante, DSI) —modificada por las Directivas 95/26/CE y 2000/64/CE— constituye la “columna vertebral” del Derecho comunitario del mercado de valores al establecer las medidas de armonización que han permitido la implantación del pasaporte o licencia única mobiliaria de los intermediarios en aquel mercado (sobre los trabajos preparatorios de esta Directiva, ver nuestra Noticia en esta RDBB, n.º 38, 1990, págs. 462 y ss. y, sobre la Directiva, ver nuestra Noticia en esta RDBB n.º 52, 1993, págs. 1185 y ss.). Esta armonización se completa con la Directiva 93/6/CEE, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito, que ha sido modificada por las Directivas 98/31/CE y 98/33/CE (sobre los trabajos preparatorios de esta Directiva 93/6/CEE, ver nuestras noticias en esta RDBB n.ºs 38, 1990, págs. 439 y ss., y 45, 1992, pág. 291 y ss.). La importancia de la DSI obedece, por lo tanto, a que establece los cuatro mecanismos básicos que se suceden en la regulación de la industria europea de los valores, a saber: la tipificación de las actividades de intermediación en aquel mercado financiero, su reserva a las empresas de servicios de inversión y a las entidades de crédito y la exigencia a dichos intermediarios de una serie de condiciones de acceso y de ejercicio de su actividad de intermediación (véase nuestra obra sobre *Derecho del Mercado de Valores*, Barcelona, 2000, págs. 33 y ss.).

2. La adaptación de nuestro Derecho del mercado de valores a los mandatos armonizadores de la DSI obligó a una profunda reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV) por parte de la Ley 37/1998 que afectó, muy especialmente, al Título V sobre las empresas de servicios de inversión, en el que se consagró, como novedad más significativa, la plenitud de facultades de las entidades de crédito en aquel mercado (véase nuestro trabajo sobre “Los contratos bancarios de depósito, administración, llevanza del registro contable y gestión de valores”, en la obra dirigida por Alonso Ureba, A. y Martínez Simancas, J. *Instituciones del mercado financiero*, Madrid, 1999, págs. 1311 y ss.).

3. A la vista de la importancia de la DSI, tiene un especial interés la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Parlamento y al Consejo sobre “Modernización de la Directiva sobre Servicios de Inversión (93/22/CEE)” de 15 de noviembre de 2000 (COM2000, 729 final). Esta Comunicación, prevista en el Plan de acción en materia de servicios financieros, atiende al objetivo del Consejo de Lisboa de establecer, antes del 2005, unos mercados financieros eficaces e integrados como elemento vital de la estrategia de Europa en pro del crecimiento y del empleo. Se trata, pues, de establecer las bases normativas que permitan crear un “círculo virtuoso” de causas y efectos en el mercado de valores que mejore la financiación empresarial en dicho mercado y reduzca la dependencia bancaria.

4. El punto de partida de la Comunicación reside en un análisis de los efectos positivos de la DSI y de sus limitaciones estructurales. Entre los primeros, destaca que la misma —que califica de “piedra angular del marco legislativo de la UE para las empresas de inversión y los mercados de valores”— ha servido para eliminar, en sus primeros cinco años de vida, un primer grupo de obstáculos legales al mercado único de valores, implantando el pasaporte único de las empresas de inversión, desactivando las restricciones oficiales al acceso de aquellas a los mercados regulados, estableciendo cauces de cooperación en la supervisión y, lo que resulta más importante, imprimiendo un avance significativo de las prácticas de reglamentación y supervisión en los diversos Estados. Sin embargo, se constata que existen importantes límites estructurales a la eficacia de la DSI que se ha visto mermada, en especial, por el hecho de que el principio del país de origen se encuentra demasiado diluido y porque la falta de claridad de algunas de sus disposiciones y definiciones ha propiciado la existencia de numerosas discrepancias en su interpretación y aplicación en cada esfera nacional.

5. Descrita la situación de partida, la Comunicación identifica las causas que hacen necesaria la modernización de la DSI así como los efectos que se persiguen con la misma. En cuanto se refiere a las causas, pueden sintetizarse diciendo que la constitución de un mercado financiero integrado es una exigencia creciente de las fuerzas del mercado, amplificadas por una moneda única que erosiona la segmentación de los mercados nacionales mediante transmisiones transfronterizas. Ello provoca, a su vez, una profunda reestructuración de la infraestructura de la negociación de valores que se manifiesta, por ejemplo, en las propuestas de fusiones y alianzas entre Bolsas. Una vez establecida la necesidad de la modernización de la DSI, se establecen sus objetivos primordiales (protección del inversor y mercados eficaces, ordenados y estables) y las prioridades en la revisión de dicha DSI (pasaporte eficaz para las empresas de inversión, nuevas formas de prestación de servicios, competencia real entre las bol-

sas de valores y las plataformas de negociación y creciente dimensión transfronteriza de los mecanismos de compensación y liquidación).

6. En el plano estrictamente jurídico, la respuesta legislativa apropiada deber cumplir una serie de requisitos de forma y de fondo. En el primer sentido, la comunicación indica que Europa necesita una legislación sobre servicios financieros que “resista la prueba del tiempo” y, para ello, conviene establecer una legislación marco basada en principios de alto nivel que constituya el fundamento legal de un mercado financiero único, dinámico, ordenado y estable; huyendo de normas rígidas que rápidamente se ven sobrepasadas por la innovación financiera o la evolución del mercado. En cuanto a los requisitos de fondo de la nueva legislación, se indica la necesidad de un marco normativo que haga hincapié en el libre acceso al mercado, los derechos de los accionistas, la calidad de la información financiera, una compensación y liquidación jurídicamente seguras y una aplicación estricta de los contratos para garantizar las ventajas de unos sistemas eficientes y estables basados en el mercado.

7. La Comunicación concluye identificando una serie de principios rectores para la revisión de la DSI que deberán contribuir a garantizar que la misma resuelva con éxito los desafíos del nuevo entorno de negociación de valores. Tales principios se enuncian diciendo: “la DSI revisada debería sostener un pasaporte efectivo y una competencia real entre plataformas de negociación de valores que garanticen el acceso a las infraestructuras básicas de negociación sobre una base equitativa y no discriminatoria”, “el fomento de las libertades del Tratado no debe realizarse a expensas de la protección del inversor, de la integridad del mercado o de la estabilidad”, “todos los emisores, independientemente de su volumen, deben poder gozar de las ventajas de unos mercados de valores profundos y líquidos”, “debe incrementarse la competitividad de los mercados financieros europeos”, “los mercados europeos deben estar bien situados para poder aprovechar la inminente globalización de los mercados de valores” y “debe evitarse todo prejuicio normativo hacia modelos de negociación o estructuras particulares de mercado”.

*Alberto J. Tapia Hermida*

## **8. DETERMINACIÓN COMUNITARIA DE LOS MERCADOS REGULADOS SOMETIDOS A LA NORMATIVA EN MATERIA DE SERVICIOS DE INVERSIÓN**

Dentro de la legislación de los mercados de valores tanto en el ámbito comunitario como en el de los distintos ordenamientos nacionales la definición

de lo que se entiende por concepto de mercado regulado viene incrementando su relevancia como concepto determinante de dicha regulación. De ahí que en fecha reciente se haya publicado por la Comisión una “Exposición anotada” (2001/C 120/03, publicada en el DOCE C 120, de 24 de abril de 2001, p. 4 y ss.) que enuncia los mercados que en cada uno de los Estados miembros han sido reconocidos como mercados regulados, con indicación de las entidades responsables de su gestión y de la emisión o aprobación de sus propias normas de funcionamiento. Es una relación que, consciente de su frecuente modificación, obligará a la Comisión a mantenerla actualizada no simplemente a través de la publicación en el DOCE de la correspondiente lista, sino que la actualización se desplegará también en la página *web* de la Comisión.

Es preciso recordar que dentro de la Directiva de Servicios de Inversión (Directiva 93/22/CEE), existía una definición de lo que era un mercado regulado, en la que se enunciaban los requisitos que han permitido desde entonces a las autoridades nacionales atribuir ese estatuto de mercado regulado a los que se enuncian ahora en la Exposición reseñada.

Con relación a España, aparecen como mercados regulados las cuatro Bolsas de Valores, los mercados oficiales de productos financieros derivados (MEFF), el mercado FC & M de futuros y opciones sobre cítricos, el mercado de renta fija AIAF y, por último, el mercado de deuda pública anotada.

*Jaime Baillo Morales*

## **9. MODIFICACIÓN DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA RELATIVA A LA PREVENCIÓN DE LA UTILIZACIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO PARA EL BLANQUEO DE CAPITALS**

Recientemente se ha publicado la Posición Común aprobada por el Consejo el 30 de noviembre de 2000 por la que se persigue la modificación de la Directiva 91/308/CEE (v. DOCE C 36 de 2 de febrero de 2001, p. 24 y ss.). Dentro de esta misma sección se ha dedicado especial atención a la Directiva que ahora se pretende modificar y a sus consecuencias dentro del ordenamiento español (v. las notas de ESPIN, RDBB 41 [1991], p. 203 y ss. y SÁNCHEZ-CÁLERO, J., RDBB 42 [1991], p. 500 y ss.).

La primera reflexión a la que invita la modificación que ahora se pretende llevar a cabo es la de la inadecuación del título de la Directiva. Cuando ésta se adoptó, la lucha contra el blanqueo de capitales se centraba sobre todo en la prevención de operaciones irregulares en el seno del sistema financiero pero la

Posición Común que estamos reseñando viene a expresar, entre otras ideas principales, una notable ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva, toda vez que al margen de las entidades de crédito y, dejando a un lado otro tipo de instituciones financieras, profesiones como la de los Notarios, Abogados, Auditores y otros pasan a ser destinatarios de los principales preceptos de la Directiva ahora modificada. Se reconoce que hay una intención de actualizar la disciplina comunitaria relativa al blanqueo de capitales (v. Considerando 1 y también la Exposición de Motivos del Consejo, apartado II). Ello no excluye la voluntad de seguir garantizando un elevado grado de protección del sector financiero y de aquellas actividades vulnerables frente a los efectos perjudiciales de las actividades delictivas. Esta modificación está también inspirada en los distintos instrumentos destinados a la acción común que ha aprobado el Consejo de la Unión Europea en materia de blanqueo de capitales o en cuanto a la tipificación penal de las organizaciones delictivas. En los Considerandos 9 y 11 se mencionan las correspondientes Acciones Comunes 98/699/JAI, de 3 de diciembre de 1998, y 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998.

La Directiva 91/308/CEE es objeto de una modificación cualificada puesto que son muchos los artículos que se sustituyen de manera radical. Así sucede con el artículo 1.º en donde, al margen de las definiciones de entidades de crédito y de instituciones financieras, se precisa el propio concepto de blanqueo de capitales. En las distintas modalidades que el apartado C) del artículo 1 contempla hay una destacada referencia al elemento intencional doloso como constitutivo de la actividad del blanqueo de capitales. Es éste, sin embargo un apartado que no ha variado. Con la finalidad de ampliar el ámbito de los delitos susceptibles de estar vinculados con la actividad de blanqueo de capitales, la definición de delitos graves contenida en el apartado E) del artículo 1.º extiende la disciplina del blanqueo de capitales a delitos encuadrables en las figuras del fraude o de la corrupción, entre otros. Mas en esa definición existe constantemente una preocupación por excluir del ámbito de aplicación de la Directiva aquel tipo de participación no intencionada o inocente.

El artículo 2 bis que se adiciona a la Directiva modificada es singularmente importante a los efectos de constatar la amplitud del ámbito subjetivo de esta nueva Directiva. No solo ya las entidades de crédito y las instituciones financieras aparecen como destinatarias tradicionales de las operaciones del blanqueo de capitales, sino que se contemplan figuras ya conocidas como es la de los Auditores, Contables, Asesores Fiscales o Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, pero incluyendo a los Abogados. Someter a los Abogados a las obligaciones que incorpora la legislación en materia de blanqueo de capitales ha sido cuestión ampliamente debatida en especial por cuanto pueda conllevar la vulneración del deber de secreto profesional (de hecho, el debate no parece del todo zanjado: v. ABARCA/DEL POZO, "El secreto profesional de los abogados

pendiente de la conciliación entre el Parlamento y el Consejo de la UE”, La Ley-Diario de Noticias 298 [19 de abril de 2001], pp. 1 y 4 y “El Parlamento Europeo aprueba medidas para prevenir la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales”, Noticiario Jurídico Aranzadi 107 [19 de abril de 2001], pp. 1-2).

Para solventar esos problemas y para mantener la nueva disciplina en el ámbito del obligado respeto a normas de Derecho internacional o de Derecho constitucional que garantizan el derecho a la defensa en unas determinadas condiciones, lo que se hace por parte de la Directiva es excluir del deber de notificación que impone la misma a aquellos Abogados que han tenido conocimiento sobre datos referidos a sus clientes en el marco de la representación de los mismos en acciones judiciales. Dicho de una forma más sencilla, la información obtenida antes, durante o después de acciones judiciales o al establecer la situación jurídica de un cliente no debe ser objeto de notificación a las autoridades competentes a pesar de que pueda estar integrada en una operación de blanqueo de capitales. Allí donde la intervención de lo que la Directiva denomina profesionales independientes del Derecho se vincula exclusivamente a la ejecución de operaciones preparatorias o ejecutivas en favor de blanqueo de capitales, los Abogados estarán obligados a actuar como sucede con el resto de los sujetos cumpliendo en particular el deber de información.

El deber de información es objeto de regulación en los nuevos artículos 3.º y 6.º de la Directiva. Lo importante no es tanto el establecimiento de un deber de identificación y de información, sino las excepciones que la propia Directiva admite. La identificación de los clientes queda dispensada allí donde determinadas operaciones no superen las cuantías que establece el artículo 3.º Se produce idéntica dispensa, que queda sin embargo en manos de los Estados miembros a través de las normas de adaptación de la Directiva, cuando se refieran a contratos de seguros suscritos dentro de planes de pensiones, siempre que dichos contratos no contengan una cláusula de rescate, ni sirvan de garantía para un préstamo (v. artículo 3.4). Para lo que es el contenido del deber de información, queda en manos de los Estados miembros el establecer quiénes son las autoridades competentes en cada caso al objeto de recibir la información que cada uno de los sujetos obligados por la Directiva deben facilitar sobre clientes y operación. También se reconoce a los Estados miembros una facultad de contemplar la posibilidad de que la información facilitada, por considerarse que puede estar vinculada a operaciones de blanqueo de capitales, pueda ser utilizada con otros fines.

Uno de los problemas típicos de la disciplina del blanqueo de capitales es el que se refiere a la posibilidad de suspender determinadas operaciones sospechosas. La Directiva modificada establece el deber de no ejecutar aquellas

transacciones sospechosas tanto en cuanto no se haya informado previamente a las autoridades, si bien admitiendo que hay ocasiones en donde resultará imposible suspender la ejecución de la operación, bastando a esos efectos la información *a posteriori*. Se reconoce, en todo caso a las autoridades competentes en cada Estado la facultad de prohibir la realización de determinadas operaciones.

Para terminarseñalaremos que el artículo 9 se modifica a la hora de regular otra de las cuestiones de mayor interés. Dado que la información sobre operaciones de blanqueo de capitales pueden incurrir en una vulneración del deber de secreto bancario, la Directiva se encarga de dejar bien claro que no se considerará producida esa infracción allí donde se produzca una revelación de buena fe sobre operaciones que se entiende que son susceptibles de encuadrarse en el blanqueo de capitales, debiendo las legislaciones estatales establecer las medidas oportunas para la exoneración de responsabilidad de los directivos y empleados de las entidades.

Siendo probable que los Estados miembros lleven a cabo una rápida incorporación de la Directiva que estamos reseñando, el Gobierno español ya ha anunciado la preparación de un Anteproyecto de Ley que persigue las operaciones bancarias encuadradas en el marco de operaciones fraudulentas (v. Diario *Expansión*, 18 de abril de 2001, pp. 1, 2 y 50; sobre la vigente Ley, v. las noticias de ESPIN, RDBB 49 [1993], p. 273 y ss., y SÁNCHEZ-CALERO, J., RDBB 52 [1993], p. 1.211 y ss.).

*Alfonso Guilarte Gutiérrez*

## **10. DIRECTIVA 2000/46/CE SOBRE EL ACCESO A LA ACTIVIDAD DE LAS ENTIDADES DE DINERO ELECTRÓNICO Y A SU EJERCICIO ASÍ COMO A LA SUPERVISIÓN CAUTELAR DE DICHAS ENTIDADES.**

El Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, después de haber tenido en cuenta los dictámenes del Comité Económico Social y del Banco Central Europeo, la propuesta de la Comisión y en especial las Posiciones Comunes del Consejo (ver la interesante nota de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE “Iniciativas Comunitarias en Relación con las Entidades de Dinero Electrónico”, RDBB 78—2000—pág. 205 y ss.) dieron luz verde a la presente directiva (DOCE n.º L275 de 27 de octubre de 2000, pp. 39-43) con el fin de coordinar y armonizar las disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre el acceso a la actividad de las Entidades de Dinero Electrónico y su ejercicio, así como la supervisión cautelar de dichas entidades.

Como quiera que se estaba evidenciando que el fenómeno del comercio en la red estaba avanzando y supondría a medio y largo plazo un cambio sustancial en la forma de entender la banca, al menos en un segmento importante de la población, era preciso establecer un marco normativo que permitiera aprovechar plenamente todas las ventajas derivadas del dinero electrónico, sin obstaculizar la innovación tecnológica. En consecuencia, la presente Directiva tiene como finalidad garantizar la gestión responsable y prudente de las Entidades de Dinero Electrónico (en adelante “EDE”) y responder frente a los usuarios de la seguridad de los servicios que ofrecen las citadas entidades.

En el **artículo 1**, dividido en 5 apartados, se especifica el ámbito de aplicación, definiciones y limitación de actividades.

En cuanto a la definición de lo que se ha de entender por *Entidades de Dinero Electrónico*, se especifica que se aplicará únicamente a los emisores de dinero electrónico, siendo una empresa distinta de una Entidad de Crédito tal como la define la nueva directiva 2000/12/CE.

Por lo que se refiere a la definición de *dinero electrónico*, se precisa su naturaleza jurídica al hacerse constar que el dinero electrónico constituye un crédito exigible a su emisor. Se establece que el dinero electrónico ha de estar almacenado en un soporte electrónico, entendiéndose por tal, según se recoge en el considerando 3, una tarjeta inteligente o la memoria de un ordenador. Así mismo se estipula que no será posible emitir dinero electrónico por un importe mayor que el del pago que se exige a cambio; completándose su definición con el citado considerando 3 en el que se establece que el dinero electrónico es un sustitutivo de las monedas y los billetes de banco y que está pensado para efectuar pagos de cuantía limitada.

En el **apartado 4** se estipula que sólo las EDE y las Entidades de Crédito en sentido tradicional podrán emitir dinero electrónico, evitando así que particulares o empresas que no sean entidades de Crédito o EDE se dediquen al negocio de emitir dinero electrónico.

En el **apartado 5** se establecen las limitaciones a las actividades comerciales a las que pueden dedicarse las EDE distintas de la emisión de dinero electrónico. En este sentido se especifica claramente que las entidades de dinero electrónico no deben conceder ningún tipo de crédito, con objeto de evitar que se emita dinero electrónico a crédito sin que haya mediado intercambio real de fondos. Se pretende con estas limitaciones que las EDE no desvíen su actividad principal a otras distintas a la emisión y gestión de dinero electrónico que sean entidades especializadas, ya que en otro caso se pondría en entredicho la conveniencia de disponer de un marco jurídico específico para ellas.

En el **artículo 2**, además de la referencia a la aplicación de las directivas bancarias, es de destacar el hecho de que la recepción de fondos *no constituirá un depósito* si los fondos recibidos se cambian inmediatamente por dinero electrónico; de ahí la justificación de la introducción de un régimen específico de supervisión cautelar para las EDE, que, aunque diferente, está basado en gran parte en las directivas 91/308/CEE y 2000/12/CE.

En el **artículo 3** se establece todo lo relativo al **reembolso del dinero electrónico**. Se trata de un artículo nuevo, propuesto por la Posición Común (CE) n.º 8/2000 de 29 de noviembre (v. DOCE C n.º 26, de 28 de enero de 2000, p. 1 y ss.), cuyo contenido ha sido recogido literalmente en la presente directiva, siendo de obligado cumplimiento a todas las EDE independientemente de su tamaño. De este modo ninguna EDE, por pequeña que sea, estará dispensada de la obligación de reembolso. Esta obligación de reembolso ya la recomendaba el Banco Central Europeo en su Dictamen de 18 de enero de 1999 (v. DOCE C n.º 189/9, 9 pág. 7 y ss.), en el que consideraba que era no sólo necesaria desde la perspectiva de la política monetaria, sino también para preservar la función del dinero como unidad de cuenta, mantener la estabilidad de precios a evitar la emisión ilimitada de dinero electrónico, y seguir controlando las condiciones de liquidez, así como los tipos de interés a corto plazo establecidos por el SEBC.

Se impone la obligación del reembolso al portador de dinero electrónico pudiéndose realizarlo sólo por monedas y billetes de banco, sino que también se da al emisor la posibilidad de reembolsarlo transfiriéndolo a una cuenta. El reembolso supone que los tenedores de dinero electrónico podrán rescatarlo en cualquier momento, elegirse reembolso entre moneda de curso legal mediante una orden de pago destinada a abonar el dinero en una cuenta bancaria designada libremente, además de disfrutar del derecho incondicional de abandonar el sistema de dinero electrónico siempre que lo estimen oportuno. Por lo que respecta a los gastos, se han de circunscribir a los estrictamente necesarios para realizar la operación, y ha de estipularse en el contrato claramente las condiciones del reembolso, tales como la obligación de comunicar a los usuarios de forma inequívoca el coste de las operaciones de reembolso, días de que dispone el emisor para efectuarlo desde que recibió la solicitud de reembolso, reembolso en la misma divisa en que se emitió el dinero electrónico, etc. Asimismo se ha establecido como límite mínimo para el reembolso diez euros.

En el **artículo 4**, se regulan los **requisitos relativos al capital inicial y a los fondos propios permanentes**. El capital inicial mínimo se fija en un millón de euros; esta cifra fue la que fijó la Posición Común n.º 8/2000 de 29 de noviembre, ya que en la propuesta de la directiva se contemplaban sólo 500.000 ecus, y se consideró que era claramente insuficiente para empezar una actividad

sería, por muy limitado que fuera su objetivo. Su elevación a la cantidad de 1 millón de euros, unida a la exigencia de disponer permanentemente de fondos propios superiores al 2% del importe corriente de sus obligaciones financieras derivadas del dinero electrónico en circulación o de la media de los seis meses precedentes del importe global de dichas obligaciones financieras, si esta última magnitud fuese superior, concilia las necesidades de asegurar que las EDE dispongan de fondos propios suficientes para garantizar su estabilidad, considerándose que el nivel propuesto de capital inicial y las necesidades de fondos propios permanentes son proporcionales a los riesgos inherentes a la gama de servicios de dinero electrónico que las EDE pueden prestar, sin que ellos pongan a debilitamiento de las normas cautelares que de jendes protegido el mercado.

En el **artículo 5**, se regulan las **limitaciones de inversiones**, especificándose en su apartado 1 las únicas inversiones que pueden efectuar las EDE para obtener un rendimiento de las cantidades recogidas. Teniendo en cuenta la tipología de las actividades a desarrollar por las EDE, las limitaciones cautelares de sus inversiones están encaminadas a garantizar que sus obligaciones financieras relacionadas con el dinero electrónico en circulación estén respaldadas en todo momento por activos de alta liquidez y bajo riesgo, es decir que la idea básica que subyace en todo el artículo es que las inversiones tengan un “riesgo de crédito del 0%” y un alto grado de liquidez, tales como depósitos a la vista o instrumentos de deuda.

Asimismo en el apartado 3 se otorgan competencias a los Estados miembros a restringir las inversiones que supongan riesgos en el mercado, aunque quizás, como proponía en su dictamen de 18/91/1999 el BCE, hubiera sido más adecuado exigir un nivel mínimo de armonización en relación con la imposición de limitaciones apropiadas a los riesgos de mercado en que pueden incurrir las EDE, como consecuencia de sus inversiones, en lugar de dejar que sea cada Estado miembro el que imponga dichas limitaciones. Además, en el apartado 6, se obliga a las autoridades competentes a intervenir con celeridad si el valor de los activos cae por debajo del importe de los compromisos financieros.

En el **artículo 6**, se contempla la **verificación de los requisitos específicos por parte de las autoridades competentes** que como mínimo dos veces al año velarán por que las EDE cumplan los requisitos de capital, fondos propios y limitación en sus inversiones previstas en los artículos 4 y 5 respectivamente; esta verificación puede hacerse bien por las propias EDE facilitando a las autoridades competentes todos los elementos de cálculo necesarios, o bien por las propias autoridades competentes utilizando los datos facilitados por las EDE. El CES, en su dictamen previo a la directiva, consideró que esta verificación semestral era insuficiente y que debía establecerse un control permanente debi-

do al alto grado de liquidez y solvencia que estas empresas debían mantener en todo momento, pero finalmente, debido a las limitaciones de actividades y a la especialidad de las EDE, se consideró suficiente el control semestral por las autoridades nacionales.

El **artículo 7** exige a las EDE una **gestión responsable y prudente**, por lo que ha de aplicar procedimientos administrativos y contables responsables y prudentes, y asimismo se les obliga a adoptar los mecanismos de control interno adecuados, y han de responder no sólo de los riesgos financieros y no financieros, técnicos y de procedimiento propios, sino también de aquellos que se generen de su relación de cooperación con otras empresas. En la propuesta de Directiva, en este artículo se pormenorizaba cómo se debería llevar a cabo una gestión sana y prudente, pero se ha considerado que la redacción actual sintetiza mejor todos los supuestos y es suficiente para facilitar la supervisión de las EDE.

Por lo que respecta al **artículo 8**, se confía a los Estados miembros la competencia para autorizar la **exención** de la aplicación de todas o algunas disposiciones, no sólo de la presente Directiva, sino también de la Directiva 2000/12/CE a las EDE que reúnan los requisitos contemplados en sus apartados. Se pueden establecer tres clases de EDE a las que se les puede aplicar las exenciones: en primer lugar, las EDE de pequeño tamaño [letra a), apartado 1,] que son aquellas cuyas obligaciones financieras derivadas del dinero electrónico en circulación no excedan de 5 millones de euros y en ningún caso excedan de 6 millones de euros. En segundo lugar, las EDE que formen un grupo [letra b), apartado 1] y que el dinero electrónico emitido por la entidad sea aceptado como medio de pago por los otros miembros del mismo grupo. Y, por último, las EDE que emiten dinero electrónico con fines limitados [letra c), apartado 1]; este supuesto se aplica cuando el dinero electrónico emitido por la entidad es aceptado como pago únicamente por un reducido número de empresas ubicadas en las mismas instalaciones u otras zonas locales delimitadas (por ejemplo, recintos universitarios, polígonos industriales) o empresas en estrecha relación financiera o comercial con la entidad emisora (por ejemplo, un régimen de comercialización o distribución común).

A todas las EDE que opten por beneficiarse de un régimen de exenciones se les imponen restricciones tales como que el dispositivo electrónico de almacenamiento a disposición de los portadores a los efectos de realizar pagos esté sujeto a un importe máximo de aprovisionamiento que no exceda de 150 euros y la especificación de que estas entidades no puedan beneficiarse de las disposiciones en materia de reconocimiento mutuo previstas en la Directiva 2000/12/CE. Además, en su apartado 3, la Directiva exige a las EDE eximidas de la aplicación de la Directiva y de la Directiva 2000/12/CE que informen periódicamente de sus actividades.

Y, por último, los artículos 9, 10 y 11 regulan los derechos adquiridos por las EDE que hayan iniciado sus actividades antes de la entrada en vigor de la presente directiva, así como su aplicación y su revisión.

Como conclusión se puede decir que la presente Directiva pretende salvaguardar la integridad financiera de las EDE y garantizar la solvencia de sus operaciones, sin frenar la evolución del sector, y al mismo tiempo fomentar un entorno favorable y de confianza en el desarrollo de estos nuevos medios de pago.

*María José Rodríguez Docampo*

## **11. RESOLUCIÓN COMUNITARIA PARA UNA MÁS EFICAZ REGULACIÓN DEL MERCADO EUROPEO DE VALORES NEGOCIABLES**

La importancia que los mercados financieros tienen para la construcción de la economía europea ha sido confirmada en el Consejo Europeo de Estocolmo por medio de una Resolución específica orientada a que esa pretensión tenga una traducción legislativa adecuada y en un plazo relativamente breve. Se ha publicado en fecha reciente la Resolución (2001/C 138/01) del Consejo Europeo de 23 de marzo de 2001 sobre una regulación más eficaz del mercado de valores negociables en la Unión Europea (v. DOCE Cn.º 138, de 11 de mayo de 2001, p. 1 y siguiente).

La Resolución tiene como uno de sus presupuestos el informe elaborado por el llamado Comité de notables sobre la regulación de los mercados europeos de valores negociables de 9 de noviembre de 2000 (se ha publicado su versión inglesa en Derecho de los Negocios, 124 [2001], p. 113 y ss.; v. la referencia al mismo en CALZADA, B., "El informe del Comité de sabios". BOE núm. 6 [2001] pp. 54-55.). A partir de las recomendaciones de ese informe, que el Consejo europeo acoge con satisfacción, se pretende llevar a cabo la adopción de distintas medidas para lograr un mercado integrado de valores negociables a finales del año 2003. Hay una expresa referencia a la necesidad de que el proceso legislativo a tal efecto se acelere y que ello no vaya en detrimento de los requisitos de transparencia y de seguridad jurídica. Con vistas a la tarea legislativa, se distingue entre los llamados principios marco y las medidas de ejecución. Es llamativo que el Consejo en la Resolución que estamos refiriendo lleve a cabo una invitación explícita a la Comisión para que recurra con más frecuencia al Reglamento en lugar de a las Directivas y que, además, el procedimiento de codecisión se haga de acuerdo con el procedimiento sumario dando así paso a una adopción acelerada de los distintos actos. Con ello se pone

de manifiesto la voluntad real de agilizar el proceso de regulación del llamado mercado europeo del Consejo Europeo.

En esencia, la Resolución procede a la constitución de dos Comités que han de ayudar a la realización de esa tarea legislativa. El llamado Comité de Valores Negociables que estará compuesto por altos funcionarios de los Estados miembros bajo la presidencia de la Comisión que tendrá funciones consultivas y que deberá ser escuchado sobre cuestiones de orientación general. En segundo lugar, se establece un Comité de Reguladores Independientes, en el que bajo la presidencia del representante de una autoridad nacional de supervisión, estarán representadas las autoridades competentes en materia de valores negociables de cada uno de los Estados comunitarios. Este Comité tiene igualmente una función consultiva pero también jugará una decidida aportación en cuanto a la incorporación de las disposiciones que se vayan aprobando en el ámbito comunitario a las legislaciones nacionales, así como a la hora de que los instrumentos de cooperación entre las autoridades que allí se diseñen puedan desplegarse con una mayor eficacia.

Termina la Resolución señalando que lo que describe como la “nueva estructura reguladora” debería entrar en funcionamiento en todo caso a principios del año 2002, pudiendo llevarse a cabo un examen completo y abierto de la misma en el transcurso del año 2004.

*Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro*

---

# BIBLIOGRAFÍA

---

## **DERECHO BANCARIO**

### **— EL MOVIMIENTO LEGISLATIVO EN MATERIA BANCARIA EN OTROS PAÍSES**

BELLI/MAZZINI, “La riforma delle fondazioni di origine bancaria (Nota a legge 23 dicembre 1998, n. 461; d.lgs. 17 maggio 1999)”, en *Diritto della banca e del mercato finanziario*, II (1999), p. 126.

LEMBO, M., “L’iter storico della nuova legge sulla cartolarizzazione dei crediti: brevis considerazioni sui profili civilistici e fallimentari (Nota a legge 30 aprile 1999, n. 130)”, en *Diritto della banca e del mercato finanziario*, II (1999), p. 85.

MARTINI, A., “D.lgs. 24 giugno 1998, n. 213. Disposizioni per l’introduzione dell’Euro nell’ordinamento nazionale, a norma dell’art. 1, comma 1 della legge 17 dicembre 1997, n. 433 (artt. 51 e 52)”, en *Legislazione penale* (1999), p. 453.

VALENTI, A., “Il Testo Unico sull’intermediazione finanziaria (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58)”, en *Legislazione penale* (1999), p. 609.

VATTERMOLI, D., “La gestione delle crisi bancarie in Francia”, en *Diritto della banca e del mercato finanziario*, I (1999), p. 68.

VATTERMOLI, D., “Crisi delle imprese operanti nel mercato finanziario e strumenti di tutela diretta del risparmio: il nuovo modello francese (Nota a loi 25 juin 1999, n. 99-532)”, en *Diritto della banca e del mercato finanziario*, II (1999), p. 225.

### **— NORMATIVA DE LA CEE EN MATERIA BANCARIA**

CALLIESS, G.P., “Heimatstaatprinzip und single license principle im europäischen Finanzmarktrecht: Wettbewerb der Finanzdienstleister oder der Finanzplätze?”, en *EWS* n.º 10 (2000), p. 432.

DE CASTRO/ZUNZUNEGUI, “Consecuencias jurídicas de la moneda única”, en *Gaceta Jurídica* n.º 210 (2000), p. 51.

HEIDINGER, A., “Die Euromstellung der Aktiengesellschaft durch Kapitalherabsetzung”, en DNotZ n.º 9 (2000), p. 661.

ORDOÑEZ SOLÍS, David, “El estatuto jurídico del Euro y su aplicación en España”, en La Ley, n.º 5194 (2000), p. 1.

PARDO LEAL, M., “La Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico: su aplicación en el ámbito del Mercado interior”, en Gaceta Jurídica n.º 210 (2000), p. 36.

ROEGES, L., “Quelques réflexions critiques sur le cadre légal pour la libre prestation de services bancaires et financiers”, en Euredia n.º 2 (2000), p. 149.

VIGNERON/MOLLICA, “La différenciation dans l’Union économique et monétaire - Dispositions juridiques et processus décisionnel”, en Euredia n.º 2 (2000), p. 197.

— **ESTATUTO DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO**

AMOROSINO, S., “I controlli delle banche sulle imprese finanziarie bancarie e non bancarie”, en Diritto della banca e del mercato finanziario, I (1999), p. 472.

GAI, L., “Profili istituzionali dell’attività bancaria”, Turín (1999), pp. XII-366.

HOMÖLLE, S., *Eigenkapitalregulierung und Risikoübernahme von Kreditinstituten*, Münster (1999), 344 pp.

PANNEN, K., *Krise und Insolvenz bei Kreditinstituten*, Colonia (2000), 183 pp.

PAPENTHIN, W., *Der Zugang zur Einlagensicherung des privaten Bankgewerbes. Eine Untersuchung unter Einbeziehung der Vorgaben der Richtlinie über Einlagensicherung der Europäischen Union*, Hamburgo (1999), 264 pp.

VELOSO, J.A., “Concurso de posições de domínio e outros problemas de inibição de direitos de voto por violações qualificadas”, en Revista da Banca n.º 47 (1999), p. 57.

VOLPE, F., “L’esercizio en confronti del pubblico dell’attività finanziaria”, en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 5, parte 1.ª, (2000), p. 643.

*BANCOS*

ACERBI, G., “Pluralità di cariche sociali nei gruppi bancari e incompatibilità (con postilla sul d.P.R. 6 marzo 1998, n. 99, regolamento sui revisori contabili)”, en Rivista dei Dottori Commercialisti (1999), p. 183.

HERKENROTH, K.E., “Bankenvertreter als Aufsichtsratsmitglied von Zielgesellschaften: Zur beschränkten Leistungsfähigkeit des Rechts bei der Lösung von Interessenkonflikten anlässlich der Finanzierung von Übernahmen” en *Die Aktiengesellschaft* n.º 1 (2001), p. 33.

SCOGNAMIGLIO, G., “Gruppi bancari e non: legge e autonomia privata nella configurazione del modello organizzativo”, en *Rivista del Diritto Commerciale I*, (1999), p. 693.

WIEGAND, W., *Die Banken im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht*, Berna (1999), 160 pp.

#### CAJAS DE AHORROS

LOCATELLI, R., “Le casse di risparmio tra localismo e despecializzazione: un confronto internazionale”, Milán (1998), pp. XII-244.

#### COOPERATIVAS DE CRÉDITO

BUTTARO, L., “Finanziamento e organizzazione della cooperativa nella l.n. 59 del 1992”, Milán (1998), pp. XII-538.

LAMANDINI, M., “I profili giuridici del sistema a rete e dell’outsourcing dei servizi del credito cooperativo”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* n.º 5, parte 1.ª, (2000), p. 695.

#### — ÓRGANOS DE VIGILANCIA Y CONTROL DE LA ACTIVIDAD BANCARIA

FEUCEGLIA, G., “Il ruolo dell’organo di vigilanza ed i provvedimenti adottabili nei confronti dei promotori finanziari nel Testo Unico della intermediazione finanziaria”, en *Diritto della banca e del mercato finanziario*, I (1999), p. 344.

HERDEGEN, M., “Bundesbank und Bankenaufsicht: Verfassungsrechtliche Fragen”, en *WM* n.º 43 (2000), p. 2.121.

MORERA, U., “Isindacine nelle banche”, en *Diritto della banca e del mercato finanziario*, I (1999), p. 214.

RAZZANTE, R., “Le nuove istruzioni di vigilanza della Banca d’Italia sui controlli interni: verso una ‘cultura del controllo’ nell’attività bancaria (Nota a Banca d’Italia, istruzioni 31 dicembre 1998)”, en *Diritto della banca e del mercato finanziario*, II (1999), p. 3.

SCHABER, M., *Bankenaufsicht und Kapitalkonsolidierung. Eine Konfrontation handelsrechtlicher Normen mit bankaufsichtlichen Erfordernissen*, Wiesbaden (2000), 120 pp.

— **SECRETO BANCARIO (INFORMACIONES DE LA BANCA)**

GIGLIO, V., “Strategia antiriciclaggio e norme di condotta per gli intermediari”, en Rivista trimestrale di Diritto Penale dell’Economia (1999), p. 263.

LOMBARDINI, C., “La lotta contro il riciclaggio di danaro in Svizzera”, en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 5, parte 1.ª (2000), p. 681.

MORERA, U., “Sull’obbligo di segnalazione delle operazioni bancarie ex art. 3, legge ‘antiriciclaggio’ n. 197/1991”, en Diritto della banca e del mercato finanziario, I (1999), p. 41.

— **BANCA EXTRANJERA (ACTIVIDAD INTERNACIONAL DE LA BANCA)**

FINDEISEN, M., “‘Underground Banking’ in Deutschland - Schnittstellen zwischen illegalen ‘remittance Services’ i.S.v. Paragraph 1 a Nr. 6 KWG und dem legalen Bankgeschäft”, en WM n.º 43 (2000), p. 2.125.

— **CONTRATOS BANCARIOS**

BASEDOW, J., “Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht”, Tubinga (2000), 282 pp.

COMMITTEE ON CYBERSPACE LAW, “Achieving Legal and Business Order in Cyberspace: A Report on Global Jurisdiction Issues Created by the Internet”, en The Business Lawyer n.º 4 (2000), p. 1.801.

EDGAR, L., “Paying in an online world”, en Euredia n.º 2 (2000), p. 157.

HEIDRICH, J., “Verbraucherschutz in der Kreditwirtschaft”, Frankfurt (2000), 311 pp.

HIPPEL, TH., *Der Ombudsmann im Bank- und Versicherungswesen*, Tubinga (2000), 301 pp.

IMMENGA/LANGE, “Elektronische Marktplätze: Wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen im Internet?”, en RIW n.º 10 (2000), p. 733.

KRÜGER, T., “Zulässigkeit von ‘Bankgebühren’ bei irregulären Geschäftsvorfällen - Zugleich Anmerkungen zum Urteil des LG Düsseldorf v. 27.10.1999”, en WM n.º 41 (2000), p. 2.021.

MATTEI, U., “Il nuovo diritto europeo dei contratti, tra efficienza e eguaglianza. Regole dispositive, inderogabili e coercitive”, en Rivista Critica de Diritto Privato (1999), p. 611.

MÖLLERS/LEISCH, “Neuere Gesetze und Rechtsprechung zur bank- und kapitalmarktrechtlichen Informationshaftung”, en JZ n.º 22 (2000), p. 1.085.

MORENO DE LA SANTA GARCÍA, E., “Contratación electrónica de operaciones crediticias”, en *La Ley* n.º 5204 (2000), p. 1.

PERRONE, A., “Traadempimento dell’obbligazione pecuniaria e disciplinadel debitore risarcitorio: appunti critici intorno all’espressione ‘debito di valore’”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* n.º 5, parte 1.ª, (2000), p. 599.

— **CUENTA CORRIENTE**

BRIOLINI, F., “Osservazioni in tema di libretti di deposito a risparmio sottoposti a sequestro penale e prescrizione del diritto alla restituzione”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* n.º 5, parte 2.ª (2000), p. 516.

— **PRÉSTAMO**

CHAMORROPOSADA, M., “Vencimiento anticipado por incumplimiento en las obligaciones financieras. Los préstamos con garantía hipotecaria”, en *La Ley*, n.º 5.195 (30 de noviembre de 2000), p. 1.

— **GARANTÍAS EN LA ACTIVIDAD BANCARIA**

BELTRAMI, P., “Sul concorso di garanzie reali e personali prestate dallo stesso soggetto”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* n.º 5, parte 2.ª (2000), p. 540.

BOGGIO, L., “Sulle conseguenze dell’abuso di carta di credito”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* n.º 5, parte 2.ª (2000), p. 571.

MARANO, P., “Sul pegno (irregolare) del saldo di conto corrente”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* n.º 5, parte 2.ª (2000), p. 610.

TARDIVO, C.-M., “Osservazioni a Trib. Napoli 23 novembre 1998 in tema di suddivisione del mutuo fondiario e frazionamento dell’ipoteca”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* n.º 5, parte 2.ª (2000), p. 603.

TOLLMANN, C., “Das Nichtigkeitsrisiko von Staatsbürgschaften von dem Hintergrund des EG-Beihilfeverbots”, en *WM* n.º 41 (2000), p. 2.030.

— **OTROS SERVICIOS BANCARIOS. TARJETA DE CRÉDITO**

FREITAG, R., “Rechtsprobleme bei der Rückabwicklung von Kreditkartengeschäften” en *WM* n.º 44 (2000), p. 2.185.

GRUNDDMANN, S., “Grundsatz- und Praxisprobleme des neuen deutschen Überweisungsrechts” en *WM* n.º 46 (2000), p. 2.269.

## DERECHO BURSÁTIL

— **EL MOVIMIENTO LEGISLATIVO EN MATERIA BURSÁTIL  
EN OTROS PAÍSES Y EN LA CEE**

BELVISO, U., “L’informazione dei soci nelle società con azioni quotate (art. 130 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58)”, en Rivista delle Società, fasc. 5.<sup>o</sup> (2000), p. 828.

BLACK, B., “The Core Institutions that Support Strong Securities Markets”, en The Business Lawyer n.º 4 (2000), p. 1.565.

BLIGILI, F., “Publizitätspflichten von Aktiengesellschaften nach dem türkischen Kapitalmarktrecht. Vergleich und Hinweise auf die deutsche Lösung”, Frankfurt (2000), 175 pp.

BUSSOLETTI, M., “Procedimento ex art. 2490 c.c.: nuove legittimazioni nel quadro dei controlli sulle società quotate”, en Giurisprudenza Commerciale 27.3 (2000), p. 339.

CLAUSSEN/BRÖCKER, “Corporate-Governance-Grundsätze in Deutschland - nützliche Orientierungshilfe oder regulatorisches Übermass?”, en Die AktienGesellschaft n.º 11 (2000), p. 481.

GRIPPO, E., “The Financial Services and Markets Bill”, en Rivista del Diritto Commerciale I, (1999), p. 787.

GROSS, W., *Kapitalmarktrecht*, Munich (2000), 475 pp.

HEINZE, ST., *Europäisches Kapitalmarktrecht. Recht des Primärmarktes*, Munich (1999), 423 pp.

KÖPFLI, CH., *Die Angebotspflicht im schweizerischen Kapitalmarktrecht*, Zurich (2000), 305 pp.

PARK/WOUTERS, “L’arrêté Royal du 7 juillet 1999 relatif au caractère public des opérations financières”, en Revue Pratique des Sociétés, premier trimestre (2000), p. 5.

PLÜCKELMANN, K., *Der Neue Markt der Deutschen Börse AG*, Frankfurt (2000), 266 pp.

RUMI, G., “Securitisation in Italia. La legge n. 130/1999 sulla cartolarizzazione dei crediti”, en Giurisprudenza Commerciale n.º 27.3 (2000), p. 438.

SÜNNER, E., “Effizienz von Unternehmensorganen als Grundsatz der Corporate Governance”, en Die AktienGesellschaft n.º 11 (2000), p. 492.

WEBER, M., “Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts 1998-2000; Publizität, Insiderrecht und Kapitalmarktaufsicht” en NJW n.º 47 (2000), p. 3.461.

WIESE, G. T., “Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats - Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Corporate Governance”, en DBn.º 38 (2000), p. 1.901.

— **OTROS ÓRGANOS DE VIGILANCIA Y CONTROL**

FORTUNATO, S., “Doveri e poteri del collegio sindacale nelle società quotate”, en Rivista del Diritto Commerciale I, (1999), p. 67.

SCHNEIDER, J., “Organisation und Überwachung in der US-amerikanischen Public Corporation”, en IWB n.º 20 (2000), p. 1.009.

SUPERTI-FURGA, F., “Le funzioni di controllo del collegio sindacale nelle società con azioni quotate in borsa”, en Rivista dei Dottori Commercialisti (1999), 161.

— **RÉGIMEN DE ORGANIZACIÓN DE LOS MERCADOS**

GUIDA, R., “Il nuovo mercato come strumento di sviluppo delle PMI”, en Economia, Società e Istituzioni (1999), p. 275.

HAMMEN/KÜMPEL/SCHNEIDER, “Rechtliche Aspekte eines geplanten Verbundes zwischen der Frankfurter und der Londoner Wertpapierbörse”, en WM n.º 40 (2000), número especial 3.

KNIPS, S., “Risikokapital und Neuer Markt. Die Aktie als Instrument der Risikokapitalbeschaffung für junge Wachstumsunternehmen”, Frankfurt (2000), 551 pp.

— **CONTRATOS BURSÁTILES. EN GENERAL**

DEBIASI, P., “Il netting nei contratti derivati”, en Diritto della banca e del mercato finanziario, I (1999), p. 232.

GEBAUER, ST., *Börsenprospekthaftung und Kapitalerhaltungsgrundsatz in der Aktiengesellschaft*, Frankfurt (1999), 244 pp.

GIORDANO, D., “Il contratto ‘atipico’ di brokeraggio”, en Rivista del Diritto Commerciale I, (1999), p. 759.

HAMMEN, H., “Börsengeschäft und allgemeines Privatrecht - Das ‘Matchen’ von Angeboten desselben Kreditinstituts”, en ZBB n.º 5 (2000), p. 293.

KEMPF, A., *Wertpapierliquidität und Wertpapierpreise*, Wiesbaden (1999), 207 pp.

McCORMACK, G., "Conflicts of interest and the investment management function", en *Company Lawyer* (1999), p. 2.

MÜLLER, K.J., "Gestattung der Due Diligence durch den Vorstand der Aktiengesellschaft", en *NJW* n.º 47 (2000), p. 3.452.

SCHLÜTER, U., *Wertpapierhandelsrecht. Handbuch für Banken und Finanzdienstleistungsinstitute*, Munich (2000), 303 pp.

SPINDLER, G., "Emissionen im Internet: Kapitalmarktrecht und Kollisionsrecht", en *NZG* n.º 21 (2000), p. 1.058.

— **OPAs**

ALFREDO, P., "El precio ofrecido en la oferta de exclusión: Una aproximación comparatista franco-española", en *Revista de Derecho Mercantil* 237 (2000), p. 1.211.

BARBOUTIS, G.O., "Takeover defence tactics. Part I: The general legal framework on takeovers", en *Company Lawyer* (1999), p. 14.

BARBOUTIS, G.O., "Takeover defence tactics. Part II: Specific defensive devices", en *Company Lawyer* (1999), p. 40.

BARTHOLD, B.M., "Mezzanine-Finanzierung von Unternehmensübernahmen und Jungunternehmen", en *SZW/RSDA* n.º 5 (2000), p. 224.

FERRARINI, G., "Le difese contro la o.p.a. ostili: analisi economica e comparazione" en *Rivista delle Società*, Fasc. 5.º (2000), p. 737.

GARCÍA DE ENTERRIA, J., "La suspensión de derechos políticos por infracción del régimen de las OPAs", en *La Ley* n.º 5.201 (8 de diciembre de 2000), p. 1.

GATTI, M., "Las società target in prenda di offerta pubblica d'acquisto" en *Giurisprudenza Commerciale* n.º 27.4 (2000), p. 599.

GLANZER, M.J., "Schutz vor feindlichen Übernahmen in den USA - Mechanismen eines gewerkschaftlichen Frühwarnsystems in Tarifverträgen", en *WSI-Mitt.* N.º 10 (2000), p. 664.

HOUBEN, E., "Die Gestaltung des Pflichtangebots unter dem Aspekt des Minderheitenschutzes und der effizienten Allokation der Unternehmenskontrolle", en *WM* n.º 38 (2000), p. 1.831.

KALLMEYER, H., "Zur Diskussion gestellt: Neutralitätspflicht des Vorstands und Entscheidungsbefugnis der Hauptversammlung im Übernahmerecht", en *Die Aktiengesellschaft* n.º 12 (2000), p. 553.

KRAUSE, H., “Die geplante Takeover-Richtlinie der Europäischen Union mit Ausblick auf das geplante deutsche Übernahmegesetz”, en NZG n.º 18 (2000), p. 905.

REGOLI, D., “Doveri di assistenza degli amministratori e nuovo ruolo dei soci in pendenza di opa”, en Rivista delle Società, fasc. 5.º (2000), p. 792.

ROSSKOPF, G., *Selbstregulierung von Übernahmeangeboten in Grossbritannien. Der City Code on Takeovers and Mergers und die dreizehnte gesellschaftsrechtliche EG-Richtlinie*, Berlín (2000), 373 pp.

ROVERSI, R., “Le regole sullo svolgimento delle offerte pubbliche di acquisto previste del nuovo testo unico sulla intermediazione finanziaria”, en Rivista di Diritto dell’Impresa (1999), p. 125.

RÜHLAND, P., “Die Abfindung von aus der Aktiengesellschaft ausgeschlossenen Minderheitsaktionären - Ein Diskussionsbeitrag zum Entwurf eines Übernahmegesetzes vom Bundesministerium der Finanzen von 29.6.2000”, en WM n.º 38 (2000), p. 1.884.

TUCCI, A., “Managerial passivity e autorizzazione assembleare nella disciplina dell’opa. Riflessioni comparatistiche”, en Diritto della banca e del mercato finanziario, I (1999), p. 483.

WEISNER, A., *Verteidigungsmaßnahmen gegen unfreundliche Übernahmeveruche in den USA, Deutschland und nach europäischem Recht*, Münster (2000), 353 pp.

WITTE, J., “Diskussionsentwurf zur Regelung von Unternehmensübernahmen: Abwehrmöglichkeiten des Vorstand der Zielgesellschaft”, en BB43 (2000), p. 2.161.

#### — RÉGIMEN DE LOS INSIDER

FÜRHOFF, J., *Kapitalmarktrechtliche Ad-hoc-Publizität zur Vermeidung von Insiderkriminalität. Die Notwendigkeit einer kapitalmarktrechtlich orientierten Ad-hoc-Publizitätsnorm zur Legitimation eines strafrechtlichen Insiderhandelsverbotes*, Frankfurt (2000), 267 pp.

HEISE, D., *Der Insiderhandel an der Börse und dessen strafrechtliche Bedeutung. Eine Untersuchung des neuen deutschen Insiderrechts speziell unter Bezugnahme auf die strafrechtstheoretischen und strafrechtsdogmatischen Grundlagen*, Frankfurt (2000), 217 pp.

HOMMELHOFF, P., “Anlegerinformationen im Aktien-, Bilanz- und Kapitalmarktrecht”, en ZGR n.º 4-5 (2000), p. 748.

WIDDER, S., “Insiderrecht in Südafrika - gesetzgeberische Anleihen in Europa und den USA”, en RIW n.º 11 (2000), p. 849.

— **SOCIEDADES Y FONDOS DE INVERSIÓN**

NIVARRA, L., “Conflitto di interesse e fondipensione”, en Rivista di Diritto dell’Impresa (1999), p. 295.

**TÍTULOS VALORES**

— **EN GENERAL**

GIANFELICI, E., *La perdita di azioni, titoli di credito, polizze*, Milán (1999), pp. XIV-186.

— **VALORES MOBILIARIOS**

*ACCIONES*

BOSSE, C., “Problem des Rückkaufs eigener Aktien”, en NZG n.º 18 (2000), p. 923.

BUSCH/GROSS, “Vorerwerbsrechte der Aktionäre beim Verkauf von Tochtergesellschaften über die Börse?”, en Die AktienGesellschaft n.º 11 (2000), p. 503.

HOLLAND, S., *Aktienoptionspläne. Eine finanzwirtschaftliche Analyse der Auswirkungen auf Manager und Kapitalgeber*, Frankfurt (2000), 218 pp.

WULFF, J., *Aktienoptionen für das Management. Deutsches und europäisches Recht*, Colonia (2000), 325 pp.

*OBLIGACIONES*

RIEDEL, F., *Imperfect information and investor heterogeneity in the bond market*, Heidelberg (2000), 113 pp.

— **TÍTULOS CAMBIARIOS**

*LETRA DE CAMBIO*

MANGNO, R., “Gli effetti del concordato preventivo sullo sconto di tratte non accettate”, en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 5, parte 2.<sup>a</sup> (2000), p. 580.

---

MINERVINI, G., “Emissione di cambiali finanziarie e raccolta privata del risparmio”, en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 5, parte 1.ª, (2000), p. 593.

NOBBE, G., “Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wechsel- und Scheckrecht” en WM n.º 47 (2000), separata 5/2000.

AA.VV., *Jurisprudencia clave del Tribunal Supremo de Justicia*, (dirs. GOVEA U., LG/BERNARDONI, M.), Caracas, 2000, Editorial La Semana Jurídica, 456 páginas.

La obra de referencia es el primer tomo de lo que anuncia ser una colección que preste especial atención a la jurisprudencia venezolana. En este caso, distintos y autorizados juristas se han ocupado de cuestiones generales más detalladas referidas al Derecho de sociedades. El sistema seguido consiste en la exposición minuciosa de cada una de las resoluciones comentadas, que pasa a continuación a ser objeto de disección por cada uno de los autores. Es una obra útil para el conocimiento de los criterios jurisprudenciales en dicho país en cuestiones vigentes siempre en torno al Derecho societario.

*Christi Amesti Mendizábal*

PORTALE, Giuseppe B., *Lezioni di Diritto Privato Comparato*, Turín, G. Giappichelli Editore, [2001], xiii + 182 pp.

La obra recensada constituye la recopilación de las lecciones sobre la materia impartidas por el Prof. Portale en la Universidad Católica de Milán durante los cursos académicos 1998/1999 y 1999/2000, y compendiada merced al concurso de los estudiantes de la Facultad de Derecho de aquélla

Distingue desde un principio entre el Derecho comparado, el Derecho internacional privado y el Derecho extranjero, como tres ámbitos de contenido diferente. El Derecho comparado aborda el estudio de los diferentes sistemas jurídicos, a diferencia del examen del Derecho extranjero como un Derecho positivo y del Derecho internacional como normativa del conflicto de leyes.

Partiendo de sus orígenes históricos, que sitúa en Platón, Aristóteles o Teofrasto, a los que siguieron autores como Grocio o Montesquieu, el Prof. Portale recurre al esquema de Costantinesco, que divide la historia del Derecho comparado en tres períodos: 1800 a 1850 (caracterizado por el Código Civil napoleónico, y por la obra de Zachariae y Mittermaier, fundadores en 1829 de la revista pionera *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslands*), de 1850 a 1900 (época de Kohler y Goldschmidt — fundador de la *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* (ZHR) — en Alemania, de la *Société de législation comparée* y de la *Revue Internationale de droit comparé* en Francia, y de Amari en Italia), y de 1900 a 1950 (a partir del Congreso de París, y con la fundación de instituciones como el Instituto Max Planck y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado). El Derecho comparado presenta diversas funciones: la epistemológica, la educativa, la de reconstrucción del derecho nacional, y la preparatoria, tanto de las legislaciones nacionales como del Derecho uniforme.

El autor manifiesta preferir el término “comparación jurídica” al de “Derecho comparado”, y expone cómo puede desplegarse la misma tanto como “macro-comparación” (de ideas fundamentales) como de “micro-comparación” (de instituciones jurídicas específicas). Para ello el comparatista dispone de los instrumentos de los “sistemas” (complejo de normas que regulan las relaciones de una determinada comunidad), las “familias” (que, siguiendo a René David, estructura en tres: romano-germánica, del *common law* socialista) y los “mo-

delos” (como conjunto de concepciones jurídicas, más o menos técnicas, que se encuentran dentro de un sistema o de una familia). Atiende Portale a las clasificaciones de David y de Zweigert y Kötz, con una particular referencia a los peculiares sistemas de los países socialistas y de Extremo Oriente. Por último, se interroga el autor sobre la posibilidad de unificar el Derecho privado europeo, planteando el paradigma de los “Principios Unidroit”, y los avances a partir de la legislación comunitaria y de su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, resaltando los logros en el ámbito del buen gobierno de las sociedades cotizadas.

A talefecto, gozan de influencia los denominados “formantes”, que Sacco enumera como la norma jurídica, la interpretación doctrinal y la interpretación jurisprudencial, confrontados a los “criptotipos”, que constituyen las reglas no enunciadas (algo así como las “vigencias” de Ortega y Gasset). Asimismo, el comparatista debe enfrentarse a los problemas que le plantean las diferencias lingüísticas y las traducciones, y los que se deducen de los “trasplantes jurídicos”, que afectan no sólo a instituciones específicas (como el caso del *trust* en Italia), sino, en ocasiones, a sistemas completos (como la implantación del Código Civil alemán en Turquía), lo cual puede acaecer en razón del prestigio de un cierto ordenamiento o como consecuencia de una anterior organización administrativa colonial.

Se refiere a continuación el autor a los diversos ordenamientos jurídicos que configuran los sistemas legales europeos, en particular el inglés (o, más exactamente, el anglosajón o del *common law*, por cuanto analiza también el sistema norteamericano), el francés y el alemán.

En relación con el sistema del *common law*, presta el autor particular atención a la organización judicial anglosajona, con énfasis en el sistema de *writs* (una suerte de “autosejecutorios”) y en la *equity* (doctrina de la *Court of Chancery* para adecuarse a casos concretos sometidos a su jurisdicción y no previstos en el *common law*), así como en el principio del precedente vinculante (*stare decisis*). Respecto de los Estados Unidos de América, subraya algún ejemplo de relevancia, como la originalidad de su Constitución, o disposiciones como el *Uniform Commercial Code* y la *Model Business Corporation Act*, que han sido adoptados por todos los Estados de la Unión, con las reformas propias de la adaptación de “leyes-modelo”.

Analiza Portale los sistemas francés y alemán (con especial atención a sus respectivos procesos de codificación, y la influencia de ambos en los ordenamientos de otros países), así como algunos otros ordenamientos de características peculiares, tales como Grecia, Austria y Suiza.

Como último capítulo de la denominada Parte General, el autor desarrolla “un breve excursus” como introducción a la teoría del análisis económico del

Derecho (a la que el propio Portale se refiere como “*Law and Economics*”, como evidencia de su origen estadounidense). Se trata de una brillante síntesis, en apenas una decena de páginas, del sistema doctrinal tan influyente en la actualidad, con una referencia a sus principales representantes.

En la que llama Parte Especial, Portale examina tres problemas generales del Derecho a la luz del Derecho comparado. En primer lugar, estudia la *exceptio dolis generalis*, que relaciona con el abuso de derecho, de conformidad con los sistemas alemán, suizo, austríaco, holandés, portugués, de Quebec e italiano. Se detiene en particular en el aspecto mercantil, refiriéndose a algunos supuestos particulares: el contrato autónomo de garantía, la ruptura brutal del crédito, la impugnación del balance social, el abuso de la minoría en la convocatoria de juntas generales, el abuso de la mayoría y el abuso del derecho de voto por parte de la minoría.

Otro caso al que dedica su atención el autor es el de la superación de la personalidad jurídica en las sociedades de capital, en relación con el abuso de la forma societaria como medio de elusión de normas imperativas en perjuicio de terceros. Además, surgen incidencias también por la gestión irregular de la sociedad y por la infracapitalización, en cuyo estudio se detiene, en especial desde la perspectiva del Derecho alemán, del francés y del italiano. Por último, analiza la teoría del “levantamiento del velo” (*piercing the corporate veil*) en Estados Unidos, subrayando la casuística que ha caracterizado el tratamiento de la cuestión por su jurisprudencia.

Finalmente, Portale se refiere a la teoría de la sociedad como “organización contractual” (*nexus of contracts*), surgida asimismo en la literatura científica estadounidense (en especial, desde Coase, en 1937).

En resumen, a pesar de su origen didáctico y espíritu en cierto modo divulgativo, se trata de una obra muy interesante y de gran utilidad para el estudiante o el profesional que desee aproximarse al estudio del Derecho comparado privado desde la perspectiva de una autoridad en la materia. Como complemento de su lectura, debe recomendarse la cuidada edición por el Dr. Pérez Martín de la obra de Coing, en dos tomos, *Derecho Privado Europeo* (Madrid, [1996]), magnífica exposición histórica y sistemática del Derecho europeo, puesta al alcance del lector en español.

*Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro*