

**Revista
Consumo
y Empresa**

SUMARIO

► Resoluciones destacadas

Resoluciones destacadas de la Sala Primera del Tribunal Supremo

| | |
|--|---|
| María del Mar Hernández Rodríguez | 6 |
| <i>Magistrada Especialista en Mercantil CGPJ. Secc. 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid</i> | |

Cuestiones de interés en materia de despido

| | |
|----------------------------|----|
| Nuria Perchín Benito | 22 |
| <i>Magistrada</i> | |

► Artículos doctrinales

El nombramiento del auditor a instancia del socio minoritario según el artículo 265.2 del TRLSC: algunas cuestiones prácticas en caso de conflicto societario

| | |
|--------------------------------|----|
| Pablo Orts Moreno | |
| <i>Abogado en Pérez-Llorca</i> | |
| Ana Ramos Salas | 28 |
| <i>Abogada en Pérez-Llorca</i> | |

Venta de unidad productiva en el procedimiento especial de microempresas

| | |
|--|----|
| José Vela Pérez | 38 |
| <i>Letrado de la Administración de Justicia. Juzgado de lo mercantil 7 de Madrid</i> | |

Créditos revolving: análisis jurisprudencial de la nulidad

| | |
|---|----|
| Ana del Ser | 53 |
| <i>Magistrada de la Audiencia Provincial de León, Sección Primera</i> | |

La (no) prescripción y otros problemas asociados al paso del tiempo en la contratación mediante condiciones generales

| | |
|--|----|
| Raquel Blázquez Martín | 67 |
| <i>Magistrada de la Audiencia Provincial de Asturias</i> | |

La figura del experto en la reestructuración en la Ley 16/2022

Juan Manuel de Castro Aragonés 93
Magistrado en excedencia. Of Counsel en Kepler-Karst Law Firm

Nuevo régimen legal de la sucesión de empresa en el concurso de acreedores

Elena Pérez Pérez 100
Magistrada especialista en el orden social TSJ de Cantabria. Doctora en derecho

Exoneración del pasivo insatisfecho, Tribunal Supremo y Tribunal de justicia de la Unión Europea

María del Mar Hernández Rodríguez 123
Magistrada Especialista en Mercantil CGPJ. Secc. 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid

► **Cuestión de actualidad. A debate**

¿La declaración del concurso produce como efecto la terminación y archivo del procedimiento de impugnación de la homologación de un plan de reestructuración?

María del Mar Hernández Rodríguez
Magistrada Especialista en Mercantil CGPJ. Secc. 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid

Javier Antón Guijarro
Magistrado especialista en mercantil CGPJ. Audiencia Provincial de Oviedo

José Maria Blanco Saralegui
Magistrado especialista en mercantil CGPJ en excedencia. Abogado

Enrique Sanjuán y Muñoz 136
Magistrado especialista en mercantil CGPJ. Audiencia Provincial de Málaga
Profesor de derecho Mercantil Universidad de Málaga

DIRECCIÓN

María del Mar Hernández Rodríguez

Magistrada Especialista CGPJ en asuntos mercantiles.
Secc. 28ª Audiencia Provincial de Madrid

COMITÉ TÉCNICO

Javier Antón

Magistrado Especialista CGPJ en Mercantil

Ángel Hernández Román

Abogado y administrador de fincas

COLABORADORES PERMANENTES

José María Fernández Seijo

Magistrado Especialista en Mercantil

Ana María Gallego Sánchez

Magistrada especialista CGPJ en Mercantil. Juzgado de lo mercantil n.º 12 de Madrid

Núria A. Orellana Cano

Magistrada Especialista de lo Mercantil. Audiencia Provincial de Cádiz

Enrique Sanjuan Muñoz

Magistrado especialista en derecho Mercantil. AP de Málaga

José María Tapia López

Magistrado Especialista en Mercantil

Javier Anton

Magistrado Especialista CGPJ en Mercantil

Jose María Blanco

Magistrado en excedencia, Counsel en Uría y Menéndez

Amaya Merchán González

Magistrada del Juzgado de lo Penal n.º 4 de Santander

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

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

Cuenta con un atractivo formato que pretende facilitar el manejo y acceso a sus contenidos. Se estructura en los siguientes bloques:

El primero, “Artículos de opinión”, recoge distintos artículos y comentarios elaborados por expertos y profesionales de reconocido prestigio y competencia, especializados en los concretos temas desde una perspectiva sustancialmente práctica.

Un segundo bloque en el que se debate por expertos una “cuestión de consumo o de actualidad”, se incluyen en cada caso una pregunta y las respuestas de los colaboradores permanentes con sus respectivas opiniones y su fundamento. Ambos pretenden fomentar el debate y la confrontación de opiniones y argumentos respecto a cuestiones que generen una especial controversia.

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

Los autores y colaboradores son profesionales, expertos de reconocido prestigio y amplia experiencia, autores de diferentes obras jurídicas. Entre otros, magistrados, profesores de Universidad, abogados, abogados del Estado y economistas.

► **Resoluciones destacadas**

RESOLUCIONES DESTACADAS DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

María del Mar Hernández Rodríguez

Magistrada de la Audiencia Provincial de Madrid

SUMARIO

- I. PRENDA DE CRÉDITOS. EMBARGO. PREFERENCIA DE COBRO. RESPONSABILIDAD ENTIDAD BANCARIA. STS SALA 1ª, 1544/2024 DE 19 DE NOVIEMBRE
- II. DESAHUCIO Y RECLAMACIÓN DE RENTAS. MOTIVOS DE OPOSICIÓN. *REBUS SIC STANTIBUS*. STS 1069/2024, 24 DE JULIO
- III. CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. LEGITIMACIÓN PASIVA. NOVO BANCO. STS SALA 1ª, 111/2025, DE 22 ENERO
- IV. VIVIENDAS DE ALQUILER TURÍSTICO. PROPIEDAD HORIZONTAL. STS SALA 1ª, 1233/2024, 3 DE OCTUBRE
- V. ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN. CONDICIÓN DE PERJUDICADO. PERJUDICADO POR ANALOGÍA. STS SALA 1ª, 384/2025, DE 13 DE MARZO
- VI. CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN. CONTRATOS PREVIOS A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA DIRECTIVA 93/13/CEE. STS SALA 1ª, 490/2025, DE 25 DE MARZO
- VII. LEGITIMACIÓN DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES Y USUARIOS PARA ACTUAR EN REPRESENTACIÓN DE SUS ASOCIADOS. CAMBIO JURISPRUDENCIAL. STS SALA 1ª, 623/2025, DE 23 DE ABRIL
- VIII. CONSUMIDORES. COSTAS. ALLANAMIENTO. STS SALA 1ª, 565/2024, DE 25 DE ABRIL

I. PRENDA DE CRÉDITOS. EMBARGO. PREFERENCIA DE COBRO. RESPONSABILIDAD ENTIDAD BANCARIA. STS SALA 1ª, 1544/2024 DE 19 DE NOVIEMBRE

Se ejercitó una acción de responsabilidad civil extracontractual frente a una entidad bancaria, en reclamación de los daños causados por no haber procedido al embargo una cuenta titularidad del demandante. El Tribunal, estimando el recurso, rechaza la responsabilidad del banco que había concedido al deudor un préstamo garantizado con la prenda sobre el saldo de la cuenta del préstamo. Si bien era posible el embargo de dicha cuenta, el banco en virtud de la prenda, tenía preferencia sobre ella.

“Conviene advertir que el banco, al tiempo de conceder el préstamo ICO para la adquisición de la farmacia y trasladar el importe del préstamo en la cuenta de abono (... NUM000), recabó como garantía la pignoración del saldo de esa cuenta de abono. Se trata de una prenda de créditos, en concreto una prenda sobre el saldo de una cuenta corriente, de la que es depositario el propio acreedor prendario.

Un saldo de la cuenta gravado con una prenda, en principio, puede ser objeto de un posterior embargo, sin perjuicio del régimen de preferencia de cobro que corresponde al crédito garantizado con la prenda, tal y como aclaramos en la [Sentencia 609/2016, de 7 de octubre](#):

«El embargo, en principio, concede al acreedor ejecutante una preferencia para hacer efectivo el cobro de su crédito con lo obtenido de la realización de los bienes o derechos embargados. Esta preferencia está condicionada a que no exista ninguno otro derecho preferente, y que esta preferencia se haga valer mediante una tercería de mejor derecho, regulada en los *arts. 614 y ss. LEC*.

«Conforme a los *arts. 1922.2º y 1926.1º CC*, el crédito pignoraticio goza de preferencia respecto de lo obtenido con la realización del bien sobre el que se constituyó la prenda frente al resto de los acreedores (...). De tal forma que, al margen de cuando vencía la póliza de crédito garantizada con la prenda, la prioridad de esta viene determinada por su fecha de su constitución. Y no hay duda de que el embargo (...) fue posterior (...)».

3. Por otra parte, contrariamente a lo razonado por la Audiencia, en un caso como el presente, la forma de realización de la prenda constituida sobre el saldo de una cuenta (un crédito dinerario), como consecuencia del vencimiento de la obligación garantizada, es la compensación o aplicación del saldo al pago de la obligación garantizada, sin que esta operación contraríe la prohibición del *art. 1859 CC*. El acreedor pignoraticio no tiene por qué acudir al proceso de ejecución judicial de los *arts. 681 y ss. LEC*, porque en estos casos la prenda incluye la facultad de compensación, que es la forma de ejecución de la garantía. De modo que, por la propia naturaleza del objeto pignorado, un crédito dinerario, al practicar la compensación el acreedor pignoraticio está realizando la garantía conforme a lo dispuesto en el *art. 1858 CC* y no apropiándose de la cosa dada en prenda, que es lo que prohíbe el *art. 1859 CC*.

4. En consecuencia, no concurría la razón por la que la Audiencia califica de antijurídica la conducta del banco de, vencido anticipadamente el crédito garantizado, aplicar el saldo de cuenta pignorado a la satisfacción de la obligación garantizada, al tratarse de la forma ordinaria de realización de la garantía y no incurrir en la prohibición del *art. 1859 CC*. Y, en cualquier caso, tampoco concurriría otro de los requisitos de la acción de responsabilidad civil extracontractual, un perjuicio para el demandante derivado de esa conducta que califica de antijurídica, porque aunque

podiera llegar a discutirse si procedía o no el vencimiento anticipado de la obligación garantizada, en todo caso el banco (acreedor pignoraticio) tenía preferencia para cobrar con el saldo de la cuenta su crédito garantizado frente al acreedor que obtuvo un embargo posterior. Así se desprende de lo resuelto por la sala en la [Sentencia 609/2016, de 7 de octubre](#), con ocasión de una tercera de mejor derecho”.

II. DESAHUCIO Y RECLAMACIÓN DE RENTAS. MOTIVOS DE OPOSICIÓN. *REBUS SIC STANTIBUS*. STS 1069/2024, 24 DE JULIO

La Sala diferencia el juicio de desahucio de carácter sumario del juicio de desahucio en el que además se acumula la reclamación de deudas, que es de carácter plenario. En relación a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, recuerda que es preciso que se formule a través de reconvenición. Analiza los posibles motivos de oposición a la demanda cuando se acumula la acción de desahucio a la de reclamación de cantidad ateniendo a su carácter plenario, permitiendo que se formule oposición por la falta del cumplimiento por parte del arrendador de la obligación de mantener la vivienda habitable.

“para examinar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, en esta clase de procedimientos plenarios de desahucio por impago de las rentas y reclamación de las cantidades adeudadas por tal concepto, como hemos señalado en las [Sentencias 966/2023, de 19 de junio](#) y [1006/2023, de 21 de junio](#), es necesario formular reconvenición, que hemos reputado viable en esta clase de juicios. Y así, en la primera de las precitadas sentencias, que es del pleno de la sala, hemos razonado que:

“Ahora bien, esta sala ha declarado en relación con la oponibilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* en los juicios plenarios que la mera referencia a la misma por vía de excepción en un escrito de contestación a la demanda no es suficiente para justificar un pronunciamiento específico sobre ella ([Sentencia 822/2012, de 18 de enero \[pleno, recurso n.º 1318/2011\]](#)) y que su posible ejercicio requiere su formulación expresa mediante una demanda reconvenicional ([Sentencia 658/2012, 14 de noviembre \[recurso n.º 944/2010\]](#)).

“Lo que resulta lógico a todas luces ya que con el planteamiento de la cláusula mencionada se introduce en el proceso una nueva pretensión y se amplía indefectiblemente su objeto como consecuencia del ejercicio de una nueva acción que debe sustanciarse con todas las garantías (también para la parte reconvenida), enjuiciarse y resolverse en la sentencia decidiendo si se concede la tutela jurisdiccional pretendida por la parte reconviniente, lo que significaría en el presente caso, haber decidido si, tal y como las recurrentes sostienen, procedía modificar lo estipulado en el contrato en cuanto al plazo de vencimiento de las rentas devengadas durante los meses de abril a junio de 2020 o, en su caso, resolverlo”.

“Como hemos señalado en la [Sentencia del pleno 966/2023, de 19 de junio](#):

“i) En el juicio verbal en el que únicamente se ejercita la acción de desahucio por falta de pago, el demandado solo puede alegar y probar (a salvo las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación) el hecho del pago.

“Se trata, por lo tanto (como ya expusimos más detalladamente en la [Sentencia 196/2022, de 7 de marzo de 2022](#)): (i) de un proceso sumario, ya que tiene la cognición limitada; (ii) cuya sentencia no produce efec-

tos de cosa juzgada; (iii) y en el que no se admite la reconvención.

“ii) Las cosas son distintas en el juicio verbal en el que a la acción de desahucio por falta de pago se acumula la de reclamación de rentas o cantidades debidas, puesto que en este el demandado (además de las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación) puede alegar (y, por lo tanto, probar), aunque sea sucintamente, formulando oposición, las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada.

“Se trata, por lo tanto: (i) de un proceso plenario. Y no solo por lo que se refiere a la acción de reclamación de rentas o cantidades debidas, sino también por lo que atañe a la acción de desahucio, ya que la cognición no se limita al mero hecho y prueba del pago, sino que el demandado puede alegar, aunque sea sucintamente, las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada, lo que le permite negar su misma condición de deudor si afirma que no debe nada y, consecuentemente, controvertir sin limitación, ya que la ley no restringe las razones alegables en tal sentido, la realidad de la deuda que está en la propia base de la acción de desahucio afirmada; (ii) cuya sentencia sí produce efectos de cosa juzgada; (iii) y en el que sí se admite la reconvención, siempre que no determine la improcedencia del juicio verbal y exista conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal”.

“En contra del criterio de la audiencia, *esta sala*, en la [Sentencia 982/2024, de 10 de julio](#), sí permitió discutir, dentro del ámbito de un procedimiento como el que constituye el objeto de este proceso, la concurrencia de los presupuestos de aplicación del Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria, dictadas como consecuencia de la

pandemia de la COVID-19, así como, en su caso, sus consecuencias jurídicas.

En la [Sentencia 622/2024, de 8 de mayo](#), se admitió también alegar como motivo de oposición en una demanda de juicio verbal de desahucio por falta de pago de la renta y reclamación de cantidad, la excepción concerniente a la inexigibilidad de la suma reclamada en aplicación de la moratoria prevista en el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo.

De la misma manera, en la [Sentencia 466/2023, de 11 de abril](#), también en el caso de ejercicio conjunto de la acción de desahucio y reclamación de rentas, se consideró que era factible discutir en el procedimiento la concurrencia de los presupuestos de la moratoria en el pago de la renta prevista en el RDL 15/2020, de 21 de abril, y, de igual manera, en la aplicación de dicha norma, la [STS 25/2023, de 16 de enero](#).

Es decir, cuenta esta Sala con antecedentes de planteamiento y decisión, en esta clase de juicios, de cuestiones relativas a la aplicación de la legislación dictada como consecuencia de la pandemia de la COVID-19, lo que guarda plena coherencia con el carácter plenario del procedimiento por el que se sustanciaron las pretensiones acumuladas objeto de este recurso.”

“Tampoco, vemos impedimento para que una cuestión de tal naturaleza sea suscitada en el curso del proceso, cuando se reclama la resolución del contrato por impago de la renta, las rentas no satisfechas, así como todas las que se devenguen hasta la entrega de la posesión de la finca, siempre que exista una causa legítima susceptible de ser opuesta a la exigibilidad de la deuda reclamada, dado el carácter plenario del procedimiento y sin extender la cognición judicial más allá de los justos términos de lo que constituye su objeto.

El *art. 26 de la LAU* norma al respecto que:

“Cuando la ejecución en la vivienda arrendada de obras de conservación o de obras acordadas por una autoridad competente la hagan inhabitable, tendrá el arrendatario la opción de suspender el contrato o de desistir del mismo, sin indemnización alguna. La suspensión del contrato supondrá, hasta la finalización de las obras, la paralización del plazo del contrato y la suspensión de la obligación de pago de la renta”.

Por consiguiente, ante una reclamación de rentas, el demandado puede oponer, por ejemplo, lo dispuesto en el *art. 26 de la LAU*, para sostener que, al hallarse el contrato en suspenso, no procede el pago de la renta ni la resolución del contrato por tal causa”.

III. CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. LEGITIMACIÓN PASIVA. NOVO BANCO. STS SALA 1ª, 111/2025, DE 22 ENERO

Aplicando la STJUE de 5 de septiembre de 23024, el Tribunal Supremo niega legitimación pasiva a Novo Banco en relación con la pretensión de restitución de cantidades, admitiéndola en relación a la pretensión de nulidad de condiciones generales de la contratación al no discutirse la legitimación pasiva respecto a ella

“4.- Como hemos declarado en anteriores recursos interpuestos por Novo Banco en los que se ha planteado esta misma cuestión, el subapartado “v” ha de interpretarse conjuntamente con el enunciado del apartado “b” del anexo de la decisión, de modo que la regla general es la contenida en el enunciado general («las responsabilidades del BES frente a terceros que constituyan pasivos o elementos extrapatrimoniales de aquel

serán transmitidos en su totalidad a Novo Banco») y el contenido del subapartado “v” constituye una excepción. Por tal razón, no puede considerarse que las responsabilidades o contingencias de BES que se mencionan como excluidas de la transmisión sean todas en las que hubiera podido incurrir BES, sino solo las expresamente señaladas en ese subapartado “v”, que son «las derivadas de fraude o de violación de disposiciones o decisiones reguladoras, penales o administrativas», lo que no es el caso de la obligación de restitución por la nulidad de una cláusula del contrato celebrado con el cliente”.

“4.- En el caso objeto del presente recurso no son aplicables los razonamientos contenidos en la [Sentencia de pleno 560/2021, de 23 de julio](#) (en concreto en los apartados 62 y 63) y reflejados en el fallo de dicha Sentencia del TJUE. A diferencia del supuesto que fue objeto de aquella sentencia, en el caso objeto de este recurso la decisión de 29 de diciembre de 2015 fue adoptada antes de la iniciación del presente litigio.

5.- En el caso objeto del presente recurso, en el que el litigio se ha iniciado con posterioridad a la decisión de 29 de diciembre de 2015 y por tanto no puede considerarse que cuando se adoptó la decisión fuera un «procedimiento en curso» a efectos de lo previsto en el *art. 32 de la Directiva 2001/24*, lo relevante es lo declarado en el apartado 61 de la citada Sentencia del TJUE que, con cita de otra anterior, afirma que «la *Directiva 2001/24* no se opone a que el Estado miembro de origen modifique, incluso con efectos retroactivos, el régimen legal aplicable a las medidas de saneamiento».

6.- En consecuencia, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, es conforme a la citada directiva que la autoridad competente del Estado de origen modifique el régimen de las medidas de saneamiento, incluyendo entre los pasivos que no fueron transmitidos

de BES a Novo Banco la deuda restitutoria derivada de la nulidad de una cláusula abusiva, y que lo haga con efectos retroactivos al momento de adopción de las medidas de saneamiento, esto es, el 3 de agosto de 2014, siempre que no se pretenda aplicar esa modificación a procedimientos judiciales en curso”.

“4.- Por tanto, de acuerdo con la directiva y con la norma nacional que la traspone, la falta de publicación en el BOE y la falta de inscripción en el Registro Mercantil de las medidas adoptadas por el Banco de Portugal en las decisiones de 29 de diciembre de 2015 no constituye un obstáculo para su eficacia, al ser eficaces en el Estado miembro cuya autoridad de resolución las haya adoptado, razón por la cual las medidas de saneamiento acordadas surtieron, sin más formalidades, todos sus efectos en España.

5.- Esta es la interpretación que se desprende de la [Sentencia del TJUE de 5 de septiembre de 2024, asuntos acumulados C-498/22 a C-500/22](#), que resolvió las cuestiones prejudiciales planteadas por este tribunal (lo que motivo la suspensión de la tramitación de este recurso hasta que fueron resueltas), y que vincula a este tribunal con base en lo previsto en el *art. 4.bis.1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial*.

En esta Sentencia, el TJUE declaró que «los artículos 3, apartado 2, y 6 de la Directiva 2001/24, en relación con los artículos 21, apartado 2, y 47, párrafo primero, de la Carta y con el principio de seguridad jurídica, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen, en caso de no haberse efectuado la publicación prevista en el artículo 6, apartado 1, de esta Directiva, a que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro distinto del Estado miembro de origen reconozca los efectos de una medida de saneamiento adoptada, antes de que se hubiera sometido el asunto a dicho órgano jurisdiccional, con

respecto a una entidad de crédito y por la que las obligaciones y responsabilidades de esta última fueron transferidas parcialmente a un banco puente»”.

“1.- Este tribunal planteó al TJUE una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad con el derecho fundamental a la propiedad del artículo 17 de la Carta, el principio de elevada protección a los consumidores del artículo 38 de la Carta, el artículo 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril, y el principio general de seguridad jurídica, de una interpretación del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2001/24 que suponga el reconocimiento, en un Estado miembro de acogida, de los efectos de una decisión de la autoridad administrativa competente del Estado miembro de origen que transmite a un banco puente la posición acreedora en un contrato de préstamo hipotecario pero deja en el banco inviable la obligación de restituir al prestatario consumidor las cantidades cobradas por la aplicación de una cláusula abusiva de ese contrato.

2.- Sobre la cuestión relativa a la protección del consumidor demandante que prevé el Derecho de la Unión y su posible incompatibilidad con el mencionado fraccionamiento de la relación contractual que transmite la posición acreedora al banco puente y deja la posición deudora en el banco insolvente, la [Sentencia del TJUE de 5 de septiembre de 2024, asuntos acumulados C-498/22 a C-500/22](#), declara:

«144 En el presente asunto, el reconocimiento de los efectos de las medidas de saneamiento en el Estado miembro de acogida, de conformidad con la Directiva 2001/24, implica que permanezcan en el patrimonio de BES la responsabilidad y las contingencias relacionadas con la aplicación de intereses excesivos por el período de ejecución del contrato de préstamo hipotecario anterior a la adopción de la decisión de agosto de 2014. Pues bien, la protección del consumidor con-

tra la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con profesionales, con arreglo al *artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13*, no puede llegar a hacer abstracción del reparto de responsabilidades patrimoniales entre la entidad de crédito invariable y el banco puente que se ha establecido en las medidas de saneamiento adoptadas por el Estado miembro de origen

»145 En efecto, si la protección otorgada por la *Directiva 93/13* autorizara a todos los consumidores del Estado miembro de acogida que fueran acreedores de la entidad de crédito invariable a oponerse al reconocimiento de las medidas mediante las que el Estado miembro de origen decidió el reparto de responsabilidades patrimoniales entre dicha entidad de crédito y el banco puente, la intervención de las autoridades públicas de este Estado miembro, cuya finalidad es garantizar la protección de la estabilidad del sistema bancario, podría verse privada de todo efecto útil en todos los Estados miembros en los que la entidad de crédito invariable tuviera sucursales».

Y finalmente concluye que:

«El *artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13*, en relación con el artículo 38 de la Carta, así como el *artículo 17 de dicha Carta y el principio de seguridad jurídica, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen, en principio, al reconocimiento en el Estado miembro de acogida de los efectos de las medidas de saneamiento adoptadas en el Estado miembro de origen, con arreglo a la Directiva 2001/24*, por las que se establece la creación de un banco puente y el mantenimiento en el pasivo de la entidad de crédito objeto de esas medidas de la obligación de pagar los importes adeudados en concepto de responsabilidad precontractual o contractual».

3.- En consecuencia, una vez que el TJUE ha declarado que es conforme al Derecho de la

Unión el quebranto patrimonial que han supuesto para el demandante los acuerdos de la autoridad de resolución portuguesa que adoptaron medidas de resolución de BES, al acordar mantener en el patrimonio de esta entidad insolvente la obligación de pago derivada de la nulidad de las cláusulas abusivas pese a haberse transferido a Novo Banco el contrato de préstamo, y dado que Novo Banco solo niega su obligación de restituir las cantidades pagadas por el demandante en aplicación de las cláusulas abusivas antes de la creación de dicho banco puente, no puede rechazarse el reconocimiento de los acuerdos de dicha autoridad de resolución y ha de estimarse la falta de legitimación pasiva de Novo Banco para responder de la restitución y el pago de las cantidades pagadas por el consumidor en aplicación de la cláusula abusiva en fechas anteriores a que se adoptaran tales acuerdos, como son las correspondientes a la cláusula sobre gastos, pagadas en el año 2007, y las cantidades correspondientes a la aplicación de la cláusula suelo antes del 3 de agosto de 2014.

4.- Ahora bien, la cláusula suelo que se contenía en el préstamo hipotecario que fue transmitido a Novo Banco no había sido suprimida, sino que, simplemente, Novo Banco, a quien fue transmitida la posición de BES en el citado préstamo hipotecario con exclusión de la obligación de responder por los pagos hechos por el cliente en aplicación de las cláusulas abusivas, había decidido unilateralmente dejar de aplicarla en una fecha posterior a la transmisión de dicho préstamo. Dado que Novo Banco no se allanó a la pretensión de que se declarara la nulidad de dicha cláusula, una desestimación total de la demanda supondría que la cláusula seguiría incluida en el contrato de préstamo hipotecario.

La consecuencia de lo expuesto es que el pronunciamiento declarativo de la nulidad de las cláusulas abusivas contenido en la sen-

tencia recurrida, en tanto que confirma la de primera instancia, ha de ser mantenido.

5.- Asimismo, procede condenar a Novo Banco a restituir al demandante las cantidades que cobró por la aplicación de la cláusula suelo con posterioridad al 3 de agosto de 2014. Novo Banco se ha allanado a pagar la cantidad que ofreció al demandante en la comunicación que le envió, antes del inicio del litigio, en contestación al requerimiento formulado por el demandante. En dicha comunicación aparecía una mención al año 2015 exclusivamente, de modo que podía pensarse que tales cantidades correspondían al ejercicio 2015.

Por tal razón, procede realizar una condena al pago de las cantidades que cobró por la aplicación de la cláusula suelo con posterioridad al 3 de agosto de 2014, que se determinarán en ejecución de sentencia, sin circunscribirlas a la cantidad concreta a cuyo pago se ha allanado Novo Banco, pues no está adecuadamente justificado que esa cantidad sea la única cobrada con posterioridad al 3 de agosto de 2014; con un mínimo de 1.779.47 euros, al ser esta la cantidad a cuyo pago se allanó Novo Banco”.

IV. VIVIENDAS DE ALQUILER TURÍSTICO. PROPIEDAD HORIZONTAL. STS SALA 1ª, 1233/2024, 3 DE OCTUBRE

El Tribunal Supremo reitera la jurisprudencia que reconoce la licitud de las cláusulas de los estatutos de una propiedad horizontal que prohíben determinados usos de los elementos privativos en aplicación del art. 17.12 LPH, lo que entiende que refrenda el RDL 7/2019. Por ello se desestima la impugnación de acuerdos de la junta de propietarios que impedía los alquileres turísticos.

“3.2 Base normativa de la decisión a adoptar.

El Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, reformó la *LPH con respecto a las viviendas de uso turístico, mediante la introducción de un apartado 12 a su artículo 17*, con la finalidad de que las comunidades de propietarios puedan limitar o condicionar el ejercicio de dicha actividad, o establecer cuotas especiales o incremento en la participación de la vivienda destinada al alquiler turístico en los gastos comunes del edificio, en el marco de la normativa sectorial que regule el ejercicio de esta actividad.

Y así dicha norma establece:

«El acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la *letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos*, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Asimismo, esta misma mayoría se requerirá para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20 %. Estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos».

El *art. 5, apartado e), de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU)* a que se refiere el *art.17.12 LPH*, fue añadido por el *art. 1.2 de la Ley 4/2013, de 4 de junio*, con el siguiente contenido normativo:

«Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley: [...] La cesión temporal de uso

de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial».

Esta última norma pasó a tener nueva redacción, tras su modificación por el *art. 1.2 del Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre* (modificación dejada sin efecto tras la derogación ex *art. 86.2 del Constitución Española*, en adelante CE, del mencionado Real Decreto-ley, pero recuperada posteriormente por el art.

1.2 del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo). Actualmente dispone:

«La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística».

3.3 *La legitimidad de las prohibiciones de uso de los elementos privativos en el régimen de la propiedad horizontal y su conformidad con la Constitución.*

Esta sala no ha cuestionado la legalidad de la limitación de las facultades dominicales de los propietarios de los distintos pisos y locales de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal.

En este sentido, nos expresamos, por ejemplo, en la *Sentencia 358/2018, de 15 de junio*, cuya doctrina ratifica la más reciente *Sentencia 1671/2023, de 29 de noviembre*, que aborda la temática relativa a la eficacia de las limitaciones o prohibiciones referidas al uso de un inmueble sometido a tal régimen jurídico;”

...

De esta manera, por ejemplo, en *Sentencia 729/2014, de 3 de diciembre*, que se reproduce en la más reciente *Sentencia 1643/2023, de 27 de noviembre*, hemos señalado que:

«1. En el ámbito de la propiedad horizontal, resulta posible el establecimiento de limitaciones o prohibiciones que en general atiendan al interés general de la comunidad. Prohibiciones estas que, como indican las *Sentencias de 20 de octubre de 2008 y 30 de diciembre de 2010, citadas por la de 5 de octubre de 2013*, referidas a la realización de determinadas actividades o al cambio de uso del inmueble, que es lo sucedido en el caso del recurrente, deben constar de manera expresa...».

Esta sala no ha tenido la oportunidad, hasta el momento, de pronunciarse sobre la interpretación del *art. 17.12 de la LPH*. Los pronunciamientos jurisprudenciales existentes se circunscriben a examinar el contenido de determinadas previsiones estatutarias, y con base en ellas determinar su compatibilidad o incompatibilidad con el uso de alquiler turístico. La decisión de los recursos exigió, en tales casos, llevar a efecto una valoración del contenido y significado de la concreta norma estatutaria que regía las relaciones de propiedad horizontal.

...

En conclusión, de la doctrina jurisprudencial expuesta resulta que es perfectamente legítimo, en el régimen de propiedad horizontal, a los efectos de conciliar los intereses estrictamente privativos con los generales concurrentes inherentes a su naturaleza jurídica, establecer legítimas restricciones o prohibiciones a las facultades de goce que, con respecto a los pisos o locales del inmueble, corresponden a sus propietarios; siempre que se trate, claro está, de un acuerdo adoptado

conforme a derecho y con respeto a los límites impuestos por el *art. 1255 del CC*, sin que los *arts. 33 (derecho a la propiedad privada)* y *art. 38 (libertad de empresa)* reconocidos por la *Constitución*, vedan unas limitaciones de tal clase.

...

En definitiva, impedir el uso para alquiler turístico constituye una prohibición, que es legítima, y que, por lo tanto, no cabe negar, dado que no altera el contenido esencial del derecho de propiedad. O dicho de otra forma, las facultades de los propietarios, para definir el destino de sus pisos o locales, no son omnímodas, sino susceptibles de ser sometidas a límites tanto legales como convencionales. Ello es así, dado que la titularidad dominical de los comuneros no abarca una relación de pertenencia absoluta con facultades inquebrantables de gozar y disponer, puesto que caben legítimas restricciones al *agere licere* (al actuar permitido) que les corresponde y, específicamente, en el régimen de la propiedad horizontal.

....

Otra matización previa necesaria consiste en precisar que no nos encontramos ante un supuesto de interpretación de una norma estatutaria bajo los condicionantes restrictivos antes explicitados con la oportuna cita jurisprudencial, sino ante la interpretación de un concreto precepto legal a los efectos de dilucidar, si la nueva redacción del *art. 17.12 LPH*, permite a la comunidad de vecinos adoptar un acuerdo, por las mayorías explicitadas, que vede el uso de alquiler turístico.

...

La cuestión controvertida, que constituye el objeto de este proceso, consiste en determinar si la expresión normativa del *apartado 12 del art. 17 de la LPH*, referente al «acuerdo

por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la *letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos*», permite la prohibición de tal destino. O si, por el contrario, una decisión de tal clase constituye un acto jurídico *contra legem* (contra lo dispuesto en la ley), impugnabile por la vía del *art. 18 de la LPH*; toda vez que, de acuerdo con la interpretación literal que defiende el recurrente, «condicionar» o «limitar» no comprende prohibir.

Conforme a lo dispuesto en el *art. 3.1 del CC*, la interpretación de las normas jurídicas deberá llevarse a efecto «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 aquellas». Es decir, conforme a los tradicionales criterios literal, sistemático, histórico, sociológico y teleológico, que no conforman un *numerus clausus* que vede la posibilidad de acudir a otros criterios interpretativos.

En cualquier caso, el precepto otorga preeminencia al espíritu y finalidad pretendida por la norma, que se identifica con la *ratio* o razón de ser que la justifica, lo que conduce a que el intérprete no deba detenerse en la mera exégesis gramatical, sino prestar atención a los otros criterios del *art. 3.1 del CC*, entre los que destaca la prevalencia del teleológico o fin de la norma; es decir, el «por qué» y «para qué» fue dictada.

...

De esta manera, si examinamos el preámbulo del RDL 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, se justifica precisamente la urgencia de su aprobación con fundamento en las dificultades de los ciudadanos de acceso a la vivienda en régimen de alquiler, así como por

haberse generado, en los últimos tiempos, un notorio incremento de las rentas, y, consecuentemente, de los porcentajes de esfuerzo de los ingresos familiares para cubrir las necesidades de habitación; y así señala:

«No cabe duda de que, aunque pueden existir diversos factores que explican este incremento de los precios, el fenómeno creciente del alquiler turístico de vivienda a través de plataformas p2p incide en un contexto en el que, además, la demanda de vivienda en alquiler está creciendo con intensidad».

Y añade que:

«En materia de viviendas de uso turístico, también se recoge en el título II una reforma del régimen de propiedad horizontal que explicita la mayoría cualificada necesaria para que las comunidades de propietarios puedan limitar o condicionar el ejercicio de la actividad, o establecer cuotas especiales o incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda, en el marco de la normativa sectorial que regule el ejercicio de esta actividad y del régimen de usos establecido por los instrumentos de ordenación urbanística y territorial».

En definitiva, el espíritu y finalidad de la norma no es contrario, sino que propicia precisamente la interpretación de que la limitación de la actividad del alquiler turístico comprenda su prohibición. La voluntad del legislador es proclive a favor del arrendamiento residencial frente al alquiler turístico, que se pretende restringir con la finalidad de incrementar el parque de viviendas para arrendamiento, con la natural repercusión sobre los precios y correlativa reducción del esfuerzo de las economías familiares. Condicionar o restringir el ejercicio de aquella actividad no soluciona, al menos, en la misma medida, la problemática de las dificultades de acceso a la vivienda, que se pretenden corregir por medio de tal disposición normativa.

Por otra parte, atribuir dichas facultades a los propietarios encuentra su fundamento en la consideración de que el desarrollo de una actividad de tal clase genera molestias y perjuicios –de ahí la posibilidad de condicionarla o restringirla que nadie cuestiona puesto que si se tratase de una actividad meramente inocua la modificación carecería de sentido– como los que se exteriorizaron por el presidente de la comunidad de vecinos demandada y que la realidad social constata, especialmente en zonas de mayor incidencia turística, en las que el ocio difícilmente se concilia con el descanso de los ocupantes de las viviendas con fines residenciales, que son, en su caso, quienes adoptarán el acuerdo limitativo, siempre que reúnan la mayoría cualificada de los 3/5 del número de propietarios y cuotas de participación impuestas por la ley, que respeta la regla de la proporcionalidad de la medida en cuanto a los intereses en conflicto.

En cualquier caso, tampoco entendemos que limitar el uso turístico no permita su prohibición, que no deja de ser una limitación, en este caso máxima, en un concreto aspecto de las facultades dominicales que corresponden a los propietarios sobre sus inmuebles, y, además, bajo el contorno delimitado por el *art. 5 e) de la LAU* y con las mayorías legalmente exigibles.

Si nos movemos ahora en el estricto marco de la literalidad, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, «limitar» no solo significa «poner límites a algo», sino también, «fijar la extensión que pueden tener la autoridad o los derechos y facultades de alguien». Es decir, la posibilidad de limitación conferida legalmente a las comunidades de propietarios de limitar la actividad de pisos turísticos en el inmueble puede suponer también su completa prohibición, que sería el máximo del límite.

Por otra parte, sinónimo de limitar es también condicionar. No tiene sentido que cuan-

do el legislador emplea ambos términos lo haga de forma redundante, y no para ampliar los contornos de las posibilidades que ofrece el art.

17.12 de LPH. Este precepto constituye precisamente una excepción al régimen de la unanimidad para conseguir que el acuerdo comunitario de veto al alquiler turístico sea posible en derecho. Si no, bastaría con la oposición de quien quiera destinar el inmueble a tal actividad para que el uso turístico deba tolerarse, generándose entonces la problemática derivada de la imposición de condiciones que lo hiciesen inviable en la práctica con la rica problemática judicial e incremento de la litigiosidad que generaría.

No consideramos, en definitiva, que las únicas posibilidades que el *art. 17.12 de la LPH* oferta a los propietarios con respecto a las molestias y perjuicios derivados del alquiler turístico sean las del *art. 7.2 de la LPH*; es decir, una vez producidos, reaccionar frente a ellos a través de lo dispuesto en este precepto, cuando las propias normas estatutarias posibilitan vedar de antemano determinadas actividades que permitan delimitar a los copropietarios la finalidad fundamentalmente residencial de sus inmuebles, sin que la vida vecinal se vea alterada por actividades económicas que la experiencia demuestra introducen un elemento perturbador en la convivencia comunitaria.

En este sentido, los intereses de la colectividad expuestos en el RDL 7/2019, y los generales de los propietarios de los pisos y locales, convergen en cuanto a la problemática derivada del alquiler turístico, siempre que concurren los presupuestos del *art. 17.12 LPH*, que operan como excepción al régimen de la unanimidad.

La interpretación de la norma, que se hace por la audiencia, no es extensiva, sino declarativa del alcance y significado de tal pre-

cepto, bajo los criterios hermenéuticos antes expuestos.

V. ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN. CONDICIÓN DE PERJUDICADO. PERJUDICADO POR ANALOGÍA. STS SALA 1ª, 384/2025, DE 13 DE MARZO

Resuelve la sala que la pareja de la madre del fallecido en accidente de circulación tiene derecho a recibir indemnización por tener la condición de perjudicado al ser él quien cubría las necesidades materiales y afectivas del fallecido, mientras que el padre biológico se había desatendido de ellas. La pareja de la madre pertenece a la categoría de perjudicados funcionales o por analogía del art. 62.3 TRLRCSCVM, por lo que resultaba preciso la acreditación del vínculo afectivo. Además, termina diciendo que el perjudicado por analogía asumió la posición del perjudicado incumplidor, padre de la víctima, y la condición de perjudicado de uno (por analogía) excluye la del otro (padre biológico).

La Sala recuerda el sentido de la reforma del TRLRCSCVM en su art. 35.

"4. La reforma introducida por la Ley 35/2015, como explica la exposición de motivos, conllevó: por una parte, la configuración de los perjudicados, no en grupos excluyentes, como acontecía en el régimen anterior, sino en cinco categorías autónomas, admitiendo que «sufren siempre un perjuicio resarcible y de la misma cuantía con independencia de que concurren o no con otras categorías de perjudicados»; y, por otra parte, que a fin de reflejar en el sistema lo que ya era una realidad jurisprudencial, la condición de perjudicado tabular «se completa con la noción de perjudicado funcional o por analogía que incluye a aquellas personas que de hecho y de forma continuada, ejercen las funciones que

por incumplimiento o inexistencia no ejerce la persona perteneciente a una categoría concreta o que asumen su posición». En correspondencia, «el alcance de la condición de perjudicado tabular se restringe al establecerse que puede dejar de serlo cuando concurren circunstancias que indiquen la desafección familiar o la inexistencia de toda relación personal o afectiva que “supongan la inexistencia del perjuicio a resarcir”». De este modo, el vigente art. 36 dispone que tienen la condición de perjudicados: i) la víctima del accidente y ii) las categorías de perjudicados mencionadas en el artículo 62, en caso de fallecimiento de la víctima.

....

5. El común denominador de todos los perjudicados en el nuevo sistema es el vínculo afectivo que existe entre el perjudicado y la víctima. Este vínculo afectivo se presume existente en el caso de perjudicados pertenecientes a alguna de las citadas cinco categorías del art. 62.1 TRLRCSCVM: en el caso de los familiares expresamente indicados (el cónyuge viudo, los ascendientes, los descendientes y los hermanos), por razón del ese vínculo familiar; y en el caso de los allegados (que pueden ser familiares distintos de aquellos o no familiares), por razón de la convivencia con la víctima durante el tiempo legalmente establecido (cinco años anteriores a su fallecimiento). Por el contrario, en el caso de los perjudicados funcionales o por analogía del art. 62.3 TRLRCSCVM, el vínculo afectivo ha de ser probado y resulta de que el perjudicado ejerza la función u ocupe la posición de uno de esos familiares nominados.

La importancia del vínculo afectivo, fundamento de la existencia de un perjuicio reflejo a resarcir, se traduce en que la inexistencia de ese vínculo permite excluir el derecho al resarcimiento de cualquier perjudicado (art. 62.2 TRLRCSCVM).

De tal forma que está en la ratio de la norma reconocer la condición de perjudicado, en caso de fallecimiento de la víctima, a las personas incluidas en alguna de las cinco categorías a las que alude el art. 62.1 TRLRCSCVM, todas compatibles entre sí y no excluyentes, entre las que se encuentran los ascendientes del fallecido, y en concreto los padres; y también que pertenecer a una categoría no es per se determinante del derecho a la indemnización, ya que el apdo. 2 del mismo artículo, cuando refiere «salvo que concurren circunstancias que supongan la inexistencia del perjuicio a resarcir», asume que puede haber personas susceptibles de estar incluidos en una de esas categorías que, sin embargo, no hayan sufrido perjuicio alguno. Lo que se complementa con el apdo. 3, que introduce la figura del perjudicado funcional o por analogía, condición que se atribuye legalmente a quien de facto y de forma continuada ejerce las funciones que no ejerce el perjudicado perteneciente a alguna de las referidas cinco categorías, sea por inexistencia de este o porque este incumpla sus funciones y las ejerza aquel.

6. En nuestro caso, se trata de reconocer el derecho indemnizatorio al perjudicado por analogía que, de facto y de forma continuada, ejerce las funciones del ascendente progenitor (esto es, las inherentes a la patria potestad conforme a los arts. 154 y ss. CC, consistentes en velar por los hijos, convivir con ellos, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral), no por inexistencia del progenitor, sino por incumplimiento de este. El reconocimiento del derecho del perjudicado funcional o por analogía exige que el progenitor incumpla sus deberes legales (que deje de prestar sustento económico y emocional), hasta el punto de que con ello desaparezca el vínculo afectivo, y, correlativamente, que sea la persona que ejerce las funciones del padre incumplidor en lugar de este la que, con su conducta continuada, cubra las necesidades económicas y emo-

cionales de la víctima hasta su fallecimiento, generando con ello ese vínculo afectivo sin el cual no cabe reconocerle perjuicio a resarcir.

Al ocupar el perjudicado por analogía la posición del perjudicado incumplidor, la condición de perjudicado de uno (el primero) excluye la del otro”.

VI. CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN. CONTRATOS PREVIOS A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA DIRECTIVA 93/13/CEE. STS SALA 1ª, 490/2025, DE 25 DE MARZO

Se pronuncia la Sala sobre el cómputo del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios en relación a un contrato de préstamo hipotecario celebrado antes del 31 de diciembre de 1994, al que no le resultaba aplicable la Directiva 93/13/CEE. El Tribunal Supremo entiende que se trata de un supuesto similar al de pago de lo indebido del que se vio beneficiado el prestamista que no tuvo que asumir en todo o parte aquellos gastos que le correspondían. Por ello considera que el plazo de prescripción ha de empezar a computarse desde que se realizó el pago.

“3.- En la [Sentencia de pleno 725/2018, de 19 de diciembre](#), declaramos que este tipo de abonos por gastos hipotecarios son asimilables al pago de lo indebido, en los términos de los arts. 1895 y 1896 CC, en cuanto que el consumidor habría hecho un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía.

4.- Conforme a la jurisprudencia de esta sala, como dijimos en la mencionada [Sentencia 1662/2024 de 10 de diciembre](#), «el plazo de prescripción de la acción debe contarse desde que el perjudicado tuvo conocimiento del daño». Y al no resultar aplicable ni la Directiva 93/13, ni su jurisprudencia interpretativa, habrá que considerar que ello tuvo lugar cuando se realizaron los pagos, momento en que fue consciente la consumidora del desembolso que tenía que hacer. Por tanto, sin cuestionarse en el recurso de casación que la acción de restitución estaría prescrita, al hacerse el cómputo en los términos mencionados, como ha considerado la sentencia recurrida, el recurso de casación debe ser desestimado”.

VII. LEGITIMACIÓN DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES Y USUARIOS PARA ACTUAR EN REPRESENTACIÓN DE SUS ASOCIADOS. CAMBIO JURISPRUDENCIAL. STS SALA 1ª, 623/2025, DE 23 DE ABRIL

En esta sentencia, la Sala modifica su doctrina jurisprudencial para acomodar la a Sentencia TJUE de 16 de enero de 2025, que resolvió la cuestión prejudicial que se había planteado previamente por el Tribunal Supremo. Por ello, se reconoce la legitimación activa también en casos de inversiones de alto valor económico en productos financieros complejos, sin perjuicio de que no pueda verse favorecida por el beneficio de justicia gratuita si se considera que el objeto del litigio no es un acto de consumo sino un acto de inversión.

“En un recurso anterior, la sala acordó plantear una petición de decisión prejudicial ante el TJUE, que fue resuelta por la [Sentencia de 16 de enero de 2025 \(C-346/23\)](#), cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

«El artículo 52, apartado 2, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que

«– se opone a una jurisprudencia nacional que, cuando el Estado miembro de que se trate haya conferido a las organizaciones de consumidores legitimación activa para entablar acciones judiciales con el fin de defender los intereses individuales de una pluralidad de sus miembros, somete tal legitimación a restricciones relativas a la capacidad económica de esos miembros, al valor económico y al tipo de productos financieros en los que dichos miembros han invertido, así como a la complejidad de esos productos;

«– no se opone, en principio, a que tales criterios se tengan en cuenta para decidir si esas organizaciones disfrutan de asistencia jurídica gratuita».

3.- En las [Sentencias 656/2018, de 21 de noviembre](#), y [691/2021, de 11 de octubre](#), esta sala apreció la falta de legitimación activa de Auge, como asociación de consumidores, para defender los intereses individuales de consumidores en relación con inversiones en productos financieros especulativos y de alto valor económico, al considerar que no se trataba de productos o servicios destinados a consumidores, por no ser de uso común, ordinario y generalizado. Es decir, este tribunal no le había negado legitimación con carácter general (se admitió en las [Sentencias 699/2016, de 24 de noviembre](#), y [621/2022, de 26 de septiembre](#)), sino únicamente en tales supuestos excepcionales.

.....

4.- Una vez dictada la [Sentencia del TJUE de 16 de enero de 2025 \(C-346/23\)](#), con el fallo antes transcrito, debe modificarse la jurisprudencia contenida en las mencionadas [Sentencias 656/2018, de 21 de noviembre](#) y [691/2021, de 11 de octubre](#), de conformidad con el art. 4 bis.1 LOPJ, el art. 91 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia y la propia jurisprudencia de dicho Tribunal ([STJCE de 6 de marzo de 2003, Kaba, C-466/00](#), y [SSTJUE de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09](#); de 19 de abril de 2016, DI, C-441/145; y de [5 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14](#)), a fin de reconocer legitimación activa a Auge también en casos de inversiones de alto valor económico en productos financieros complejos.

Todo ello sin perjuicio de que, a la vista de las circunstancias concurrentes, pueda negarse a Auge el disfrute de los beneficios de la asistencia jurídica gratuita si se considera que el objeto del litigio no es un acto de consumo sino un acto de inversión, con la consecuencia de que la operación en cuestión no pueda calificarse de uso común, ni ordinario, ni generalizado, tanto en atención a su importe como a su naturaleza y carácter aleatorio y especulativo”.

VIII. CONSUMIDORES. COSTAS. ALLANAMIENTO. STS, SALA 1ª, 565/2024, DE 25 DE ABRIL

El Tribunal Supremo en un supuesto de allanamiento en el que se discutía la condena en costas a la entidad bancaria, matiza su jurisprudencia sobre costas en procedimientos con consumidores, atendiendo a la [STJUE de 13 de julio de 2023 \(C-35/22\)](#) para aquellos casos en los que exista una jurisprudencia clara y reiterada, en los que la conducta procesal de la entidad demandada es de menor relevancia para poder eximirla de las costas,

una vez que no tomó la iniciativa de dirigirse al consumidor para reparar las consecuencias de su conducta abusiva.

“ 3.- Estas consideraciones del TJUE nos llevan a matizar nuestra jurisprudencia, en el sentido de considerar que, cuando ya exista una jurisprudencia reiterada y consolidada respecto de la abusividad de una cláusula o una práctica, la conducta procesal de la entidad demandada es de menor relevancia para poder eximirla de las costas, una vez que no tomó la iniciativa de dirigirse al consumidor para reparar las consecuencias de su conducta abusiva.

4.- En este caso, la abusividad de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que atribuía indiscriminadamente al consumidor el pago de todos los gastos de la operación había sido proclamada por la Sentencia de pleno de esta sala [705/2015, de 23 de diciembre](#), y quedó plenamente consolidada en las [Sentencias de pleno 44/2019, 46/2019,](#)

[47/2019, 48/2019 y 49/2019](#), todas de 23 de enero. Es cierto que hubo sentencias posteriores que determinaron exactamente la atribución de los gastos de gestoría (Sentencia 550/2020, de 26 de octubre) y de tasación ([Sentencia 35/2021, de 27 de enero](#)), pero no afectaron a la doctrina ya reiterada sobre abusividad de la cláusula de gastos y que hubieran exigido de la entidad prestamista la devolución de aquellos gastos respecto de los que ya existía una jurisprudencia clara (como mínimo, los de notaría y registro, desde las indicadas Sentencias de 23 de enero de 2019).

5.- En consecuencia, como la entidad prestamista no tomó la iniciativa de reparar el daño patrimonial causado a la prestataria como consecuencia de la aplicación de la cláusula abusiva, como mínimo desde las Sentencias de 23 de enero de 2019, su comportamiento posterior al requerimiento extrajudicial efectuado por la demandante no puede eximirle de la imposición de costas”.

CUESTIONES DE INTERÉS EN MATERIA DE DESPIDO

Nuria Perchín Benito

Magistrada Juzgado Social n.º 2 Santander

SUMARIO

- I. DESPIDO IMPROCEDENTE. INDEMNIZACIÓN ADICIONAL A LA LEGALMENTE ESTABLECIDA. ¿HACIA UN NUEVO MODELO INDEMNIZATORIO EN EL DESPIDO IMPROCEDENTE?
- II. LA NECESIDAD DE AUDIENCIA PREVIA AL TRABAJADOR ANTES DE NOTIFICARLE EL DESPIDO DISCIPLINARIO: ART. 7 CONVENIO 158 OIT. SENTENCIAS TRIBUNAL SUPREMO 18 DE NOVIEMBRE 2024 Y 5 MARZO 2025

I. DESPIDO IMPROCEDENTE. INDEMNIZACIÓN ADICIONAL A LA LEGALMENTE ESTABLECIDA. ¿HACIA UN NUEVO MODELO INDEMNIZATORIO EN EL DESPIDO IMPROCEDENTE?

Actualmente el régimen jurídico de la indemnización en caso de extinción del contrato de trabajo está siendo cuestionado, lo que está creando cierta incertidumbre e inseguridad jurídica.

Y uno de los supuestos en que esto acontece tiene que ver con el Derecho de la Unión Europea, sobre todo tras la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales de 20 marzo 2024, que ha sido publicada el 29 julio 2024, y que ha estimado la queja formulada por UGT y ha declarado que la regulación legal española en materia de indemnización por despido improcedente vulnera el art. 24 de la CSEr, ha declarado que la regulación legal española en materia de indemnización por despido improcedente vulnera el art. 24 de

la CSEr, lo que sin duda va a dar lugar a un incremento de demandas con peticiones de esta naturaleza.

Lo que concluye textualmente el Comité Europeo de Derechos Sociales es que: *El Comité considera que los límites máximos fijados por la legislación española no son lo suficientemente elevados para reparar el daño sufrido por la víctima en todos los casos y para disuadir al empleador. Es posible que no se tenga debidamente en cuenta el perjuicio real sufrido por el trabajador afectado en relación con las características específicas del caso, entre otras cosas porque la posibilidad de una indemnización adicional es muy limitada. Por consiguiente, el Comité considera que a la luz de todos los elementos mencionados, el derecho a una indemnización adecuada u otra reparación apropiada en el sentido del art. 24 de la Carta no está suficientemente garantizado.*

En definitiva, entiende el CEDS que en el derecho español, dado que la readmisión con carácter general es una opción del empre-

sario, la regulación de la indemnización por despido improcedente no se ajusta al contenido del art. 24 CSEr, porque debe ser proporcional a la pérdida sufrida por el trabajador despedido y suficientemente disuasoria para el empresario.

El punto de partida es el art. 10 del Convenio 158 OIT y el art. 24 de la Carta Social Europea revisada.

A estos efectos dispone **el art. 10 del Convenio 158 OIT**: *Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada, y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieron facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.*

Y el **art. 24 de la Carta Social Europea Revisada**, (ratificada por España y que ha entrado en vigor el 1 julio 2021), establece:

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a la protección en caso de despido, las partes se comprometen a reconocer:

- a) *El derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio*
- b) *El derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada.*

A tal fin, las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial.

La cuestión, a la espera de Doctrina Unificada, ya ha dado lugar a la adopción de criterios contrapuestos en la Doctrina de Suplicación de los Tribunales Superiores de Justicia.

Ejemplos paradigmáticos de ello son, por un lado, **la STSJ Cataluña de 22 mayo 2024** que reconoce una indemnización complementaria a la legal tasada en un importe de 46.728,24 euros cuando la legal tasada era de unos 3.555 euros, **la STSJ País Vasco de 23 abril 2024**, que reconoce 30.000 euros cuando la legal tasada ascendía a 494 euros.

¿Cuáles son los supuestos de hechos concretos que analizan estas dos sentencias?

STSJ Cataluña 22 mayo 2024:

Trabajador que presta servicios en el Instituto de Asistencia Sanitaria y solicita una excedencia voluntaria desde el 6 mayo 2022 al 6 mayo 2023.

El 7 mayo 2022 suscribe con la empresa demandada un contrato de trabajo indefinido.

El 3 abril 2023 solicita una prórroga de la excedencia voluntaria que le es concedida el 18 abril 2023 con efectos desde 6 mayo 2023 a 6 mayo 2024.

El 14 abril 2023 la empresa para la que presta servicios le comunica su despido disciplinario por bajo rendimiento con una carta genérica que no especifica los hechos concretos en que se fundamenta la decisión de despedir, a lo que hay que añadir que la propia empresa le había reconocido una retribución variable por cumplimiento de objetivos.

La sentencia concluye que la indemnización legal tasada de unos 3.500 euros no compensa suficientemente al trabajador por la pérdida de ocupación al menos temporal porque el reintegro en su anterior empre-

sa está condicionado a la existencia de una eventual vacante porque era una excedencia voluntaria.

Luego lo que hace el TSJ de Cataluña es concretar el perjuicio en el salario que dejará de percibir durante el año, (46.728,24 euros), que tendría que esperar el trabajador para solicitar la reincorporación en su anterior empresa puesto que solicitó y obtuvo una prórroga de la excedencia voluntaria por un año más, y nada más solicitarla se le despide de la actual empresa.

STS País Vasco 23 abril 2024:

Trabajador que presta servicios en una empresa con contrato indefinido de fecha 1 marzo 2021.

Participa en un proceso selectivo del Ayuntamiento de Oñati y queda incluido en una bolsa de trabajo temporal.

En marzo 2023 le comunican desde el Ayuntamiento una oferta de trabajo y le ofrecen suscribir un contrato de interinidad por vacante en un puesto de Técnico de Mantenimiento con duración hasta que finalice el proceso selectivo para la cobertura de dicha vacante, (mínimo un año) y en todo caso con una duración máxima de 3 años.

El trabajador acepta y causa baja voluntaria en su anterior empresa el 24 marzo 2023 y suscribe el 27 marzo un contrato de interinidad con el Ayuntamiento en el que se hace constar que es para sustituir a un trabajador, sin identificar al mismo.

El trabajador comienza a prestar servicios y el 30 abril 2023 le dicen verbalmente desde el Ayuntamiento que ha habido un error en su contratación y le entregan un certificado de empresa donde se hace constar como causa de la baja "fin de la relación".

El Ayuntamiento no ha convocado ningún proceso selectivo para la cobertura de la citada plaza vacante.

Diserta la sentencia sobre las diversas fórmulas a las que se puede acudir para cuantificar esa indemnización adicional a la legalmente tasada y que cumpla los dos parámetros necesarios cuales son reparación efectiva al trabajador y elemento disuasor para el empresario que el empresario que le lleve a adoptar decisiones ajustadas a derecho.

Y así alude a fórmulas como cálculo ficticio indemnizatorio tasado ex art. 56 ET computando el año que el trabajador debió prestar servicios como mínimo para el Ayuntamiento según la oferta de empleo, o incluso los tres años de duración máxima del contrato de interinidad por vacante ofertado; o bien acudir a la vía del art. 281.2.b) LRJS (15 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades).

Pero la sentencia llega a la conclusión de que este quantum indemnizatorio así calculado es de escasa cuantía y opta por confirmar el criterio de instancia que concedió el importe equivalente al salario de un año, razonando además que bien podría descontarse de esta cuantía el importe de la prestación por desempleo percibida, porque en todo caso la prestación por desempleo tiende a reparar el daño o perjuicio por la pérdida de empleo, pero finalmente considera que este descuento daría lugar a un montante de indemnización no lo suficientemente disuasoria para el empresario, en este caso el Ayuntamiento, y por tanto opta por no descontarlo.

En sentido contrario la **STSJ Madrid de 19 octubre 2023**, (siguiendo el criterio de una anterior de 26 mayo 2022), rechaza la posibilidad de plantearse el pago de indemnización adicional alguna que no sea la legalmente tasada.

Otros Tribunales Superiores de Justicia admiten esta posibilidad de compatibilizar ambas indemnizaciones únicamente en supuestos en los que concurren circunstancias muy excepcionales y siempre y cuando se acredite la cuantía del daño patrimonial sufrido o el daño moral indemnizable, y la indemnización legal no sea exigua.

Ejemplo paradigmático de esta última posición es la **STSJ Galicia de 12 junio 2024**, que en el caso concreto enjuiciado indica que la Sala nunca ha negado la posibilidad de una indemnización adicional porque los órganos judiciales deben integrar el control de convencionalidad en el enjuiciamiento e interpretar el ordenamiento interno de conformidad con las normas internacionales correspondientes, y siempre y cuando la indemnización legal sea manifiestamente exigua en relación con los concretos perjuicios causados al trabajador por el despido abusivo o que no resulte disuasoria para el empresario.

Indica también que exista un ejercicio fraudulento o abusivo en la decisión empresarial de extinguir el contrato que además debe ser alegado y probado en juicio.

Pero resolviendo el concreto supuesto de autos concluye que la actuación de la empresa no fue abusiva ni ilegal sino que deriva de una defectuosa aplicación del plazo máximo aplicable para el periodo de prueba, y además la trabajadora alegó pero no probó adecuadamente su situación personal y familiar, luego no acredita perjuicios, y por lo tanto como falta el presupuesto del fraude de ley o abuso de derecho en la extinción y además no se acreditan fehacientemente los perjuicios, desestima la pretensión.

El TSJ Cantabria en la Sentencia de 16 septiembre 2024, que reitera una anterior de fecha 25 marzo 2024, ha denegado la pretensión de indemnización adicional a la le-

galmente tasada y lo ha hecho en base a dos argumentos:

- 1) Esta pretensión no es acumulable a la acción impugnatoria del despido conforme al art. 26.2 LRJS salvo que se alegue vulneración de derechos fundamentales que determinen la nulidad del mismo.
- 2) La única posibilidad de obtener indemnización adicional es la vía del art. 231.2.b) LRJS en los casos de readmisión irregular declarada en ejecución de sentencia firme de despido.
- 3) También cuando esta mejora se pacta, "blindando el contrato de trabajo" o está prevista en convenio colectivo.
- 4) En cualquier caso nunca sería una indemnización automática, porque es preciso, además de que su cuantía sea muy exigua y no tenga por tanto valor disuasorio para la empresa, que el despido efectuado lo haya sido en fraude de ley o con abuso de derecho.
- 5) Las resoluciones del CEDS no son expresión directa de la CSEr, siendo lo vinculante el propio Tratado.

En definitiva, los pronunciamientos de la Doctrina de Suplicación son dispares, y habrá que esperar a un pronunciamiento del TS que unifique doctrina.

Mientras tanto en los procedimientos en que se plantee esta cuestión, pueden concurrir varios problemas en el caso de que se opte por la aplicación del art. 24 CSEr y el art. 10 Convenio 158 OIT.

Entre ellos cabe destacar:

- 1) Puede hacer jurídicamente incoherente que la readmisión,— que como opción tiene el empresario en el despido improcedente—, pueda subsumirse en el concepto "otra reparación adecuada".

2) Se debe plantear si para determinar la indemnización adecuada debe tenerse en cuenta lo que va a percibir o haya percibido a la fecha de la sentencia el trabajador como prestación por desempleo.

3) Gran inseguridad jurídica a la hora de determinar si la indemnización tasada es lo suficientemente disuasoria para la empresa, porque dependerá de las circunstancias e idiosincrasia de cada empresa.

II. LA NECESIDAD DE AUDIENCIA PREVIA AL TRABAJADOR ANTES DE NOTIFICARLE EL DESPIDO DISCIPLINARIO: ART. 7 CONVENIO 158 OIT. SENTENCIAS TRIBUNAL SUPREMO 18 DE NOVIEMBRE 2024 Y 5 MARZO 2025

El art. 7 del Convenio 158 de la OIT establece:

No debe darse por terminada una relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad.

El Convenio 158 OIT fue ratificado por España en 18 febrero 1985 y publicado en el BOE, por lo que debe tenerse en cuenta lo dispuesto en los arts. 23 y 31 de la Ley 25/2014 de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, que preceptúan que los tratados internacionales formarán parte del ordenamiento jurídico interno una vez publicados en el BOE y sus normas jurídicas prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional.

En el necesario control de convencionalidad que se debe realizar al aplicar este precepto, esto es, en la selección del derecho aplicable, debe optarse por aplicar directamente el precepto internacional por cuanto que su mandato es muy claro y no deja lugar a dudas como requisito formal para proceder al despido disciplinario, puesto que está inspirado en el principio fundamental del derecho de defensa del trabajador y en la importancia de que los cargos se formulen y comuniquen sin ambigüedad, y que se le ofrezca una posibilidad real de defenderse antes de dar por terminada la relación laboral.

Se trata por tanto de una garantía adicional establecida por una norma internacional, de aplicación directa y de carácter prevalente respecto al ordenamiento jurídico interno.

La opción por la aplicación directa del art. 7 del Convenio 158 OIT también la fundamenta en la Doctrina Constitucional contenida en la [STC n.º 120/2021, de 31 de mayo](#) que establece: *Los tribunales ordinarios pueden declinar la aplicación de una norma legal para aplicar en su lugar un precepto contenido en un tratado internacional.*

Como era de esperar, en la Doctrina de los TSJ se han producido pronunciamientos a favor, (STSJ Baleares de 13 febrero 2023), y en contra, (STSJ de Cataluña 4 julio 2024 y Sentencia TSJ Madrid 28 abril 2023).

Finalmente, el Tribunal Supremo ha unificado doctrina en la [Sentencia de 18 noviembre 2024, \(RCUD 4735/2023\)](#), reiterada en la reciente [Sentencia de 5 marzo 2025, \(RCUD 2076/2024\)](#), zanjando definitivamente esta cuestión en una interpretación favorable a esta audiencia previa.

1) Al respecto la Sala sostiene que estando ante un requisito exigible por norma incorporada a nuestro ordenamiento interno, debe ser aplicada sin que esto signifique la

derogación de norma interna alguna, sino la selección del derecho aplicable, cumpliendo con ello la función jurisdiccional que a los jueces atribuye la CE, ex art. 117.3. Así lo ha venido manteniendo la doctrina constitucional, como recuerdan las SSTC 87/2019 y 120/2021, perfilando el llamado control de convencionalidad. Procede, por tanto, su aplicación directa al ser una disposición que debe calificarse de completa o aplicable en forma automática, sin precisar de normas de ejecución que deban dictarse por España pues están suficiente y debidamente concretados sus términos. El requisito que establece es muy concreto y de alcance general, ya que, atendiendo a su contenido y la propia finalidad que con su texto se persigue, se extiende a toda situación en la que el empresario pretenda imponer al trabajador la extinción del contrato de trabajo por despido disciplinario. Basta, simplemente, con permitir al trabajador que se defienda de los cargos sobre su conducta o trabajo. Por tanto, no se puede decir que tal disposición exija un desarrollo legislativo.

2) Insiste el alto Tribunal en que lo que introduce la normativa internacional introduce es un principio básico, una medida de equidad, al incluir, junto a las disposiciones relativas al recurso frente a la decisión de despido, un claro mecanismo previo, que ha de activarse antes o con ocasión del despido, cuya finalidad es clara: que el trabajador sea escuchado sobre los hechos por el empleador antes de que este pueda adoptar decisiones definitivas al respecto que, con ese conocimiento, a lo mejor no hubiera tomado.

3) Especial importancia plantea cuál será el procedimiento concreto por el que la empresa arbitrará esa preceptiva audiencia, porque el art. 7 del Convenio no explicita más, ni exige nada especial en orden a la forma de arti-

cular ese dialogo o audiencia del trabajador. A este respecto el Tribunal Supremo no parece concederle una importancia decisiva porque afirma que basta, como requisito mínimo y suficiente, con que se dé oportunidad al trabajador de ser oído, lo que no requiere de mayor precisión.

4) Finalmente incide el Tribunal Supremo en que requisito de audiencia previa contiene una excepción: "a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad". Y en la Sentencia de marzo 2025 contempla específicamente un supuesto para aplicar la excepción y es cuando no podía razonablemente pedirse al empleador que tuviera que conceder tal audiencia al trabajador en tanto que en el momento en que activó el despido no se le podía exigir ese requisito.

Y no se le podía exigir tal requisito porque aunque el convenio OIT está en vigor desde hace décadas, la jurisprudencia venía manteniendo lo contrario en cuanto a este requisito se refiere, generando un principio de seguridad jurídica en la materia que amparaba su modo de proceder.

Tanto es así que también durante décadas, cuando se interponía demandas por despido ante los Juzgados de lo Social, nunca se hacía constar como causa formal para justificar la improcedencia del despido, la de la audiencia previa al trabajador. Con esa importante advertencia, lo que el Tribunal supremo viene a aseverar es que para los despidos acaecidos antes de que se publicase nuestra STS 1250/2024, no es posible, en aras de respetar el principio de seguridad jurídica, exigir al empleador su cumplimiento y anudar la declaración de improcedencia a su incumplimiento.

► **Artículos doctrinales**

EL NOMBRAMIENTO DEL AUDITOR A INSTANCIA DEL SOCIO MINORITARIO SEGÚN EL ARTÍCULO 265.2 DEL TRLSC: ALGUNAS CUESTIONES PRÁCTICAS EN CASO DE CONFLICTO SOCIETARIO

Pablo Orts Moreno

Abogado en Pérez-Llorca

Ana Ramos Salas¹

Abogada en Pérez-Llorca

Resumen: el artículo 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital ("**TRLSC**") establece el derecho de los socios minoritarios (que representen, al menos el 5 % del capital social de la sociedad) a que se designe, por el registrador mercantil, un auditor a los efectos de verificar las cuentas anuales de la sociedad. Este precepto, contemplado expresamente para aquellos casos en los que la sociedad no tiene una obligación legal previa de auditar sus cuentas, supone una importante atribución a favor del socio minoritario, que

gana especial relevancia en caso de conflicto societario. La posibilidad de que el socio minoritario pueda solicitar la verificación por un tercero de la realidad contable de la sociedad (con cargo a la misma), junto con la intervención del Registro Mercantil como entidad pública encargada de designar al auditor son algunos de los factores que han motivado la aparición de un cuerpo consolidado tanto de doctrina administrativa de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ("**DGSJFP**")², como de jurisprudencia civil, en torno a la interpretación del contenido y alcance del referido artículo 265.2 TRLSC.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. NOMBRAMIENTO DEL AUDITOR A INSTANCIA DEL SOCIO MINORITARIO EN LAS SOCIEDADES QUE NO ESTÁN OBLIGADAS A SOMETER SUS CUENTAS A AUDITORÍA: EL SUPUESTO DEL ARTÍCULO 265.2 TRLSC
- III. ALGUNAS CUESTIONES PRÁCTICAS EN TORNO AL NOMBRAMIENTO DEL AUDITOR A INSTANCIA DEL SOCIO MINORITARIO
- IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 253 TRLSC establece la obligación de los administradores de las sociedades de capital de formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales de la sociedad.

Formuladas las cuentas anuales por los administradores de la sociedad, estos tienen obligación de convocar la junta general que decida sobre la aprobación definitiva de las mismas (artículo 272.1 TRLSC), que deberá celebrarse, de conformidad con el artículo 164 TRLSC, dentro de los seis meses siguientes al cierre del ejercicio contable. A partir de la celebración de dicha junta, los administradores de la sociedad disponen de un mes para presentar las cuentas para su depósito en el Registro Mercantil (art. 279.1 TRLSC).

En la mayoría de los casos, las sociedades hacen coincidir el cierre del ejercicio contable con el final del año natural, por lo que, en la práctica, esta combinación de plazos suele traducirse en que: (i) los administradores deben formular las cuentas anuales antes del 31 de marzo del año posterior al cierre; (ii) la junta general para la aprobación de las cuentas debe celebrarse antes del 31 de junio del año posterior al cierre; y (iii) los administradores deben presentar, para su depósito en el Registro Mercantil, entre otras³, la certificación de los acuerdos de la junta de aprobación de cuentas antes del 31 de julio del año posterior al cierre.

La falta de cumplimiento de los plazos para depositar las cuentas anuales en el Registro Mercantil lleva aparejado el cierre de la hoja registral de la sociedad (evitable en algunos supuestos⁴), lo que implica que no tendrá acceso al Registro Mercantil documento alguno referido a la sociedad mientras el

referido incumplimiento persista. El TRLSC contempla, asimismo, un régimen de sanciones aparejado al incumplimiento de esta obligación⁵; sin perjuicio de la responsabilidad que pueda derivarse para los administradores por un eventual incumplimiento de su deber de diligencia en relación con lo anterior.

El artículo 263.1 TRLSC establece, asimismo, la obligación de que las cuentas anuales y, en su caso, el informe de gestión sean revisados por un auditor de cuentas. Dicha exigencia se ve modulada por las excepciones contenidas en el artículo 263.2 TRLSC, que exime del cumplimiento de la obligación de auditar las cuentas en los casos en los que la sociedad reúna, durante dos **ejercicios** consecutivos (a fecha de cierre del ejercicio), al menos dos de las circunstancias siguientes⁶:

- (i) el total de las partidas del activo no supere los dos millones ochocientos cincuenta mil euros;
- (ii) el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los cinco millones setecientos mil euros; y/o
- (iii) el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta.

Los anteriores requisitos implican que, en la práctica, son muchas las sociedades que están exentas de la obligación de someter las cuentas anuales a verificación por un auditor. Durante el pasado año 2023, del total de sociedades constituidas en España solo el 2,14 % auditaron sus cuentas anuales⁷. Este dato se corresponde con la realidad del tejido empresarial español, en el que el 99,8 % de las empresas tienen la condición de pequeñas y/o medianas (pymes)⁸ que, en muchos casos, no superan los umbrales contemplados en el artículo 263.2 TRLSC.

II. NOMBRAMIENTO DEL AUDITOR A INSTANCIA DEL SOCIO MINORITARIO EN LAS SOCIEDADES QUE NO ESTÁN OBLIGADAS A SOMETER SUS CUENTAS A AUDITORÍA: EL SUPUESTO DEL ARTÍCULO 265.2 TRLSC

Lo expuesto en el apartado anterior no implica que las sociedades que no deban auditar sus cuentas (por no superar los umbrales contemplados en el artículo 263.2 TRLSC) no puedan acudir al auditor, como tercero imparcial encargado de llevar a cabo una actividad objetiva e independiente⁹ de revisión y verificación de sus cuentas anuales. De hecho, en 2023, si bien el 71,96 % de los informes de auditoría emitidos eran obligatorios (49.303), un 28,04 % (19.212) de los mismos se relacionaron con sociedades que no tenían obligación de auditar sus cuentas según lo dispuesto en el artículo 263 TRLSC¹⁰.

Relacionado con lo anterior, el artículo 265.2 TRLSC permite que los socios de las sociedades que no tengan obligación de auditar sus cuentas anuales puedan solicitar el nombramiento de un auditor que efectúe la revisión de las cuentas anuales de la sociedad (siempre que representen al menos el 5 % del capital social):

En las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio (el subrayado es nuestro).

Como indica el citado artículo, la solicitud del minoritario debe realizarse en el plazo de tres meses¹¹ a contar desde la fecha de cierre del ejercicio contable; plazo que, en la mayoría de los casos, como se ha expuesto,

suele coincidir con el 31 de marzo del año siguiente al del ejercicio contable cuya auditoría se solicite.

En términos procedimentales, el artículo 351 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (el "RRM") dispone que la solicitud deberá hacerse mediante instancia por triplicado, dirigida al registrador mercantil del domicilio social, expresando: (i) el nombre y apellidos del solicitante –o solicitantes– acreditando su legitimación (i.e., su condición de socio o socios que, además, acrediten la representación individual o conjunta de, al menos, el 5 % del capital social); (ii) la denominación y demás datos de identificación registral de la sociedad a auditar, así como su domicilio; (iii) la causa de la solicitud; y (iv) la fecha de la misma¹².

Presentada la solicitud, el artículo 353 RRM dispone que se practicará el correspondiente asiento de presentación, procediendo a la apertura del expediente numerado. Una vez ocurrido lo anterior, dentro de los cinco días siguientes al asiento de presentación, el registrador dará traslado a la sociedad de la instancia y sus documentos adjuntos; teniendo esta última un plazo de cinco días para oponerse. Los motivos de oposición de la sociedad, regulados en el artículo 354.2 RRM, se limitan únicamente a aquellos supuestos en los que se acredite documentalmente que no procede el nombramiento y/o se niegue la legitimación del solicitante. El registrador deberá resolver dentro de los cinco días siguientes a la presentación del escrito de oposición, siendo dicha resolución recurrible, en el plazo de quince días a contar desde la fecha de notificación de la resolución ante la DGSJFP (artículo 354.3 RRM).

En caso de proceder con el nombramiento de auditor, el registrador mercantil designará por orden de lista un auditor de entre los inscritos en el Registro Oficial. El auditor nom-

brado deberá aceptar el cargo. En su caso, procederá con el encargo, que finalizará con la emisión del informe que se entregará a la sociedad auditada. Sin embargo, cabe la posibilidad de que el auditor emita un informe en el que declare que no ha sido posible realizar la auditoría por causas no imputables al auditor (artículo 361 RRM).

El Tribunal Supremo tiene declarado que la finalidad última del artículo 265.2 TRLSC, es la de proteger *la posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil [para] trata[r] de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente*¹³.

La propia redacción de la norma, aunque no lo señala de forma expresa, permite prever que su aplicación práctica se da normalmente en situaciones de conflicto societario, pues supone la atribución al socio minoritario de una importante herramienta de presión¹⁴ a la sociedad.

Y es precisamente esa conflictividad la que, como indica la doctrina, *justifica la existencia de un cuerpo de doctrina registral extenso sobre la cuestión, que delimita los supuestos de ejercicio legítimo del derecho, y los casos y circunstancias en los que resulta posible su enervación*¹⁵. A las resoluciones de la DGSJFP debe sumarse también la jurisprudencia de los tribunales civiles, encargada de la revisión en vía jurisdiccional de la decisión del registrador como *resolución de la Administración Pública sujeta a derecho privado*¹⁶ y, en consecuencia, sujeta a la jurisdicción civil.

La existencia de este extenso cuerpo de doctrina administrativa y jurisprudencial informa la aparición de un historial considerable de situaciones prácticas que han sido objeto de análisis tanto por parte de la DGSJFP, como parte de nuestros Tribunales; algunas de las cuales pasamos a exponer.

III. ALGUNAS CUESTIONES PRÁCTICAS EN TORNO AL NOMBRAMIENTO DEL AUDITOR A INSTANCIA DEL SOCIO MINORITARIO

A la hora de tramitar el procedimiento de nombramiento de auditor *ex* artículo 265.2 TRLSC, existen determinadas circunstancias que pueden incidir –de forma más o menos directa– en el derecho del socio minoritario a conseguir la designación de un auditor por parte del registrador mercantil.

Comenzando por la solicitud de nombramiento, hay varias circunstancias respecto del contenido de la misma que deben tenerse en cuenta. En primer lugar, a pesar de que el artículo 351 RRM contempla una serie de requisitos formales que debe cumplir la solicitud¹⁷, la jurisprudencia y la doctrina de la DGSJFP han modulado algunos de ellos.

Es el caso, por ejemplo, de la [Sentencia n.º 195/13 de la Audiencia Provincial de Madrid \(Sección 28ª\) de 17 de junio de 2013](#) que dispone, apartándose de la literalidad del artículo 351 RRM, que *la solicitud no precisa que se justifique causa alguna*, puesto que la causa de la misma no es otra que *la concurrencia de una circunstancia objetiva y determinada ex lege que conduce al nombramiento de auditor por el Registrador*. Tampoco debe examinar el registrador mercantil, según la referida sentencia, *las motivaciones que llevan al socio o socios a solicitar el nombramiento de auditor o la mala fe o abuso del derecho*.

En relación con la legitimación del solicitante, también la [Audiencia Provincial de Madrid \(Sección 28ª\) ha indicado, en su Sentencia n.º 372/2018 de 9 julio 2018](#), que *resulta suficiente que el solicitante aporte un principio de prueba por escrito de su titularidad*¹⁸. Este estándar de prueba es modificado por la propia Audiencia Provincial al abordar los motivos de oposición de la sociedad, señalando asimismo que la persona jurídica *no puede fun-*

dar la falta de legitimación del solicitante como socio en un mero documento privado de venta, sino que será necesario acreditar la transmisión aportando la correspondiente copia de la escritura.

Por último, en relación con la legitimación, es doctrina reiterada de la DGSJFP que la titularidad del 5 % del capital social debe ostentarse en el momento de presentación de la solicitud, es decir, dentro de los tres meses posteriores al cierre del ejercicio contable a los que se refiere el artículo 265.2 TRLSC¹⁹.

Lo anterior no es incompatible con que la sociedad, *motu proprio*, proceda a nombrar a un auditor. Si dicho nombramiento se hace en fecha anterior²⁰ a la presentación por el socio de su solicitud ante el Registro Mercantil (siempre que se garantice el derecho del socio a acceder al referido informe de auditoría) la sociedad puede enervar el derecho del socio minoritario a que se nombre un auditor. Así se indica, por ejemplo, en la resolución de la DGSJFP de 20 de febrero de 2018 (BOE n.º 58, de 7 de marzo de 2018):

[P]ara que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor, y b) que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría (el subrayado es nuestro).

Al hilo de esta cuestión, en relación con la enervación del derecho del socio, la DGSJFP ha declarado, en resoluciones como de 25 de junio de 2015 (BOE n.º 190, de 10 de agosto de 2015)²¹, que no es jurídica ni económicamente admisible que en el mismo ejercicio se realicen dos auditorías, siendo lo procedente que solo prevalezca una designación pues ni jurídica ni económicamente es admisible que el mismo ejercicio sea objeto de verificación por

dos profesionales distintos siendo su actividad merecedora de idéntica consideración. Por lo tanto, si bien la sociedad debe correr, por imperativo del artículo 265.2 TRLSC, con los gastos del informe de auditoría solicitado por el socio minoritario, lo anterior no justifica que la sociedad deba afrontar los gastos asociados a dos auditorías en un mismo ejercicio.

Sobre este punto, conviene resaltar la argumentación del Tribunal Supremo (Sala Primera), en la ya citada [Sentencia n.º 240/2007 de 9 de marzo de 2007](#), en la que el Alto Tribunal señaló que el contenido material del derecho del socio minoritario *no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad*.

Tampoco resulta admisible, según la doctrina de la DGSJFP, que habiendo sido nombrado el auditor por la sociedad, esta proceda a la revocación de su nombramiento una vez transcurrido el plazo de 3 meses que contempla el artículo 265.2 TRLSC. Ello supondría, en la práctica, según indica en la resolución de la DGSJFP de 28 de noviembre de 2023 (BOE n.º 302, de 19 de diciembre de 2023), perjudicar el eventual derecho del socio minoritario a solicitar la auditoría de las cuentas anuales:

[L]a revocación se lleva a cabo una vez transcurrido el plazo de tres meses a que se refiere el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital lo que supone un claro perjuicio para los socios que no han votado a favor del acuerdo pues no pudiendo haber ejercido su derecho al existir entonces un auditor designado, resultan perjudicados por el acuerdo social que les ha privado de su derecho a solicitar la designación de auditor al Registro Mercantil (el subrayado es nuestro).

Lo anterior deja abierto el interrogante de cuándo deja de ser admisible, dentro de ese

plazo, que la sociedad proceda a revocar el nombramiento del auditor, mereciendo particular atención aquellos casos en los que la revocación se lleve a efecto poco antes de que finalicen los 3 meses de los que dispone el minoritario (siendo este, además, un plazo caducidad y, por lo tanto, no susceptible de interrupción)²².

En cuanto a la oposición de la sociedad, la jurisprudencia y la doctrina de la DGSJFP han interpretado las causas de oposición de forma restrictiva. Como declara la [Audiencia Provincial de Madrid \(Sección 28ª\) en su Sentencia n.º 195/2013 de 17 de junio de 2013: las causas de oposición están tasadas y se limitan a la falta de legitimación del solicitante o a los presupuestos del nombramiento](#)²³.

Por último, cabe analizar cómo se conjuga este derecho del socio minoritario con aquellos casos en los que la sociedad esté afectada por una situación registral preexistente. En este sentido se plantean, entre otros, tres supuestos que suelen darse con cierta asiduidad en la práctica.

El primero de ellos se refiere a situaciones en las que los administradores de la sociedad no hayan procedido al depósito de cuentas dentro del plazo legalmente establecido²⁴ y, como consecuencia de ello, la hoja registral de la sociedad esté cerrada. El artículo 358.2 RRM establece que, una vez aceptado el cargo por el auditor designado, su nombramiento se inscribirá *en la hoja abierta* de la sociedad en el Registro Mercantil, lo que podría dar pie a entender que no cabe la inscripción del nombramiento del auditor en una hoja registral "cerrada".

Este es precisamente el supuesto que resuelve la reciente resolución de 24 de abril de 2024 (BOE n.º 118, de 15 de mayo de 2024) de la DGSJFP que indica que, en caso de que la hoja registral esté cerrada, no cabe la inscripción del nombramiento del auditor

si esta no va acompañada del depósito de las cuentas anuales de la sociedad. Ello concuerda asimismo con lo dispuesto en el artículo 279.1 TRLSC *in fine*²⁵ respecto de la necesidad de acompañar el informe de auditoría al depositar las cuentas, así como con las excepciones al cierre registral contempladas por el artículo 282.2²⁶ TRLSC (que no hacen referencia al nombramiento de auditores).

En coherencia con lo anterior, también relacionado con el depósito de cuentas y el citado artículo 279 TRLSC, la DGSJFP tiene declarado que en caso de que exista un expediente registral pendiente de resolución en relación con la solicitud de designación de auditor, deberá esperarse a que la decisión del registrador adquiera firmeza para que los administradores puedan proceder al depósito de las cuentas²⁷. Distinto resulta el supuesto de que exista una pendencia simultánea de procesos judiciales y registrales, donde la DGSJFP ha declarado que, en esos casos *el registrador debe suspender el ejercicio de su competencia si se le acredita debidamente que la cuestión que constituye el objeto del expediente está siendo objeto de conocimiento por los tribunales de Justicia*²⁸.

Por último, como declara la DGSJFP en su reciente resolución de 17 de mayo de 2024, (BOE n.º 160, de 3 de julio de 2024), el nombramiento de un auditor por parte de la sociedad, si no está inscrito en el Registro Mercantil, al no resultar oponible, no empece el derecho del socio minoritario a ejercer su derecho conforme al artículo 265.2 TRLSC:

Es patente que no ha sido así como resulta de los hechos narrados. Es cierto que la designación de auditor voluntario es meramente potestativa pero no lo es menos que si no consta inscrita en el Registro Mercantil no es oponible, por lo que nada empece a que pueda designarse otro auditor por parte del registrador mercantil si un socio así lo solicita y que sea el informe de dicho auditor el que deba presentarse para

el depósito de las cuentas anuales. Es la propia sociedad la que se ha situado en la situación actual por lo que no puede reclamar de la registradora mercantil que no tenga en cuenta su propia resolución (el subrayado es nuestro).

El contenido de esta resolución puede presentar ciertas discordancias con la doctrina anteriormente expuesta sobre nombramiento del auditor por parte de la sociedad en fecha anterior a la solicitud del socio²⁹, puesto que la DGSJFP parece optar por la prevalencia de la inscripción registral del nombramiento (como acto oponible al socio) sobre la fecha del efectivo nombramiento del auditor por parte de la sociedad.

Existe, en definitiva, una amplia casuística surgida en relación con el contenido del artículo 265.2 TRLSC. Se trata, en la mayoría de casos, de cuestiones que por su trascendencia práctica pueden afectar, de forma más o menos directa, al derecho del socio minoritario a solicitar la designación registral de un auditor, permitiendo incluso a la sociedad enervar el derecho de su socio minoritario en algunos casos.

IV. CONCLUSIONES

El mecanismo del artículo 265.2 TRLSC supone la atribución de una importante facultad en favor de aquellos socios que, de forma individual o colectiva, acrediten representar el 5 % del capital social.

A los socios minoritarios les asiste una prerrogativa legal que supone, en la práctica, una importante herramienta de presión sobre la sociedad (e, indirectamente, sobre el socio o socios que no hayan participado de la solicitud).

En primer lugar, porque la designación del auditor se hace, por imperativo legal, con cargo a la sociedad; cuestión que, en sí misma, ya supone un gasto no contemplado para la sociedad. En segundo lugar, porque el citado precepto permite indirectamente al socio disponer de un informe objetivo, elaborado por un experto independiente, que le permite verificar la actividad contable de la sociedad aun cuando no exista obligación legal, a priori, de someter a auditoría las cuentas anuales de la sociedad.

Así, según tiene declarado el Tribunal Supremo, mientras que la obligación general de auditar cuentas contemplada en el artículo 283.1 TRLSC (y exceptuada en el artículo 263.2 TRLSC) responde a un fin de interés social, el derecho del socio minoritario contemplado en el artículo 265.2 TRLSC responde a la posibilidad de que el socio minoritario pueda someter a verificación las cuentas anuales de la sociedad³⁰.

No es de extrañar que, como se ha expuesto, el precepto se haya empleado, en la mayoría de los casos, en situaciones de conflicto societario, pues supone un importante instrumento del que puede valerse el socio minoritario (que en casos de disputas societarias muchas veces ve su margen de actuación limitado por el porcentaje de participación del mayoritario). Ello sin perjuicio de que la sociedad pueda prever esta situación y, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia que interpretan el 265.2 TRLSC, enervar el derecho del socio minoritario; lo que, en la práctica, supondría privar al minoritario de tal atribución.

El legislador ha establecido, asimismo, los límites de la facultad otorgada al socio minoritario. En efecto, solo podrán acceder a esta facultad aquellos socios que representen un 5 % del capital social; lo que supone un verdadero reto en sociedades cuyo capital social esté muy fragmentado.

Como se ha expuesto a lo largo del presente artículo, existe una amplia casuística en torno al artículo 265.2 TRLSC, que ha tenido su reflejo en una extensa y consolidada doctrina de la DGSJFP y de nuestros tribunales de justicia, quienes han realizado una importante labor interpretativa respecto del contenido, alcance y limitaciones del referido precepto.

[1] Asociados del departamento de Litigación y Arbitraje de Pérez-Llorca. Este artículo pretende reflejar el estado de la cuestión, sin mostrar necesariamente la opinión de sus autores ni la posición del Despacho en el que trabajan. Cada caso necesitará un análisis particular de las circunstancias aplicables al mismo.

[2] Anteriormente denominada Dirección General de los Registros y del Notariado (hasta 2020).

[3] El artículo 279.1 TRLSC también exige la presentación de las certificaciones de aplicación del resultado, así como, en su caso, de las cuentas consolidadas, a la que se adjuntará un ejemplar de cada una de ellas. Los administradores presentarán también el informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o esta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.

[4] Artículo 358.5 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil: *Si las cuentas anuales no se hubieran depositado por no estar aprobadas por la Junta general, no procederá el cierre registral cuando se acredite esta circunstancia mediante certificación del órgano de administración con firmas legitimadas, en la que se expresará la causa de la falta de aprobación o mediante copia autorizada del acta notarial de Junta general en la que conste la no aprobación de las cuentas anuales. Para impedir el cierre, la certificación o la copia del acta deberá presentarse en el Registro Mercantil antes de que finalice el plazo previsto en el apartado primero de este artículo, debiendo justificarse la permanencia de esta situación cada seis meses por alguno de dichos medios (el subrayado es nuestro).*

[5] De conformidad con lo establecido en el artículo 283 TRLSC, el Instituto de Contabilidad y Auditoría

de Cuentas podrá imponer, con carácter general, una multa por importe de 1.200 a 60.000 euros a la sociedad, por la falta de depósito de las cuentas dentro del plazo establecido. Cuando la sociedad o, en su caso, el grupo de sociedades tenga un volumen de facturación superior a 6.000.000 euros, el límite de la multa para cada año de retraso se elevará a 300.000 euros.

[6] Las sociedades perderán esta facultad si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las tres circunstancias descritas (art. 263.3 TRLSC).

[7] El número de sociedades en España se situó en 3.207.580 según la actualización del Directorio Central de Empresas a 2023 recogido por el Instituto Nacional de Estadística (disponible en: https://www.ine.es/prensa/dirce_2023.pdf). Del total de sociedades que hay en España, según el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas en el año 2023 únicamente se presentaron 68.515 informes de auditoría de las cuentas anuales (disponible en: <https://www.icac.gob.es/auditoria/situacionauditoria>).

[8] Ministerio de Industria y Turismo. Secretaría de Estado de Industria. Dirección General de Estrategia Industrial y de la Pequeña y Mediana Empresa. *Retrato de la PYME DIRCE a 1 de enero de 2023*, p. 3. Disponible en: [Retrato de la PYME. DIRCE a 1 de enero de 2023](#).

[9] Artículo 2.1 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.

[10] Ministerio de Industria y Turismo, Secretaría de Estado de Industria, Dirección General de Estrategia Industrial y de la Pequeña y Mediana Empresa. *Retrato de la PYME DIRCE a 1 de enero de 2023*, p. 3. Disponible en: [Retrato de la PYME. DIRCE a 1 de enero de 2023](#).

[11] Según doctrina reiterada de la DGSJFP, el plazo de tres meses es un plazo de caducidad. Por todas, *vid.* la clásica Resolución de la DGSJFP de 24 de marzo de 1994 (BOE n.º 89, de 14 de abril de 1994).

[12] Estos requisitos, como veremos en la sección III de este artículo, son moderados en la práctica.

[13] Sentencia n.º 240/2007 del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 9 marzo 2007. La citada sentencia hace referencia a la redacción del antiguo artículo 250.2 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, que se pronuncia-

ba en términos prácticamente idénticos al actual artículo 265.2 del TRLSC. En el mismo sentido se pronuncian, sobre el texto del TRLSC, la Sentencia n.º 416/20 de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª) de 4 noviembre 2020; y la Sentencia n.º 201/2016 de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) de 30 marzo 2016.

[14] García-Valdecasas Butrón, J.A., *Nombramiento voluntario de auditor versus derecho de los minoritarios*. Notarios y Registradores. Doctrina. Entrada publicada el 17 de octubre de 2024. Disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/nombramiento-voluntario-de-auditor-versus-derecho-de-los-minoritarios/>

[15] Pérez Benítez, J. J., en *Comentario de La Ley de Sociedades de Capital, Artículo 265. Competencia para el nombramiento del auditor: (II) Nombramiento en sociedades no sujetas a verificación contable*. Tirant Lo Blanch, 2021, p. 3.737.

[16] Sentencia n.º 5070/2002 del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 8 julio 2002. En sentido parecido, *vid.* las resoluciones de la DGSJFP de 29 de enero de 2024 (BOE n.º 60, de 8 de marzo de 2024), de 3 de marzo de 2023 y de 20 febrero 2018 (BOE n.º 58, de 7 de marzo de 2018).

[17] En concreto, el artículo 351 RRM hace referencia a: (i) el nombre y apellidos del solicitante –o solicitantes– acreditando su legitimación (i.e., su condición de socio que, además, acredite la representación individual o conjunta de, al menos, el 5 % del capital social); (ii) la denominación y demás datos de identificación registral de la sociedad a auditar, así como su domicilio; (iii) la causa de la solicitud; y (iv) la fecha de la misma.

[18] Otras resoluciones judiciales han considerado que ese principio de prueba no precisa ni siquiera ser acreditado por escrito. Es el caso, por ejemplo, de las Sentencias n.º 117/2020 y n.º 21/2018 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de San Sebastián de 13 de marzo de 2020 y de 25 de enero de 2018, que indican: [L]a solicitud debe reunir los requisitos establecidos en el artículo 351 del RRM. Se puede destacar que, en cuanto a la legitimación del solicitante, basta aportar un principio de prueba, que ni siquiera es necesario que sea por escrito (el subrayado es nuestro).

[19] Así, como indica la resolución de la DGSJFP de 5 de junio de 2020 (BOE n.º 206, de 30 de julio de 2020): [E]s reiterada la doctrina de esta Dirección Gene-

ral, según la cual, el momento en que ha de considerarse si el socio solicitante del nombramiento, reúne o no la titularidad de la participación social, suficiente o no, para estar legitimados en orden al ejercicio de este derecho, es el del ejercicio del mismo, es decir, el momento dentro del plazo legal de los tres meses, en el que se presenta la instancia de solicitud, de tal manera que, ostentándose en ese momento al menos el cinco por ciento del capital social debe accederse al nombramiento (el subrayado es nuestro).

[20] La DGSJFP tiene declarado, en cuanto a la fecha de nombramiento, que debe poder acreditarse la fehaciencia de la misma: si el acuerdo de designación voluntaria por la compañía, fuera de fecha fehacientemente anterior a la de la presentación de la solicitud de nombramiento por los socios minoritarios, prevalecería aquella sobre esta (resolución de la DGSJFP de 22 de julio de 2016 (BOE n.º 226, de 19 de septiembre de 2016)).

[21] *Vid.* asimismo la resolución de la DGSJFP de 22 de julio de 2016 (BOE n.º 226, de 19 de septiembre de 2016).

[22] Resolución de la DGSJFP de 24 de marzo de 1994 (BOE n.º 89, de 14 de abril de 1994).

[23] Tiene declarado la doctrina, con cita de las resoluciones de la DGSJFP, que [n]o son causas legítimas de oposición la competencia desleal del socio instante (RDGRN de 11 de marzo de 2014), la aprobación previa de las cuentas por la junta general (RDGRN de 16 de marzo 2016), la falta de fondos de la sociedad para el abono de los honorarios fijados por el Registrador (RDGRN de 28 de octubre de 2015), o la invocación general de abuso del derecho o mala fe, que deberá ser enjuiciada por la jurisdicción (RDGRN de 22 de julio de 2015). *Vid.* Pérez Benítez, J. J., en *Comentario de La Ley de Sociedades de Capital, Artículo 265. Competencia para el nombramiento del auditor: (II) Nombramiento en sociedades no sujetas a verificación contable*. Tirant Lo Blanch, 2021, p. 3.743.

[24] Los administradores de la sociedad disponen de un mes para presentar en el Registro Mercantil del domicilio social la certificación de los acuerdos de la junta de socios en la que se aprobaron las cuentas (art. 279.1 TRLSC).

[25] Artículo 279.1 TRLSC: ... [L]os administradores presentarán también el informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o esta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria

y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.

[26] Artículo 282 TRLSC: *1. El incumplimiento por el órgano de administración de la obligación de depositar, dentro del plazo establecido, los documentos a que se refiere este capítulo dará lugar a que no se inscriba en el Registro Mercantil documento alguno referido a la sociedad mientras el incumplimiento persista. 2. Se exceptúan los títulos relativos al cese o dimisión de administradores, gerentes, directores generales o liquidadores, y a la revocación o renuncia de poderes, así como a la disolución de la sociedad y nombramiento de liquidadores y a los asientos ordenados por la autoridad judicial o administrativa (el subrayado es nuestro).*

[27] Resolución de la DGSJFP de 22 de noviembre 2022 (BOE n.º 297, de 12 de diciembre de 2022).

[28] Resolución de la DGSJFP de 20 de marzo de 2019 (BOE n.º 85, de 9 de abril de 2019).

[29] Por todas, *vid.* resoluciones de la DGSJFP de 20 de febrero de 2018 (BOE n.º 58, de 7 de marzo de 2018) y de 22 de julio de 2016 (BOE n.º 226, de 19 de septiembre de 2016).

[30] Sentencia n.º 240/2007 del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 9 de marzo de 2007.

VENTA DE UNIDAD PRODUCTIVA EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE MICROEMPRESAS

José Vela Pérez

Letrado de la Administración de Justicia. Juzgado de lo mercantil 7 de Madrid

Resumen: El artículo analiza la venta de unidad productiva dentro del procedimiento especial de microempresas regulado en el libro tercero de la Ley Concursal. Para ello se

realiza una presentación del procedimiento especial, de su ámbito y de las principales características procesales del mismo.

SUMARIO

- I. EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE LIQUIDACIÓN DE MICROEMPRESAS
- II. ITINERARIOS DEL LIBRO TERCERO. LA REGULACIÓN SUPLETORIA
- III. LA REGULACIÓN DE LA VENTA DE UNIDAD PRODUCTIVA EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE MICROEMPRESAS

I. EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE LIQUIDACIÓN DE MICROEMPRESAS

La venta de la unidad productiva es un mecanismo que permite la enajenación unitaria de la empresa o de una parte de la misma que tenga una singularidad propia. Es una figura que no tiene un tratamiento o regulación unitaria en nuestro derecho. Dentro de los procedimientos de insolvencia existen varias figuras que permiten llevar a cabo la misma. La idea central es que la transmisión de la empresa permite mantener los puestos de trabajo y la actividad a la vez que se produce una recuperación del crédito por par-

te de los acreedores, manteniendo el tejido empresarial.

Para analizar y valorar la regulación efectuada de la venta de empresas en el seno del procedimiento especial de microempresa es conveniente efectuar una presentación básica del mismo y de la utilización de herramientas informáticas necesarias para poder desarrollar la tramitación del mismo.

La reforma legislativa del año 2022 mediante la ley 16/2022 de 5 septiembre de 2022 introduce en nuestro derecho el procedimiento especial de microempresa. Lleva a cabo una nueva ordenación de los procedimientos

de insolvencia en España. Se establece como procedimiento general el concurso regulado en el libro primero, suprimiéndose el procedimiento abreviado y el concurso consecutivo. Se unifica la tramitación de los procedimientos concursales. El legislador dedica el libro segundo al derecho preconcursal, en este como novedad, se regulan los planes de reestructuración como figura principal para del derecho de insolvencia previo a la declaración de concurso manteniéndose y ampliando el desarrollo de la comunicación de negociaciones regulada originalmente en el artículo 5 bis desde la reforma del año 2011, y se introduce el procedimiento especial para microempresas cuya regulación recoge el libro tercero de la ley concursal. El procedimiento especial se distingue por el ámbito del mismo.

Se establecen así dos procedimientos diferenciados en cuanto al ámbito de los mismos, planteados como excluyentes uno respecto al otro. Así a los deudores que estén sometidos al concurso del libro primero no se les aplicará el procedimiento especial previsto en el libro tercero para las microempresas y viceversa, de esta manera se recoge ya en el art 1.2. del TRLC "los deudores incluidos en el ámbito de aplicación del libro tercero se sujetarán exclusivamente a las disposiciones de ese libro".

Se establece así en el libro tercero de la Ley Concursal (L.C.) un procedimiento especial en el ámbito del derecho de la insolvencia respecto a los procedimientos regulados en el Libro I el concurso de acreedores) y las figuras preconcursales del libro II (planes de reestructuración, comunicación de negociaciones). Se trata de lograr un procedimiento más ágil, sencillo y económico para las partes, donde los costes fijos no sean tan altos y sobre todo que estos sean los que se consideren necesarios por las partes del mismo.

Por tanto, a la hora de analizar la regulación sobre la venta de la unidad productiva es importante efectuar algunas precisiones sobre el ámbito del procedimiento especial de microempresas, así como algunas características generales del expediente que van a influir en la fase de venta de la unidad productiva desarrollada en el mismo.

Así respecto al ámbito del mismo se establecen en el art. 685 del TRLC que fija los requisitos. El primero de ellos debe darse en todo caso y afecta al número de trabajadores de la persona física o jurídica que debe ser considerada como microempresario. Debe haber empleado una media de menos de diez trabajadores en el año anterior a la solicitud. El cómputo por tanto es independiente del número de los mismos, siempre que el número de horas trabajadas por el conjunto de la plantilla sea igual o inferior al que habría correspondido a menos de diez trabajadores a tiempo completo. A los efectos del ámbito se tiene en cuenta la situación en el último ejercicio. Se plantea el problema respecto al cese de la actividad, así en algunos órganos judiciales se exige que se lleve a cabo actividad en el momento de la solicitud de apertura del procedimiento como por ejemplo el auto de 23 de mayo de 2023 del juzgado mercantil 3 de Málaga que inadmite un procedimiento en el que el deudor cesó en la actividad anteriormente. Por el contrario, en los juzgados mercantiles de Madrid y de Barcelona se interpreta de manera más flexible este criterio considerando que el cese de la actividad no condiciona el ámbito del procedimiento¹.

Junto a este primer requisito se establecen otros de carácter alternativo respecto al volumen de negocio de la microempresa o al pasivo de la misma. Se fija para el volumen de negocio que el mismo debe ser inferior a 700.000,00 € y en caso del pasivo que sea menor a los 350.000,00 € según las últimas cuentas cerradas presentadas en el ejercicio

anterior a la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento. Como se ha señalado basta con cumplir uno de los dos requisitos para que el procedimiento se encuadre dentro del ámbito del libro tercero. Los principales problemas en la práctica se derivan de los supuestos en que por el volumen de la empresa u otros motivos no existan las cuentas en cuestión o sean de ejercicios anteriores, lo que puede modificar el ámbito del procedimiento.

Respecto a la cifra de pasivo se considera que en el supuesto de que la misma se modifique al alza una vez se ha dictado el auto de apertura del procedimiento especial no se ve afectada por la misma, y por tanto continúa la tramitación conforme a lo dispuesto en el libro tercero.

Respecto a la regulación del procedimiento especial de microempresa el libro tercero de la L.C. contiene tres procedimientos. La comunicación preconcursal contenida en el artículo 690 de la L.C., con una regulación similar a la de la comunicación contenida en el libro segundo, con alguna especialidad como por ejemplo la imposibilidad de prorrogar la misma o el hecho de que nos sea preceptivo el nombramiento de experto en el periodo de negociaciones abierto a solicitud del deudor. En este supuesto el artículo de la Ley Concursal exige entre las finalidades que lo sea para acordar un plan de continuación o una liquidación con transmisión de empresa en funcionamiento, exigiéndose para este supuesto de forma expresa la existencia de actividad, al menos en esta fase preconcursal, aunque el libro tercero no habla en ninguno de sus artículos de la palabra concurso para referirse a estos procedimientos, incluso se establece en el art 690 que las referencias al concurso de acreedores se entenderán hechas al procedimiento especial de este libro tercero.

II. ITINERARIOS DEL LIBRO TERCERO. LA REGULACIÓN SUPLETORIA

Los itinerarios previstos son el procedimiento especial de continuación y el procedimiento especial de liquidación siendo posible en este caso tanto la simple liquidación como la venta de la unidad productiva. En la previsión legislativa se permite en ciertos supuestos la conversión del procedimiento de continuación en liquidación, bien como opción de las partes (acreedores que representen un determinado porcentaje del pasivo (por ejemplo, en el art 693 de la L.C.) o como sanción o resultado del trámite procesal previo (por ejemplo, la falta de presentación del plan de continuación en plazo, según el art. 697.2 L.C. o la falta de aprobación, el rechazo de la homologación por el juez, incumplimiento del plan entre otros supuestos previstos en el art. 699 bis de la L.C.).

Al analizar los aspectos relativos a la venta de la unidad productiva, como sucede con el resto de la regulación del libro tercero, el legislador podría haber efectuado una regulación integral del mismo, duplicando en gran medida las soluciones legislativas o bien limitarse a los aspectos más destacados del procedimiento. Esta regulación de carácter elíptico es la que se ha llevado a cabo, limitada a las cuestiones diferentes entre el resto de libros y efectuando un aplicación supletoria del resto de aspectos.

Por motivos de economía en la regulación esta ha sido la opción recogida en el art. 689 de la L.C. que prevé la aplicación supletoria al procedimiento especial para microempresas de lo establecido en los libros primero y segundo con las adaptaciones que resulten precisas para acomodar los principios que presiden este procedimiento especial y las reglas que integran este libro tercero. A esto se une el hecho de que las resoluciones no son recurribles, salvo que se establezca lo

contrario en el libro tercero, lo que sucede en contadas ocasiones (por ejemplo, la impugnación del auto de homologación del plan de continuación) por ello las audiencias provinciales no establecen criterio alguno sobre el mismo que permita unificar la interpretación. El libro tercero no contiene una enumeración de tales principios, sino que deben ser inferidos de la regulación del mismo y de la exposición de motivos del texto legal. Es necesario por tanto hacer referencia a ellos para poder analizar la aplicación supletoria en la regulación de la venta de la unidad productiva y en el resto de aspectos en los que debe aplicarse.

Entre estos principios destacan los de unidad e integridad del procedimiento, la proactividad de las partes, la agilidad del trámite procesal, así como el carácter modular del mismo que implica que los efectos de la apertura del procedimiento dependen en gran medida de lo solicitado por las partes y no son siempre los mismos para todos los procedimientos o la veracidad de la información aportada por el deudor.

En relación a la proactividad de las partes, se busca que las mismas intervengan en mayor medida en la tramitación del procedimiento, así se recoge en la exposición de motivos de la Ley 16/2022 de 5 septiembre. Se busca con la regulación fomentar la participación ambos del deudor, y también del acreedor. Se trata de lograr que el deudor no espere tanto para acudir al procedimiento concursal, así se recoge en la exposición de motivos "el procedimiento especial funcionará mejor cuanto antes se utilice, para lo cual es esencial que se perciba como un instrumento útil y manejable por el deudor". Junto a esto la Directiva 2019/1023 exige que los Estados miembros establezcan "herramientas de alerta temprana" para que el deudor, detectada la probabilidad de insolvencia pueda actuar a tiempo y evitar que la mera probabilidad de insol-

vencia se convierta en insolvencia actual. Se establece una especial protección de la mediana y pequeña empresa, que de ordinario tiene mayores dificultades para acceder a la financiación de terceros. A esto se une que las tasas de recuperación de procedimientos de insolvencia que de media en Europa rondan el 40 % en el caso de las pymes están en el entorno 34 %. Se han creado con esta finalidad herramientas informáticas que permitan la detección de las situaciones de riesgo para el microempresario. Dentro de esta voluntad de incrementar la participación de las partes se sitúan ciertas innovaciones del texto legal como la previsión del art. 698.8 de la L.C. relativa a la previsión de que en caso de que un acreedor no vote, se entenderá que ha votado a favor del plan de continuación. O la del art 697.4 respecto a la no presentación de alegaciones por parte de un acreedor en relación con la cuantía, características y naturaleza de su crédito, o con la clase a que ha sido asignado, se entenderá como aceptación tácita e impedirá la impugnación posterior.

La participación del deudor es esencial en muchos aspectos, especialmente en la información aportada por el mismo. Se busca una justicia orientada al dato. Y para esto es necesario que estos sean de calidad. Por ello otro de los principios esenciales es la veracidad en la información facilitada. Así se recoge en el artículo 688 que establece la calificación culpable del procedimiento especial en caso de que se hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los formularios normalizados remitidos o en los documentos acompañados a los mismos presentados durante la tramitación del procedimiento especial, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos. En este supuesto se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal la misma a los efectos del posible ejercicio de la acción penal. El libro tercero establece una serie de comunicaciones a cargo del deudor (del auto de apertura del procedimiento especial, de la propuesta del plan de continuación una vez

se admite a trámite el mismo, del plan de liquidación etc) para lo que es esencial la actividad del mismo, especialmente aportando las direcciones de los correos electrónicos de los acreedores y efectuando las comunicaciones previstas en los mismos.

La calidad del dato y las ventajas de que el dato aportado sea correcto por parte del deudor fundamentalmente, pero también por el acreedor en los supuestos en los que se debe encargarse de rellenar los formularios son esenciales para configurar la ficha en el sistema de microempresas que recoge el resumen de los mismos para el órgano judicial dentro del Servicio especial de microempresas (SEM) que ha creado el Ministerio de Justicia. Además, permite que cuando los datos se extraigan a otras aplicaciones se generen menos errores y el procedimiento funcione mejor y más rápido. Por ejemplo, los datos aportados en el formulario F2, el iniciador presentado por el deudor, que es de los más habituales, se traslada a la otra herramienta informática esencial, el Portal de liquidación de activos (PLABI). Y es que es en la utilización y reutilización de los datos para la mejor tramitación del expediente especial donde radica la necesidad de la utilización de los formularios previstos en el texto legal y el contenido de los mismos.

El sistema del procedimiento especial es único, exclusivo y excluyente de otros trámites, las microempresas, sea el deudor persona física o jurídica, no tienen acceso al concurso ni a los acuerdos de reestructuración. No se permite a los mismos optar por los trámites regulados en los restantes libros de la Ley Concursal. Como se destacó al hablar del ámbito del mismo. Es un procedimiento imperativo, y es único así se establece en el apartado segundo del artículo 1 del Libro primero "los deudores incluidos en el ámbito del libro tercero se sujetarán exclusivamente a las disposiciones de ese libro", como ya hemos señalado.

En sintonía con la reducción de costes se ha optado por un procedimiento de carácter modular, el cual se observa especialmente respecto a los efectos de la apertura del procedimiento especial, distintos respecto a los de la declaración de concurso del libro primero. Así el artículo 694 establece que el deudor como norma general mantendrá las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio frente a la previsión del artículo 106 del libro primero, que en caso de concurso voluntario señala que el concursado conservará las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, pero el ejercicio de esas facultades estará sometido a la intervención de la administración concursal, que podrá autorizar o denegar la autorización según tenga por conveniente.

Otro de los principios es el carácter de procedimiento integral ya que afectará a la totalidad de los bienes y derechos del patrimonio del deudor en la fecha de apertura del procedimiento especial y los que se reintegren en el mismo o adquiera durante el procedimiento, con excepción, en su caso de los bienes y derechos legalmente inembargables, así se establece en el artículo 685.3 de la L.C.

El procedimiento incluye todo el pasivo del deudor, por ello afectará a todos los acreedores con independencia del origen y naturaleza de la deuda. Y ello porque en muchas ocasiones se producirá una mezcla de la misma, de distinto origen empresarial o como consumidores, especialmente en el caso de los microempresarios persona física. Se ha planteado el problema respecto al tratamiento del procedimiento de insolvencia del cónyuge en estos supuestos, ya que sería posible un concurso conforme al libro primero para el no empresario y un procedimiento regido por el libro tercero para el cónyuge microempresario, que deberían tramitarse de forma coordinada, dada la posible vinculación patrimonial entre ambos pasivos o bien se opta por la tramitación de ambos

procedimientos de conformidad a la libro primero, siendo esta tramitación la adoptada en los acuerdos de unificación de criterios en derecho concursal de los juzgados mercantiles de Barcelona en diciembre de 2023.

Una de las principales novedades es la utilización de las herramientas informáticas que posibilitan el cumplimiento de las previsiones del legislador. Son dos, la primera es el SEM, donde se alojan los treinta y un formularios normalizados previstos en el texto legal y la segunda es PLABI, que permite la liquidación de los activos, gestiona el catálogo permanente y efectúa la publicidad del inventario de los bienes del deudor, según las previsiones del legislador.

Respecto a los actos procesales se prevé que los mismos se celebren de forma telemática preferentemente, los actos de comunicación se practicarán por medios electrónicos. El procedimiento se origina con la presentación del formulario iniciador en la plataforma del SEM, diseñado para la tramitación digital integral del mismo. Por ello respecto a las vistas se prevé la celebración telemática de las mismas. El expediente judicial en el sistema de gestión procesal será también electrónico. Se busca la celeridad, la agilidad y la reducción de los costes del procedimiento. Conviene señalar que todas las actuaciones no previstas en los formularios se remiten de forma directa al sistema de gestión procesal dentro del expediente correspondiente, ya que no se ha previsto por el legislador formularios para todos los hitos del expediente sino para los que se han considerado más importantes. Y que todo formulario tiene que tener su reflejo en una actuación procesal dentro del expediente.

Respecto a la postulación del deudor, frente a la versión inicial del texto en el anteproyecto, donde se permitía que presentara los formularios el mismo sin necesidad de intervención de abogado y procurador en el texto

finalmente aprobado el art 687.6 se exige la comparecencia del mismo con ambos profesionales, y ello incluso para la presentación del formulario inicial de solicitud de apertura del expediente a pesar de la redacción del art 691.1 que señala que el deudor deberá comparecer asistido de abogado, como única mención a la postulación del mismo. No se exigen para los formularios presentados por los acreedores que podrán hacer uso de los profesionales según estimen o consideren conveniente. Recientemente se ha reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita en el procedimiento especial, así la L.O. 5/2024 de 11 de noviembre del derecho de defensa añade este apartado en la ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita². Siendo posible la solicitud de asistencia de los profesionales dentro del turno de oficio por el deudor .

Si finalmente se modificó la postulación del solicitante siendo obligatoria la misma, el otro aspecto que distingue el procedimiento especial previsto en el libro tercero del concurso del libro primero y es el relativo a la intervención obligatoria de la administración concursal en el procedimiento de insolvencia. Aunque la misma se ha previsto en la modificación en trámite del art 713.4 de la Ley Concursal. Si bien esta diferencia ya existe en el seno del concurso, pues no se precisa en todos los procedimientos del libro primero ya que el más habitual en la práctica de los órganos judiciales desde la entrada en vigor de la reforma de la L.C. en el año 2022 es el del concurso sin masa. De esta manera son los cuatro artículos dedicados al concurso sin masa del art 37 bis al 37 quinquies los que regulan cerca del 85 % de los concursos presentados. Y en estos, salvo solicitud de los acreedores, y asunción de los gastos generados, no se procede al nombramiento de administrador concursal. Que lo es para llevar a cabo una serie de tareas concretas. Algo similar a ciertas previsiones del libro tercero respecto al nombramiento del Ad-

ministrador concursal al efecto de calificar o ejercer acciones de reintegración³.

Junto a la previsión inicial de solicitud de nombramiento del A.C. por parte del deudor, que podrá efectuarla en todo momento se regula la posibilidad de solicitar el nombramiento por los acreedores se establecen una serie de supuestos donde es posible solicitar el mismo y que afecta a quién se hace cargo de la retribución del mismo. La regulación de la solicitud del nombramiento se efectúa de manera parcial y en referencia a cada tipo de itinerario procesal, junto a una serie de supuestos generales.

Así el art. 713, en sede del procedimiento especial de microempresas de liquidación, al tratar las medidas que pueden solicitarse en el mismo regula la solicitud del nombramiento de administrador concursal. Estando legitimado para ello tanto el deudor como los acreedores si representa al menos el veinte por ciento del pasivo total. Quedando reducido el citado porcentaje al diez por ciento en caso de paralización de la actividad empresarial o profesional del deudor.

Se señalan en este supuesto incluso un catálogo de las actividades que el mismo llevaría a cabo, de manera análoga a la previsión del informe del art 37 ter y a la posibilidad de solicitar el nombramiento del art 37 quarter (en los concursos sin masa se reduce el porcentaje de pasivo necesario para solicitar el nombramiento al cinco por ciento). Las funciones previstas se señala que lo son sin perjuicio de aquellas otras que le reconoce expresamente el libro tercero⁴.

Se establece, dado el fomento de la participación de los acreedores, que el nombramiento recaiga preferentemente en la persona, inscrita en el Registro Público Concursal, que elijan de común acuerdo deudor y acreedores que representen al menos el cincuenta por ciento del pasivo total. La re-

tribución será también la pactada, salvo que la solicitud proceda de los acreedores. En ausencia de acuerdo se aplica supletoriamente el régimen previsto en el libro primero.

Cabe plantearse si es posible el nombramiento por el juez del mismo, sin solicitud de las partes o si es posible que se niegue al nombramiento solicitado por el deudor o los acreedores en supuestos de insuficiencia de masa. Y ello por la idea general de reducción de costes en el procedimiento.

Para posibilitar el nombramiento por el órgano judicial el proyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de Justicia contiene una reforma del art 714.3 en el sentido de permitir el nombramiento del A.C. por parte del Juez o Magistrado que estaba a cargo del concurso, al menos en los mismos supuestos en los que no se exigía porcentaje alguno para los acreedores, añadiendo al texto vigente las palabras "de oficio". Pero la disolución de las Cámaras legislativas paralizó la iniciativa y por tanto se mantiene el texto legal original, que ha sido votado nuevamente en noviembre de 2024 y se encuentra ahora pendiente de su definitiva aprobación. Cabe plantearse la posibilidad de no efectuar el nombramiento solicitado por el deudor, por ser este con cargo a la masa, en caso de que no exista activo en la misma se deberían acreditar los cometidos que se pretende que lleve a cabo el mismo y la existencia de acciones para recuperar patrimonio por parte del mismo que justifique la necesidad de su nombramiento, puesto que por aplicación supletoria de lo dispuesto en el art 37 bis, en el concurso sin masa, sería al menos teóricamente posible considerar el supuesto, sin que esta posible interpretación, convierta el nombramiento en discrecional por parte del juez. Como se ha mencionado anteriormente el tratamiento del concurso sin masa en el ámbito del procedimiento de microempresa ha recibido distintas soluciones, desde considerar apli-

cable el libro primero y archivar por ello el procedimiento de microempresa hasta aplicar el contenido del libro tercero y sus disposiciones concluyendo el procedimiento por falta de masa activa en base a lo previsto en el art. 720.4 de la L.C.

Respecto a la remuneración de la administración concursal el libro tercero se remite a lo dispuesto el libro primero, de igual manera se produce la remisión respecto al sistema de nombramiento en defecto de acuerdo entre deudor y acreedores sobre el mismo.

Como veremos al tratar de forma específica la venta de unidad productiva esta suele requerir la participación del Administrador concursal o de un experto en la valoración de la empresa.

III. LA REGULACIÓN DE LA VENTA DE UNIDAD PRODUCTIVA EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE MICROEMPRESAS

Tras analizar las características generales más destacadas del procedimiento especial de microempresa y de los principios del mismo pasaremos a hacer una referencia a los aspectos más del procedimiento especial de liquidación, uno de los dos itinerarios contemplados en el procedimiento de microempresas, dentro del que se encuadra la venta de la unidad productiva.

Dentro del libro tercero se regulan en el capítulo III los aspectos relativos a la liquidación, este comprende de los artículos 705 al 720 de la L.C. El procedimiento especial de liquidación puede iniciarse a solicitud del deudor, de los acreedores en los supuestos previstos, por los socios personalmente responsables de las deudas o como consecuencia de ciertas vicisitudes procesales como pue-

de ser la frustración del plan de continuación, la falta de aprobación del mismo, su incumplimiento o por conversión del mismo en ciertos supuestos. Al no ser preceptiva la participación del administrador concursal, el deudor en la solicitud de apertura del procedimiento de liquidación deberá manifestarse sobre su disposición a efectuar la liquidación del activo o por el contrario solicitar el nombramiento del mismo.

Se deja a la decisión de las partes la participación de los profesionales que queda por tanto dentro del ámbito de decisión de los acreedores y el deudor, con ciertas cautelas al respecto, ya que se faculta al juez para que nombre administrador concursal a instancia de un único acreedor cuando el deudor haya provisto información insuficiente o inadecuada o cuando haya observado un comportamiento que genere dudas razonables sobre la conveniencia de que el deudor realiza directamente las operaciones de liquidación. Quedan así facultados los acreedores para que soliciten la participación de los profesionales y en caso contrario teniendo en cuenta que será el propio deudor el que asuma las tareas de liquidador. En este supuesto de aprobarse definitivamente el proyecto de Ley Orgánica de Eficiencia del Servicio Público de Justicia, se podrían nombrar de oficio en estos dos supuestos por el juez.

Se prevé que el procedimiento especial de liquidación lo sea con o sin venta de la unidad productiva, opción que ya se contempla en el primer formulario de solicitud de apertura del procedimiento. Junto a la posibilidad de solicitar la venta de la unidad productiva en el formulario iniciador del expediente es posible que la misma se solicite posteriormente, bien en el plan de liquidación o en una solicitud de modificación del mismo. Ambas deben solicitarse mediante formulario normalizado. Se mantiene la necesidad de presentación del plan de liquidación a diferencia de lo regulado en el libro primero

de la ley concursal donde desaparece y se sustituye en caso de ser necesario por las reglas especiales de liquidación, que en el supuesto de la venta de unidad productiva en sede concursal complementarían lo dispuesto en el texto legal. La venta de unidad productiva es considerada uno de los mecanismos que permite una mayor recuperación de valor para los partes así se recoge en los acuerdos de unificación de criterios en derecho con concursal de los juzgados mercantiles de Barcelona "Los procesos de venta de unidades productivas en sede concursal han sido tradicionalmente una de las vías más eficaces para la recuperación del valor para los acreedores frente a la liquidación fragmentada o por lotes, para el mantenimiento del empleo y, en definitiva, del tejido industrial en nuestro país. El legislador nacional, siendo consciente de las bondades de esta vía, ha venido adaptando continuamente la legislación concursal siguiendo las prácticas y experiencias de los Juzgados Mercantiles y de los resultados positivos obtenidos en esta materia. Ejemplo de ello fue la reforma del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, que introdujo por primera vez especialidades en materia de transmisión de unidades productivas. Y, más recientemente, la reforma de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre que ha positivizado la práctica judicial de admisión del procedimiento del pre-pack concursal." Estos efectos positivos se producen también en sede del procedimiento especial de microempresa.

Respecto a los efectos de la apertura del procedimiento especial, estos son diferentes a la regulación del concurso del libro primero. En primer lugar, ello se debe al carácter modular del procedimiento ya que parte de los efectos del mismo depende de que así se solicite, como sucede con la suspensión de las ejecuciones sobre bienes y derechos necesarios para la actividad empresarial o profesional o el nombramiento de administrador concursal. Con carácter general es el

deudor el que al solicitar la apertura del procedimiento especial opta por los efectos que necesita al cumplimentar el formulario normalizado, estos se alojan en el SEM, el servicio de microempresas. Para la solicitud por parte del deudor se requiere firma de abogado y procurador.

Existen una serie de efectos comunes a todos los procedimientos del libro tercero. Destaca el hecho de que el deudor mantiene las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, aunque solo podrá realizar aquellos actos de disposición que tengan por objeto la continuación de la actividad empresarial o profesional, siempre que se ajusten a las condiciones normales de mercado.

Respeto a la suspensión de las ejecuciones contra el patrimonio de la microempresa, como efecto general las ejecuciones se paralizan si bien el propio texto legal matiza esta situación al referirse junto al reenvío a lo dispuesto en el libro segundo siendo de aplicación lo previsto en el capítulo II del título II con las especialidades previstas en el libro tercero. Se establece que la suspensión de las ejecuciones no afectará a los créditos con garantía real, sin perjuicio de que el deudor lo solicite de acuerdo con los supuestos que así lo permitan en este libro tercero. Tampoco se suspenderán las ejecuciones de los créditos que no se vean afectados por el plan de continuación. Así, en el supuesto de los créditos públicos, no se suspenderá la ejecución de los créditos que tengan la calificación de privilegiados de acuerdo con las reglas generales ni, en todo caso, de los porcentajes de las cuotas de la seguridad social cuyo abono corresponda a la empresa por contingencias comunes y contingencias profesionales ni a los porcentajes de la cuota del trabajador que se refieran a contingencias comunes o accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

De manera específica se regulan los efectos de la apertura del procedimiento de liquidación con transmisión de la empresa en funcionamiento, similares a los de la apertura del procedimiento de continuación. Se trata con estas medidas relativas a los contratos sobre todo de proteger la actividad del deudor, evitando que se resuelvan o modifiquen los contratos por la mera apertura del procedimiento⁵. Se establece así la no afectación a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. De igual manera se protegen los contratos pendientes de ejecución por ambas partes ya que la apertura de la liquidación no afectará a los mismos ni serán válidas las cláusulas que permitan la resolución anticipada en caso de liquidación, en tanto exista la posibilidad de transmisión de la empresa en funcionamiento y no se haya producido un incumplimiento del contrato, posterior o anterior al inicio del procedimiento especial de liquidación. La posibilidad de la transmisión se condiciona por un lado a la solicitud de la misma por el deudor, así como a la posibilidad de solicitud posteriormente, bien al presentar el plan de liquidación o al solicitar la modificación del mismo.

Al analizar la regulación de la venta de la unidad productiva en el procedimiento de microempresa es conveniente valorar el marco de la misma con carácter general. En nuestro derecho no se contiene una regulación específica de la venta de unidad productiva en el derecho mercantil y por tanto la venta de la empresa, fuera del procedimiento de insolvencia, dado que no existe una regulación general se limita a la aplicación de la normativa propia de la transmisión de cada uno de los elementos que integran la misma⁶. El objeto de la transmisión es en todo caso obtener lo máximo posible por los activos a la vez que se conserva la actividad de la empresa, los puestos de trabajo directos de la misma y el ecosistema de relaciones jurídicas y comerciales que mantenía. Por ello se busca en

estas operaciones la celeridad, evitando así el deterioro y la reducción del valor que comportaría un procedimiento de enajenación largo. Todo ello además fomentando la participación de los postores en el mismo, para lo que es fundamental la publicidad y la calidad de la información suministrada, como garantía de la igualdad de oportunidades para los interesados.

La regulación específica al respecto prevista en el libro tercero trata de lograr la celeridad primando la venta directa como mecanismo de transmisión de la unidad productiva. El legislador fomenta este mecanismo desde la propia regulación de la tramitación del plan de liquidación. Así en el art. 707 en su apartado tercero establece que el plan de liquidación deberá exponer, motivadamente, los tiempos y la forma previstos para la liquidación del activo, de manera individualizada para cada bien o categoría de bienes genéricos. Siempre que sea posible, deberá preverse la enajenación unitaria del establecimiento o del conjunto de unidades productivas de la masa activa. A estos efectos, el plan incluirá una valoración de la empresa o de las unidades productivas realizada por un administrador concursal o, en caso de que no hubiera sido nombrado, por un experto designado al efecto de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo II de este título III.

Respecto a la posibilidad o no de la enajenación de la unidad productiva la exposición de motivos de la Ley 16/2022 de 5 de septiembre señala que “mientras exista esta posibilidad, la apertura del procedimiento no afectará a los contratos pendientes de ejecución por ambas partes y serán ineficaces las cláusulas que anuden la resolución automática con la apertura de la liquidación. El título III ofrece una indicación sobre cuándo debe entenderse, a estos efectos, que la posibilidad de transmisión de la empresa o de unidades productivas en funcionamiento ya no existe. Esto acontecerá cuando así lo reconozca el

deudor en la propia solicitud de apertura de la liquidación, cuando se determine objetivamente en el plan de liquidación presentado por el deudor o por la administración concursal, o, en fin, cuando así se desprenda del plan de liquidación modificado por el juez tras las alegaciones de las partes. Una vez no sea objetivamente previsible la transmisión de la empresa en funcionamiento se producirán los efectos típicos de la apertura de la liquidación concursal, es decir, el vencimiento anticipado de los créditos y la conversión en dinero de aquellos créditos u obligaciones que consistan en prestaciones no dinerarias⁷.

Por tanto, la enajenación de la unidad productiva se regula como una forma preferente de liquidar el activo de la microempresa.

Es posible junto a la previsión en el plan de liquidación que se presente una oferta de adquisición de empresa o de la unidad productiva con la solicitud de procedimiento especial de acuerdo a las reglas de los artículos 224 bis a 224 quater, según se prevé en el art 710.2 de la L.C.

Se considera que en todos estos supuestos es necesaria la participación de un administrador concursal o de un experto para valorar la empresa⁸. Y ello por la necesidad de contar con el informe de valoración emitido por el mismo.

La regulación de la venta de unidad productiva en microempresas según la propia previsión del artículo 710 se sujeta a las reglas del libro primero, con ciertas especialidades previstas en el citado artículo.

Frente al sistema de subasta electrónica como mecanismo preferente del art. 215 salvo que el juez autorice otro modo de realización, el libro tercero prioriza la transmisión por venta directa a favor de un tercero que ofrezca como mínimo un quince por

ciento más del valor acordado y mantenga el resto de condiciones. No obstante, de no ser posible la venta directa, la transmisión se realizará por subasta. Se considera que este supuesto se refiere a las condiciones fijadas en el plan de liquidación, y que en todo caso deben comprender al menos el contenido de la oferta fijado en el artículo 218 de la L.C., es decir identificación del oferente y la información sobre su solvencia económica y sobre los medios humanos y técnicos a su disposición. El perímetro que abarca la misma, es decir la determinación precisa de los bienes, derechos, contratos y licencias o autorizaciones incluidos en la oferta. Se debe fijar también el precio que se ofrece, y la modalidad de pago y garantías que se aportan. Si se produce la transmisión de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial se debe distinguir el precio que se ofrecería con subsistencia de las garantías o sin la subsistencia de las mismas. Se debe hacer referencia también a la incidencia de la oferta sobre los trabajadores.

La venta directa se llevará a cabo de acuerdo a los principios de concurrencia y transparencia. Para lograr la misma se deben notificar a los acreedores y publicar en el Registro público concursal las condiciones generales y el precio fijado con la valoración de la unidad productiva.

Se fija un importe mínimo para la adjudicación en subasta de manera que el precio de adjudicación de la subasta no podrá, en ningún caso, ser inferior a la suma de valor de los bienes y derechos del deudor incluidos en el inventario. Así este valor actuaría como una suerte de precio mínimo. Los problemas en la práctica se plantean cuando existan diferencias entre el perímetro por el que se opta o se trate de computar por parte del oferente inversiones futuras, pasivos asumidos u otros mecanismos de integrar el precio que difieran de la previsión inicial.

En estos supuestos la regulación del libro tercero establece que cuando se reciba más de una oferta cuyos contenidos difieran, objetivamente, en el modo en que se garantiza la continuidad de la empresa o del establecimiento mercantil, el mantenimiento de los puestos de trabajo o la satisfacción de los créditos, el deudor o la administración concursal, oídos los representantes de los trabajadores, presentarán un informe al juez, con propuesta de resolución, para que este resuelva de acuerdo con el artículo que regula la regla de la preferencia establecida en el libro primero.

Por tanto, en el procedimiento de venta junto a la valoración de la unidad productiva inicial, realizada por el administrador concursal o por el valorador nombrado al efecto en base a lo dispuesto en el art 714 de la L.C., se debe emitir el informe previsto en el 710 de la L.C. para el caso de que existan pluralidad de ofertas. No se establece nada sobre el plazo del mismo, pero la remisión general a lo dispuesto en el libro primero deja en manos de la administración concursal el plazo y la posible cobertura de los gastos con cargo a la masa para la conservación en funcionamiento de la actividad del conjunto de la empresa o de la unidad o unidades productivas según se regula en el art 217 de la L.C.

En la disposición adicional segunda si se regula el plazo para el traslado y las alegaciones sobre la valoración de la empresa para el supuesto de surgiera la posibilidad de transmisión de la empresa o de sus unidades productivas en un momento posterior a la elaboración del plan de liquidación, en cuyo caso, se realizará una valoración por el administrador concursal, si ha sido nombrado uno. En caso contrario, se deberá solicitar el nombramiento de un experto para la valoración. La valoración sobrevenida de la empresa o de sus unidades productivas se notificará de manera específica al deudor y a los acreedores, que podrán hacer sus alegacio-

nes durante cinco días hábiles. Transcurrido este plazo, el deudor, el administrador concursal o, en su caso, el experto confirmarán la valoración inicial o la modificarán en función de la información recibida.

Al respecto señalar que sería de aplicación en su caso la posibilidad prevista en el art. 216 de la L.C. relativa a la autorización judicial para la enajenación directa o a través de persona o entidad especializada, que permite que en cualquier estado del procedimiento o cuando la subasta quede desierta, el juez, mediante auto, pueda autorizar la enajenación directa del conjunto de la empresa o de una o varias unidades productivas o la enajenación a través de persona o entidad especializada.

Junto a este sistema de venta directa o a través de subasta de la unidad productiva el 710 de la L.C. contempla la opción de presentación de oferta de adquisición de empresa o unidad productiva con la solicitud de procedimiento especial de liquidación de acuerdo con las reglas de los artículos 224 bis a 224 quarter. De esta manera sería aplicable lo dispuesto en el libro primero de forma idéntica a los supuestos del libro tercero⁹.

Respecto a la forma de llevar a cabo la misma se hace referencia a la participación en el procedimiento de venta de la plataforma de liquidación, que podrá ser asimismo utilizada para favorecer la transmisión de la empresa o de las unidades productivas. En este sentido se prevé la posibilidad de que el deudor o el administrador concursal vuelque información con un grado de detalle suficiente sobre la empresa o las unidades productivas para generar interés en posibles compradores, actuando, así, como facilitador de mercado. Se configura de esta manera para, el supuesto de presentación inicial de la oferta, la publicidad a través de la plataforma es un requisito para la transmisión, en última instancia, a una persona especialmente

relacionada con el deudor. Si se produce un interés, los interesados potencialmente en adquirir la empresa o la unidad productiva darán a conocer tal circunstancia por medio de formulario normalizado oficial habilitado, interés que será notificado al deudor y/o a la administración concursal. Los interesados podrán solicitar información adicional que, por su carácter sensible o reservado, no es objeto de publicidad accesible en abierto. La plataforma actúa, de este modo, como mecanismo reductor de los costes de la due diligence previos a las adquisiciones de empresas, pero no es el mecanismo apropiado para ejecutar la transacción, según la exposición de motivos del texto legal, antes bien, la transmisión de la empresa o de la unidad productiva se dará a través de un sistema de venta directa, siempre bajo los principios de transparencia y publicidad, o, excepcionalmente, a través de subasta. En todo caso la plataforma de liquidación de bienes (PLABI) permitirá dar publicidad y recibir las ofertas presentadas. Cabe recordar que de acuerdo a lo dispuesto en la disposición adicional segunda el deudor o la administración concursal podrán incluir la empresa o sus unidades productivas en la plataforma a efectos de su exposición al mercado. La inclusión en la plataforma será requisito para la posterior presentación de ofertas de adquisición por persona especialmente relacionada con el deudor.

Así mismo se establece que para la inclusión de la empresa o de la unidad productiva en la plataforma, el deudor o, en su caso, la administración concursal aportarán, en la forma requerida por la plataforma, información sobre la forma de la persona jurídica concursada, el sector al que pertenece la empresa, el ámbito de actuación, el tiempo durante el que ha estado en funcionamiento, el volumen de negocio, el tamaño del balance y el número de empleados, el inventario de los activos más relevantes de la empresa, los contratos vigentes con terceros, las licencias

y autorizaciones administrativas vigentes, los pasivos de la empresa con garantía real y la determinación de los bienes y derechos afectos, los procesos judiciales, administrativos, arbitrales o de mediación en los que estuviera incurso y los aspectos laborales relevantes. En la comunicación, el deudor o la administración concursal determinarán qué parte de la información provista puede ser publicada en abierto y qué parte solo tras su autorización. De esta manera se da una mayor difusión a la misma lo que refuerza los principios de concurrencia y transparencia señalados en el art. 710 de la L.C.

Los interesados en la adquisición de la empresa comunicarán una expresión de interés no vinculante a través de la plataforma, que trasladará la misma al deudor o a la administración concursal inmediatamente.

Una vez notificada la expresión de interés en la empresa o en el o los establecimientos mercantiles, la adquisición deberá tramitarse de acuerdo con el sistema de enajenación previsto en el artículo 710.

De esta manera se integra la plataforma de liquidación con lo dispuesto de manera específica para la venta de la unidad productiva en sede del procedimiento especial de microempresa.

La disposición adicional segunda prevé la necesidad de desarrollo reglamentario, al menos para la venta directa, en su apartado 5, al definir las funciones de la plataforma, que organizará la publicidad, la catalogación y la distribución de los bienes con criterios comerciales y de maximización de los ingresos. La venta de los bienes se producirá a través de subastas periódicas y, en casos justificados, mediante venta directa con los requisitos que se regulen reglamentariamente. En estos momentos está pendiente el citado desarrollo reglamentario de la misma, así como la puesta en marcha de for-

ma completa de la plataforma de liquidación (PLABI).

En conclusión el sistema previsto en el libro tercero es muy similar al del libro primero, teniendo en cuenta las especialidades previstas que establecen una preferencia por la venta directa, la previsión de una suerte de derecho de retracto para el adquirente que ofrezca más del quince por ciento del valor acordado y la relativa a la regla del precio mínimo de adjudicación en estos supuestos que no podrá ser inferior a la suma del valor de los bienes y derechos del deudor incluidos en el inventario. Así como las previsiones relativas a la publicidad y transparencia que se busca con la publicación en la plataforma de liquidación de bienes.

Se trata de lograr un procedimiento más rápido y con menos costes de los previstos en el libro primero, manteniendo el control judicial y las garantías que el procedimiento de transmisión de la unidad productiva requiere.

[1] Así en los acuerdos de unificación de criterios en derecho concursal de los juzgados mercantiles de Barcelona se establece que a los efectos de determinar el ámbito de aplicación del procedimiento especial para microempresas y a pesar del tenor literal del art 685 TRLC, que hace referencia expresa a “deudores personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional”, será indiferente si hay cese o no de la actividad empresarial o profesional por parte del deudor, de modo que no resulta condicionado el procedimiento en función de la unilateral y previa cesación de actividad del concurso. En consecuencia, procede hacer una interpretación flexible del precepto, de manera que no quedan excluidos del ámbito de aplicación del procedimiento especial los empresarios o profesionales que hayan llevado a cabo actividades empresariales o profesionales, pero que no tengan actividad en el momento de formular la solicitud.

[2] Disposición final tercera. Modificación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

Se modifica la letra g) y se introduce una nueva letra l) en el artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, con la siguiente redacción:

«g) En el ámbito concursal, se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita, para todos los trámites del procedimiento especial, a los deudores personas físicas o jurídicas que tengan la consideración de microempresa en los términos establecidos en el texto refundido de la Ley Concursal, a los que resulte de aplicación el procedimiento especial previsto en su libro tercero, siempre que acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

[3] En este sentido se expresa el art 717 de la L.C. al tratar la calificación del procedimiento especial al hablar del nombramiento (de A.C.) expresamente realizado a estos efectos o el art. 695 que incluye la posibilidad de solicitar el nombramiento de A.C. por parte de los acreedores que representen el veinte por ciento del pasivo a los efectos del ejercicio de acciones rescisorias.

[4] El administrador concursal tendrá facultades de propuesta del plan de liquidación, podrá emitir opiniones técnicas relativas a la valoración de los activos y de las ofertas de adquisición de la empresa o de unidades productivas, tendrá las facultades de administración conferidas en el procedimiento y las facultades de disposición necesarias para proceder a la liquidación del activo, dentro del marco de la liquidación

[5] Se establece en este sentido en el art 694 bis que la apertura del procedimiento especial, por sí sola, no afectará a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. En particular, se tendrán por no puestas las cláusulas contractuales que prevean la suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada del contrato por el mero motivo de:

- 1.º La presentación de la solicitud de apertura o su admisión a trámite.
- 2.º La solicitud de suspensión general o singular de acciones y procedimientos ejecutivos.
- 3.º Cualquier otra circunstancia análoga o directamente relacionada con las anteriores.

[6] En este sentido se recoge en el Anuario de derecho concursal Núm. 61, “La transmisión de unidades productivas, Pedro J. Rubio Vicente.”

[7] Respecto a la liquidación la exposición de motivos recoge la preferencia por la enajenación unitaria por lo que como regla general, siempre que sea posible, se enajenará la empresa o una unidad productiva en funcionamiento.

[8] En este sentido se recoge por ejemplo en el auto de 8 de mayo de 2023 del juzgado de lo mercantil 7 de Madrid. Se presentó una oferta junto a la solicitud inicial, sin solicitar nombramiento de administrador concursal ni experto. Así se señala en el citado auto que “El problema es que la solicitud se realiza sin designación de administración concursal. Ahora bien, por un lado, tenemos que la remisión del artículo 710.2 TRLC al 224 bis TRLC implica la necesidad de un informe de valoración de la propuesta o propuestas formuladas atendiendo al interés del concurso, además de informar sobre los efectos que pudiera tener en las masas activa y pasiva la resolución de los contratos que resultare de cada una de las propuestas. Ello supone el necesario nombramiento, o bien de un AC o, al menos, de un experto para la valoración de la empresa o establecimientos mercantiles, conforme al artículo 714 TRLC. Ciertamente es que el nombramiento de uno u otro es facultativo del deudor y/o de los acreedores. Además del necesario informe del artículo 224 bis TRLC expuesto, la Disposición adicional segunda de la Ley 16/22, de 5 de septiembre señala que Si surgiera la posibilidad de transmisión de la empresa o de sus unidades productivas en un momento posterior a la elaboración del plan de liquidación, se realizará una valoración por el administrador concursal, si ha sido nombrado uno. En caso contrario, se deberá solicitar el nombramiento de un experto para la valoración. Es decir, que ya el legislador prevé expresamente en al-

gún caso, el nombramiento de experto para la valoración.”

[9] En la exposición de motivos se hace referencia a los supuestos de adquisición de la unidad productiva. “Así la vía de la presentación junto con la solicitud sigue de cerca la regulación de la institución equivalente en el libro primero. Igual que en el caso del concurso, la propuesta que involucre a una persona especialmente relacionada con el deudor deberá ir acompañada del apoyo previo de un porcentaje de los acreedores que no sean personas especialmente relacionadas con el deudor”; sin embargo a pesar de esta referencia al final el texto del libro primero aprobado no exige el porcentaje de acreedores que apruebe la misma, por ello carece de sentido, además,” en este caso, para incrementar la transparencia, la empresa deberá anunciarse en la plataforma especial para la liquidación. Otra especialidad de esta vía rápida consiste en el necesario nombramiento de un administrador concursal o de un experto en la valoración de la empresa, que emitirá un informe que, al igual que la propia oferta, será incorporado al plan de liquidación. Entre las alegaciones que los acreedores pueden realizar al plan se prevé en este caso expresamente la posibilidad de que requieran de manera vinculante la publicidad a través de la plataforma de liquidación. Incluso cuando la oferta se presente junto con la solicitud, el procedimiento especial de liquidación prevé la posibilidad de que se presenten ofertas adicionales. Estas ofertas adicionales serán igualmente sometidas a informe y se creará una especie de proceso abreviado de negociación. El sistema crea una suerte de subasta dinámica y transparente de manera informal.”

CRÉDITOS REVOLVING: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA NULIDAD

Ana del Ser López

Magistrada de la Audiencia Provincial de León, Sección Primera

Resumen

En el estado actual de la jurisprudencia que gira en torno a la protección de consumidores y cláusulas abusivas nos encontramos ante una oleada de litigación masiva que en muchas ocasiones deriva en una serie de sentencias contradictorias procedentes de las Audiencias Provinciales. Esta contradicción se observa especialmente en las resoluciones sobre el crédito al consumo y el contrato de tarjeta de crédito, lo que genera una notable inseguridad jurídica. La falta de coherencia en los fallos judiciales introduce incertidumbre tanto para las entidades financieras como para los consumidores.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha subrayado en reiteradas resoluciones que el consumidor debe ser considerado como la parte "más débil" en las relaciones contractuales con entidades financieras, por lo que merece una especial protección jurídica. Esta perspectiva enfatiza la necesidad de transparencia y de un marco jurisprudencial claro para evitar que los consumidores se vean en desventaja, particularmente ante las discrepancias en las decisiones judiciales nacionales sobre los contratos de crédito al consumo. Y el crédito "revolving" es un recurso utilizado por una parte muy importante de

los consumidores en todos los países de la Unión Europea.

El intento de unificación de las decisiones a través de la jurisprudencia es una exigencia del principio de seguridad jurídica en asuntos muy similares que, sin embargo, no cuentan con respuestas uniformes. Más aún si cabe después de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el recurso de casación y la novedad del auto de reenvío.

Partiendo de un planteamiento general de la problemática judicial del crédito al consumo se analizarán los problemas procesales de este tipo de asuntos, así como los requisitos para la declaración de usura y las exigencias de los controles de incorporación y transparencia del crédito revolving. Completa el estudio un breve análisis de alguna de las cuestiones prejudiciales en la materia.

Palabras clave: Derecho Europeo, protección de consumidores, control de incorporación, controles de transparencia y abusividad, Jurisprudencia europea, usura y Cláusulas abusivas.

El consumidor se halla en una situación de inferioridad respecto del profesional, tanto en lo que se refiere a su capacidad de negociación como al nivel de información (TJUE)

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA PROBLEMÁTICA DEL CRÉDITO AL CONSUMO
- II. ACUMULACIÓN DE LAS ACCIONES DE NULIDAD DEL CRÉDITO REVOLVING: REFORMA DE LA LEC
- III. ACCIÓN DE NULIDAD DEL CONTRATO POR USURA Y TIPOS DE COMPARACIÓN
 1. Comparación 6 puntos TAE/TEDR
 2. Criterios para determinar la TAE aplicada
 3. Porcentajes de corrección: 0,20/0,30
 4. Modificaciones posteriores del tipo pactado
 5. Usura en préstamo personal (no revolving)
- IV. EL CONTROL DE INCORPORACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
 1. Jurisprudencia reciente sobre el control de incorporación en el contrato de crédito revolving
 2. Prueba: contrato/tipos para hacer la comparación
- V. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA COMO PASO PREVIO PARA LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD
- VI. APLICACIÓN AL CRÉDITO REVOLVING DE LOS CRITERIOS SOBRE EL CONTROL DE TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD. NECESIDAD DE UNIFICACIÓN DE CRITERIOS
- VII. OTRAS CUESTIONES POLÉMICAS DEL CRÉDITO AL CONSUMO: NULIDAD POR FALTA DE INFORMACIÓN
- VIII. SENTENCIAS DEL TJUE EN ASUNTOS PREJUDICIALES RECIENTES SOBRE EL CRÉDITO REVOLVING. CUESTIONES ESPAÑOLAS ARCHIVADAS
- IX. RECURSO DE CASACIÓN: SOLUCIÓN FRENTE A LA NECESIDAD DE UNIFICACIÓN DE CRITERIOS

I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA PROBLEMÁTICA DEL CRÉDITO AL CONSUMO

En los procedimientos de nulidad del contrato de crédito es posible diferenciar aquellos que se inician por las entidades financieras, bancarias y fondos a quienes se les ha cedido el crédito y que, generalmente, acceden a la jurisdicción civil por medio de las reclamaciones monitorias frente al prestatario, de otro grupo de litigios en los que las demandas se inician por el consumidor y/o prestatario frente a las entidades que le han concedido el crédito, la tarjeta revolving o el préstamo.

En las reclamaciones monitorias articuladas, fundamentalmente, por fondos de inversión en relación con contratos de tarjeta de crédito, generalmente revolving, y microcréditos contratados por internet, adquiere especial importancia el control de oficio de las cláusulas insertas, la posible apreciación de oficio de la usura y la aplicación de la cosa juzgada. Es una problemática principalmente enfocada en el proceso monitorio que, aunque excede la extensión de este estudio, merece ser mencionada por su relevancia.

El control de oficio por el juez de las cláusulas abusivas del contrato en ejecución y en procedimientos posteriores cuando no se ha motivado en el trámite anterior cuenta con recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia que dan respuesta a varias cuestiones interpretativas en torno a la cosa juzgada.

La [Sentencia del TJUE de 18 de enero de 2024, asunto C-531/22, Getin Noble Bank e.a.](#), analiza las facultades del juez de examinar de oficio el eventual carácter abusivo de una cláusula en el marco de la supervisión de un procedimiento de ejecución forzosa. La [Sentencia del TJUE de 29 de febrero de 2024, asunto C-724/22, Investcapital](#), desarrolla las posibilidades de un segundo control de oficio de cláusulas abusivas en una ejecución que

deriva de un previo procedimiento monitorio sobre un contrato de tarjeta revolving. La reciente [Sentencia del TJUE de 7 de noviembre, asunto C-178/23, ERB New Europe Funding II](#), nuevamente aclara conceptos en torno a la excepción de cosa juzgada y exige que el examen de cláusulas abusivas llevado a cabo esté motivado al menos sucintamente y que se haya informado al consumidor que, en caso de que no se interponga recurso de apelación en el plazo fijado por el Derecho nacional, ya no podrá invocar posteriormente el eventual carácter abusivo de las cláusulas analizadas.

Dejando al margen esta temática del procedimiento monitorio y centrando las cuestiones en las pretensiones dirigidas por el consumidor frente a la entidad financiera, se aborda alguno de los problemas procesales de este tipo de litigios para seguir con el análisis de la usura y los controles de incorporación y transparencia.

II. ACUMULACIÓN DE LAS ACCIONES DE NULIDAD DEL CRÉDITO REVOLVING: REFORMA DE LA LEC

Hasta la reforma de la LEC por Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre era habitual la acumulación en el mismo procedimiento de pretensiones de nulidad del contrato por usura y de falta de transparencia de la condición general de la contratación que fija el interés remuneratorio.

Esta posibilidad de acumulación provocó numerosos conflictos negativos de competencia territorial. La Sala 1ª del Tribunal Supremo en el Auto de 15 de febrero de 2024, acuerda unificar los criterios sobre la competencia territorial cuando se ejercitan varias acciones acumuladas de nulidad de cláusulas de un contrato de préstamo al consumo y atribuye el fuero correspondiente a la ma-

yoría de las acciones acumuladas. Más recientemente resume la controversia el Auto del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2024 que por aplicación analógica del apartado 2 del art. 53 LEC, al poder corresponder la competencia territorial a los jueces de más de un lugar, considera que la demanda podrá presentarse ante cualquiera de ellos, a elección del demandante.

Con la reforma de la LEC por Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre, la situación nuevamente resulta controvertida pues el procedimiento de nulidad de condiciones generales de la contratación se tramitará por los cauces del juicio verbal mientras el de nulidad por usura sigue los trámites del juicio ordinario, por lo que se plantea si ambos procedimientos serán acumulables. En varias Audiencias Provinciales se han unificado criterios y se niega esta posibilidad de acumulación obligando al prestatario a ejercitar por separado sus pretensiones.

La flexibilización de la acumulación eventual de la acción de nulidad por usura y de la acción de nulidad de condiciones generales de la contratación cuenta con numerosos argumentos a su favor.

Por un lado, cuando el art. 73 LEC, al regular la admisibilidad por motivos procesales de la acumulación de acciones, exige como requisito 2.º *Que las acciones acumuladas no deban, por razón de su materia, ventilarse en juicios de diferente tipo*, parece que se refiere a las exigencias de diferente tramitación por razón de la materia. Parece un supuesto similar al previsto en el art. 73.1.1º, que permite acumular a la acción que haya de sustanciarse en juicio ordinario la que se tramita en juicio verbal por razón de su cuantía. Tiene apoyo esta interpretación en la propia exposición de motivos de la LEC que pretende la economía procesal siempre que no exista una complejidad que dificulte, sin razón suficiente, la sustanciación y decisión de los litigios.

Por otra parte, es también un argumento de peso en la admisión de las acumulaciones de acciones cuando la propia regulación de la acumulación de procesos del artículo 77 LEC indudablemente permite que se acuerde la acumulación de un juicio ordinario y un juicio verbal, que proseguirán por los trámites del juicio ordinario. Si es posible en estos casos acumular los procesos, con mayor razón podrán acumularse inicialmente las acciones. Tampoco existe una regla de prohibición expresa y las acciones son compatibles.

Este criterio flexible es el que ha utilizado el Tribunal Supremo en otras ocasiones, expuesto, por ejemplo, en la [STS 279/2023, de 21 de febrero](#), sobre acumulación de la liquidación de la sociedad de gananciales y de la división de herencia. La [STS 539/2012, de 10 de septiembre](#), de pleno, consideró que la acción de reclamación de cantidad frente a una entidad mercantil y la acción de responsabilidad de los administradores por las deudas de la entidad mercantil pueden ser acumuladas para su tramitación y decisión en un mismo proceso ante los juzgados de lo mercantil, pese a que las reglas de competencia objetiva conducían a cada acción a un juzgado diferente. Se dijo entonces que resultaba injustificada y desproporcionada la carga de una duplicidad del proceso, que según la jurisprudencia constitucional debe considerarse contraria a la tutela judicial efectiva.

III. ACCIÓN DE NULIDAD DEL CONTRATO POR USURA Y TIPOS DE COMPARACIÓN

Sobre la nulidad de los contratos de tarjeta de crédito revolving por usura se ha pronunciado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones reduciendo así las cuestiones controvertidas. La [Sentencia 258 de 15 de](#)

febrero de 2023¹ establece los criterios que las Audiencias aplican para decidir sobre la validez o nulidad del contrato en función de la diferencia de 6 puntos de la TAE del contrato respecto del interés promedio publicado.

1. Comparación 6 puntos TAE/TEDR

La doctrina jurisprudencial puede resumirse en la fijación de una diferencia entre el tipo medio de mercado y el pactado que supere los 6 puntos porcentuales como margen superior aceptable para no incurrir en usura, ante las exigencias de predecibilidad en un contexto de litigación en masa. La comparación se hará con el tipo de interés medio del apartado de tarjetas de crédito y revolving de las estadísticas del Banco de España, y si es una TEDR y no una TAE (como ocurre hasta el momento), habrá de incrementarse en 20 o 30 centésimas. El interés normal de mercado para las tarjetas revolving contratadas en la primera década del siglo, como regla general, se encontrará en la información específica más próxima en el tiempo, que es la desglosada por el Banco de España en 2010 (tipo medio del 19,32 %).

Si se modifica la TAE durante la vigencia del contrato, el posible carácter usurario no afecta desde el momento inicial del contrato, sino exclusivamente desde el momento en que la entidad financiera acreedora fijó unilateralmente una TAE distinta con un tipo de interés notablemente superior al normal del dinero en ese momento.

La Sentencia del TS de 16 de octubre de 2024 recuerda la reiterada jurisprudencia de la sala (Sentencias 149/2020, de 4 de marzo, 258/2023, de 15 de febrero, y, entre las más recientes, 697/2024, de 20 de mayo) sobre la comparación de la TAE del contrato y el interés medio aplicable a la categoría a la que corresponda la operación cuestionada,

en el caso el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito revolving.

A partir de la aplicación de estos criterios uniformes surgen y se plantean nuevas cuestiones controvertidas que brevemente se analizarán en los siguientes apartados.

2. Criterios para determinar la TAE aplicada

En muchos procedimientos judiciales se está cuestionando si la TAE fijada en un contrato de crédito "revolving" está bien determinada, por no incluir partidas que se interpretan deberían configurar la TAE.

En la Sentencia de la Sala 1ª del TS de 13 de febrero de 2024² se analizan los conceptos que deben determinar la TAE en un crédito "revolving" que están contemplados en la Circular 5/12 del Banco de España, de 27 de junio (BOE 161, de 6 de julio), sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. Dentro de los pagos que forman parte de la TAE, en el caso de los préstamos no se incluyen las comisiones prescindibles (no necesarias para la obtención del préstamo), ni las que se devengan a favor de tercero.

El TJUE en la Sentencia de 17 de octubre de 2024, asunto C-409/23, recuerda que no integran la TAE a los efectos de interpretación de la Directiva 2008/48/CE de crédito al consumo ni los intereses de demora, ni los gastos o comisiones derivados del incumplimiento de la obligación de pago, ya que el cálculo de la TAE se basa en el supuesto de que el contrato de crédito seguirá siendo válido durante el período de tiempo acordado y de que tanto el prestamista como el consumidor cumplirán sus obligaciones en las condiciones y en los plazos que se hayan acordado en dicho contrato.

La [Sentencia del TS de 16 de octubre de 2024](#)³ aunque resuelve sobre el control de incorporación y la usura también se refiere a la TAE del contrato que en el recurso se decía que no era la real. El TS afirma que no se justifica porque la TAE no se ajusta a la normativa que regula cómo debe calcularse. El recurso de casación exige que el recurrente explique con concisión, pero de manera suficiente, por qué se ha producido la infracción legal que denuncia, explicación que en el caso no se habría producido. Se había aportado además un informe pericial sobre los TEDR medios de las operaciones de crédito similares, información que no se estima relevante porque está disponible en las publicaciones oficiales del Banco de España.

3. Porcentajes de corrección: 0,20/0,30

En cuanto a la aplicación de porcentajes de corrección del tipo promedio para hacer la comparación con la TAE del contrato quedan aún varias cuestiones pendientes de matizar o concretar.

La Sentencia del TS de fecha 15 de febrero del 2023 sobre la TAE del contrato y la comparación con el tipo promedio razona que en los contratos anteriores a 2010 cuando no se publicaban boletines estadísticos sobre el tipo-promedio para este tipo de operaciones de tarjetas de pago aplazado, se toma como referencia cierta que sirve de punto de partida para valorar la usura el tipo promedio del año 2010 más un factor adicional de incremento, entre 20 y 30 centésimas.

Sin embargo, no existe unanimidad en los criterios que aplican las Audiencias en los contratos posteriores a 2010. Algunas resoluciones entienden que resulta injustificado extrapolar un mero criterio referencial empleado para calcular una TAE/promedio general en periodos en los que no se publicaban datos en operaciones de tarjeta de pago

aplazado a periodos en los que sí se publican datos oficiales que permiten comparar el dato publicado con la TAE del contrato. Y se tendría en cuenta la variable adicional (0,20 o 0,30 o lo que corresponda) cuando la entidad financiera justifique debidamente que, con la inclusión de conceptos computables para la TAE según lo pactado, el TEDR se debe incrementar con la desviación correspondiente para poder realizar una comparación homogénea.

4. Modificaciones posteriores del tipo pactado

La comparación entre la TAE de la operación crediticia cuestionada como usuraria y la TAE que puede considerarse como "interés normal del dinero" ha de realizarse en el momento en que se celebra el contrato ([STS 149/2020, de 4 de marzo](#)). Si bien, conforme a la [STS 317/2023, de 28 de febrero](#), en aquellos casos en que la entidad acreedora modifica el tipo de interés, sin atenerse a un índice legal, ajustándose a las exigencias del art. 85.3 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ha de considerarse, a efectos de la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, que "cada modificación del interés supone la concertación de un nuevo contrato, en el que se fija un nuevo tipo de interés, y que a partir de ese momento el contrato crediticio puede ser considerado usurario si el nuevo tipo de interés de la operación es notablemente superior al interés normal del dinero en aquel momento y manifiestamente desproporcionado a las circunstancias concurrentes".

Esta doctrina no se interpreta igual por todas las Audiencias Provinciales en los casos en los que el interés inicial es usurario y se modifica después para dejarlo por debajo del umbral de la usura como explica la [AP León en Sentencia de 8 de abril de 2024](#)⁴.

Se considera así una situación equiparable a la contratación de sucesivas tarjetas, o a situaciones de duración determinada: cuando se contrata una nueva tarjeta o cuando finaliza el plazo pactado surge un nuevo contrato, por lo que cada nuevo contrato exige valorar si las condiciones financieras son o no usurarias. En otro caso, resultaría que si el tipo de interés inicial o el modificado fuera usuario arrastraría toda la secuencia temporal posterior, aunque la usura solo pudiera haber concurrido, por ejemplo, un brevísimo periodo de tiempo.

Apoya esta interpretación que el Tribunal Supremo remarca que no se trata de una novación, sino de un contrato nuevo: "cada modificación del interés supone la concertación de un nuevo contrato".

5. Usura en préstamo personal (no revolving)

La [STS 697/2024, de 20 de mayo](#) completa el panorama de la usura en los préstamos personales. Ya una [Sentencia anterior, la 1378/2023, de 6 de octubre](#), había apuntado que el criterio de los seis puntos podía ser aplicado también a los préstamos personales, aunque las circunstancias concurrentes en el caso, ligadas al riesgo de impago que suponía el préstamo refinanciado, impidieron que finalmente se calificara de usuario el interés remuneratorio.

Pues bien, en el caso de esta nueva [STS 697/2024, de 20 de mayo](#), se aprecia que la desproporción es tan llamativa (12 puntos) que el interés se considera usurario, sin que el destino del préstamo (pagar deudas anteriores) o la falta de garantías impidan esta apreciación.

IV. EL CONTROL DE INCORPORACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El análisis de validez de las condiciones generales por el juez nacional obliga a examinar el cumplimiento de los controles de incorporación, transparencia y abusividad, con los matices que ofrece la jurisprudencia del TJUE y del TS.

Comenzando por el primer filtro o control de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), implica el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Como desarrolla la [Sentencia del TS de 25 de septiembre de 2023⁵](#) se trata de controlar que los adherentes tengan la posibilidad de conocer las cláusulas del contrato porque están incluidas en el mismo y son gramaticalmente comprensibles. En el mismo sentido la [Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2023⁶](#).

1. Jurisprudencia reciente sobre el control de incorporación en el contrato de crédito revolving

La Sala Primera del TS ha fijado doctrina respecto del control de incorporación en un contrato de crédito "revolving", en las [Sentencias de 6 de febrero y 16 de octubre de 2024](#).

La [Sentencia TS de 6 de febrero de 2024⁷](#) se pronuncia sobre el control de incorporación en un contrato de crédito de tarjeta revolving. Descartada la usura se centra la controversia en la infracción de la Ley Condiciones Generales de la Contratación y del TRLGCU sobre el tamaño mínimo de la letra en el clausulado del contrato, en el caso inferior a 1,5 mm, en un contrato firmado en septiembre de 1996. Concluye el TS que la cláusula de intereses

supera el control de inclusión, en cuanto a su legibilidad, porque el tamaño de letra (que por la fecha del contrato no estaba sujeto a las vigentes previsiones legales en la materia), aunque es pequeño, permite su lectura.

La legibilidad de los contratos con consumidores, en relación con el tamaño de la letra empleado en su redacción, viene regulada actualmente en el art. 80.1 b) TRLCU (en redacción dada por la Ley 4/2022, de 25 de febrero), que impone un tamaño superior a los 2.5 milímetros y un espacio entre líneas superior a los 1.15 milímetros, así como que el contraste con el fondo sea suficiente para no hacer dificultosa la lectura. Previamente, la reforma del mismo precepto por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, había establecido el tamaño mínimo de la letra en 1,5 milímetros.

Antes de la vigencia de las normas que imponen un concreto tamaño de letra el TS valora la posibilidad real de lectura y que el tipo de letra no sea microscópico o diminuto (por ejemplo, Sentencia 664/1997, de 5 de julio) y por tanto, considera que la cláusula supera el control de incorporación o inclusión, en cuanto a la legibilidad cuestionada.

La reciente [Sentencia del TS de 16 de octubre de 2024](#)⁸ también sobre el control de incorporación y la usura argumenta que se cumple en un contrato firmado en septiembre de 2016, pues la cláusula que establece las referencias al tipo de interés se encuentra al principio del contrato, y aunque con un tipo de letra que califica como pequeño, resultan legibles a simple vista, incluso resaltada mediante un subrayado, lo que permitía su plena cognoscibilidad por la contratante. Resuelve en la misma línea que la [Sentencia de 6 de febrero de 2024](#) y ambas concretan que el análisis debe efectuarse teniendo en cuenta la fecha en la que se formaliza el contrato.

2. Prueba: contrato/tipos para hacer la comparación

En muchas ocasiones el problema surge porque no se presenta el contrato y algunas resoluciones entienden que la entidad bancaria no cumple el requisito de incorporación, al no haberse probado que el consumidor tuviera conocimiento cabal de las condiciones esenciales del contrato en el momento de su suscripción, que las hubiera aceptado y consentido (al no constar contrato) o que hubiera sido informado previamente de sus términos o recibido explicaciones sobre su funcionamiento. En otras sentencias si no existe contrato, se valora al realizar el control de transparencia, en relación con la carga de aportar dicho contrato que compete a quien esgrime la nulidad de parte del condicionado.

La [Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 27 de junio de 2024](#)⁹, aborda este problema. No se aporta el contrato de tarjeta de crédito suscrito en el año 1999 y la obligación de entrega de documentación que tiene la entidad crediticia se extiende durante un periodo de tiempo. Para realizar un control de transparencia es preciso saber cuál es el contenido de la cláusula; algo que no es posible en este caso por no haberse aportado copia del contrato. La obligación de conservación documental se contempla en el artículo 7.2 de la Orden EHA/2899/2011, y también el artículo séptimo de la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito, vigente en la fecha del contrato. El artículo 30 del Código de Comercio establece un plazo general de 6 años para conservación de la documentación por el comerciante y en el artículo 25.1 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, se contempla un plazo de diez años. Entre las partes se aplica el plazo de cinco años de pres-

cripción de acciones. La tarjeta en el caso dejó de utilizarse en 2014 y al no existir condicionado que permita visualizar las cláusulas se considera imposible llevar a cabo un control de transparencia, sin que la demandada haya incumplido con su obligación de conservación de la documentación.

V. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA COMO PASO PREVIO PARA LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD

Las cuestiones de falta de información sobre los riesgos no suponen un defecto de incorporación sino de transparencia. El TJUE ha dictado numerosas sentencias y construye su jurisprudencia con fundamento en el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las Cláusulas abusivas en los Contratos celebrados con Consumidores. Este artículo indica que las cláusulas de un contrato de adhesión “deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible”. El control de transparencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se fundamenta en la exigencia de comprensión sobre el funcionamiento de las cláusulas contractuales, en los términos que explica la [Sentencia del TJUE del 20 de abril de 2023¹⁰ en el asunto C-263/22](#). Declara que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, ya que el consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información. En este sentido, las [Sentencias de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15](#), apartado 50 y jurisprudencia citada, y de 12 de enero de 2023, D. V. (Honorarios de abogado - Principio de la tarifa

por hora), [C-395/21](#), apartado 39 y jurisprudencia citada.

Para el Tribunal Supremo, el control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo. En estos términos la [Sentencia TS de 26 de septiembre de 2023¹¹](#) sobre el juicio de transparencia de la cláusula suelo incluida en el préstamo hipotecario celebrado con consumidores que se subrogan en el concedido al promotor.

Avanzando más sobre la nulidad de las condiciones generales en la contratación con consumidores, resulta claro que para considerar abusiva una cláusula no basta con acreditar que se incorporó al contrato de modo no transparente, sino que es necesario que la cláusula produzca un desequilibrio efectivo. Así lo recogen distintas resoluciones del TJUE, entre ellas el [ATJUE, de 17 de noviembre de 2021, caso YB contra Unión de Créditos Inmobiliarios, S. A., asunto C-79/21](#).

La Sentencia del TJUE del 20 de abril de 2023 explica que la declaración de falta de transparencia es condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad, es un primer paso para acceder a la abusividad de la cláusula cuando se refiera a la definición del objeto principal (art. 4.2 de la Directiva). Sin perjuicio de que la falta de transparencia en algunas ocasiones, como sucede con las cláusulas suelo o las relativas a la denominación en divisa del préstamo, no es inocua para el consumidor, sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe. Por lo tanto, la

transparencia ha de incidir de algún modo en perjuicio del consumidor, como así resulta igualmente de lo establecido en el art. 3 de la Directiva 93/13/CEE, y viene establecido en la jurisprudencia, [Sentencia TS, Sala 1.ª, 121/2020, de 24 de febrero](#). La falta de transparencia solo podría generar la nulidad de la cláusula y/o del contrato si atentara contra la buena fe en la contratación, lo que podría tener acogida si el consumidor no hubiera contratado de conocer el contenido de la cláusula.

Así se establece además en la vigente redacción del artículo 83 del TRLGDCU: *Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho*. La nulidad de una cláusula por falta de transparencia requiere que su incorporación sea "en perjuicio de los consumidores".

Finalizando el análisis de los contornos de las exigencias de transparencia y abusividad, la [Sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2023¹², en el asunto C-565/21](#) sobre la Comisión de apertura en los préstamos hipotecarios con consumidores, se refiere al concepto de «cláusula abusiva» del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, que supone el cumplimiento de las exigencias de la buena fe, y al análisis de la existencia de un posible desequilibrio importante. Y la [Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 2023, en el asunto C-265/22, Banco Santander](#), que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca, sobre el IRPH, explica que el juez nacional tendrá que evaluar, en primer lugar, el posible incumplimiento de las exigencias de la buena fe y, en segundo lugar, la existencia de un posible desequilibrio importante en detrimento del consumidor, analizando los elementos del contrato y teniendo en cuenta las indicaciones aportadas por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia.

Es relevante la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de julio de 2024 en la cuestión prejudicial que plantea el Tribunal Supremo por Auto de Pleno de la Sala Primera de 29 junio de 2022, [asunto C-450/22, Caixabank y otros](#), sobre el control de transparencia en acciones colectivas. El Tribunal de Justicia considera que es posible controlar la transparencia de las cláusulas suelo en el marco de una acción colectiva que comprenda a todo el sistema bancario de un país. Por tanto, se valora la transparencia desde la percepción del consumidor medio, al que se define como normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

Son estos conceptos los que sirven de punto de partida para construir la argumentación que se utilizará para resolver los distintos asuntos controvertidos y sobre los que aún no existen decisiones uniformes en las Audiencias Provinciales. La jurisprudencia de la Sala Primera avanzará en la fijación de los criterios concretos sobre los que unificar la respuesta de todos los juzgados y Audiencias, mejorando así la protección de consumidores.

VI. APLICACIÓN AL CRÉDITO REVOLVING DE LOS CRITERIOS SOBRE EL CONTROL DE TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD. NECESIDAD DE UNIFICACIÓN DE CRITERIOS

Cuando los criterios sobre la nulidad por usura se aclaran y unifican con la exigencia de una diferencia entre los intereses comparables superior a los 6 puntos, la desestimación de la pretensión que habitualmente se ejercitaba con carácter principal, hace que pase a un primer plano la pretensión subsidiaria de nulidad de la cláusula de intereses remuneratorios por no superar el control de transparencia.

A pesar de los esfuerzos por unificar criterios existen pronunciamientos contradictorios entre las distintas Audiencias Provinciales y Tribunales de instancia, respecto de la interpretación que debe darse al control de transparencia en un contrato de crédito “revolving”, con la lógica inseguridad jurídica que supone. Es necesario que el Tribunal Supremo se pronuncie y unifique las respuestas. También se ha pedido la interpretación mediante el planteamiento de dos cuestiones prejudiciales españolas, la C-88/24, Bankinter Consumer Finance, asunto archivado que se reproduce en la C-423/24 del mismo juzgado que igualmente resulta archivada por acuerdo transaccional.

En una búsqueda sencilla en el Fondo Documental del CENDOJ solo en el año 2024 (hasta noviembre) se obtienen 6464 resoluciones de Audiencias Provinciales con el texto “revolving”. Seleccionando las sentencias más recientes es fácil localizar ejemplos de pronunciamientos discrepantes en la jurisprudencia menor.

Por ejemplo, la [Sentencia de la AP de Cantabria, sección 4, de 9 de octubre de 2024](#)¹³ argumenta que la cláusula reguladora de la forma de pago de los intereses remuneratorios no supera el control de transparencia, no existe información previa, ni el contrato recoge de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo revolvente.

Como ejemplo de un criterio contrario, la [Sentencia de la AP de Barcelona, Sección 4, de 2 de septiembre de 2024](#)¹⁴, una vez que descarta la usura, entiende que la mención al tipo de interés está lo suficientemente destacada como para no pasar desapercibida de cualquier deudor de entendimiento y capacidad de comprensión media, máxime si se tiene en cuenta que se trata de una cláusula esencial que constituye el “precio” del servicio que presta la entidad financiera, y el coste que en último término ha de asumir el

cliente. No solo supera el control de incorporación sino también el de transparencia.

Las Sentencias de la AP de León (ver Sentencia de la Sección Primera de 13 de junio de 2024) rechazan en la mayoría de los casos la nulidad, considerando superado el control de transparencia de los contratos de tarjeta de crédito, modificando así un criterio inicial. Consideran que cuando el tipo de interés se ajusta a los existentes en el mercado y no supera los umbrales de la usura, no se puede decir que el consumidor habría rechazado el contrato de llegar a saber cuál era la TAE, y ello solo en el supuesto que se produjera una falta de transparencia en la contratación.

VII. OTRAS CUESTIONES POLÉMICAS DEL CRÉDITO AL CONSUMO: NULIDAD POR FALTA DE INFORMACIÓN

La polémica sobre la dinámica del crédito revolving no se agota con el control de transparencia de los intereses remuneratorios y se extiende a otros temas relacionados con el mercado de las tarjetas de crédito.

Son diferentes las pretensiones en las que se ejercita una acción individual de nulidad de una cláusula predispuesta en un contrato de crédito “revolving” que regula el interés remuneratorio, de las acciones de nulidad del contrato por otras causas como puede ser la petición de nulidad por vicio en el consentimiento o por incorrecta evaluación de la solvencia.

La [Sentencia de la Sala Primera del TS de 8 de junio de 2017](#)¹⁵, concreta que no puede confundirse la evaluación de la transparencia de una condición general cuando se enjuicia una acción destinada a que se declare la nulidad, con el enjuiciamiento que debe darse a la ac-

ción de anulación de un contrato por error vicio en el consentimiento. Mientras que en la primera se realiza un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación, en la segunda las circunstancias personales de los contratantes son fundamentales para determinar el error y la excusabilidad del mismo. También las consecuencias de uno y otro régimen legal son diferentes.

La [Sentencia n.º 245/24 de 26 de marzo de 2024 de la Audiencia Provincial de León](#) considera que la problemática de los contratos de crédito al consumo se desenvuelve en dos planos: en el ámbito de la contratación (Ley 16/2011, de 24 de junio, de contrato de crédito al consumo y Directiva 2008/48/CE) y en el ámbito de las cláusulas no negociadas individualmente (artículos 3, 4 y 5 de la Directiva 93/13/CEE y arts. 82 y 83 TRLGDCyU). Este doble ámbito de protección de consumidores da lugar un tratamiento y consecuencias jurídicas diferentes, aunque puedan superponerse en ocasiones. La Directiva 2008/48/CE no contempla una sanción específica en los contratos de crédito al consumo, y traslada a los Estados miembros la regulación sobre el régimen de sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptada con arreglo a la Directiva (artículo 23 de la citada Directiva). La normativa española que transpone la Directiva 2008/48/CE es la Ley 16/2011, de 24 de junio, que contempla como sanción jurídico-civil la "anulabilidad del contrato" (artículos 7 y 21.1), con algunas excepciones reguladas en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 21.

Cuando no se plantea la nulidad del contrato, sino, tan solo, la de algunas de sus cláusulas, se parte de un hecho diferencial básico en relación con la transparencia en los contratos. En las cláusulas no negociadas individualmente, la falta de transparencia no determina necesariamente su nulidad, sino que es preciso vincularla al concepto de abusividad

que concurre cuando existe un desequilibrio económico en perjuicio del consumidor (art. 3 de la Directiva 13/93/CEE y art. 82 TRLG-CU) o cuando han sido incorporadas en contra de las exigencias de la buena fe (art. 4.2 de la Directiva 13/93/CEE y artículos 82.1 y 83 del TRLGDCU).

VIII. SENTENCIAS DEL TJUE EN ASUNTOS PREJUDICIALES RECIENTES SOBRE EL CRÉDITO REVOLVING. CUESTIONES ESPAÑOLAS ARCHIVADAS

Para avanzar en la unificación de pronunciamientos judiciales es importante elaborar una doctrina clara que se irá desarrollando a través de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Es importante en la materia la Sentencia del [TJUE de 11 de enero de 2024, asunto C-755/22](#), que un supuesto de nulidad del contrato y prevención de prácticas irresponsables en la concesión de créditos al consumo considera que la Directiva relativa a los contratos de crédito al consumo debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una sanción de nulidad del contrato al prestamista que ha incumplido su obligación de evaluar la solvencia del consumidor. La respuesta en este caso estaba condicionada por el Derecho Checo cuya Ley de Crédito al Consumo contempla una sanción de nulidad del contrato en el supuesto de incumplimiento de la obligación de evaluación de la solvencia del consumidor.

Se han planteado hasta la fecha dos cuestiones prejudiciales españolas, el asunto C-88/24, Bankinter Consumer Finance, que se reproduce en el C-423/24, ambos archivados por acuerdo transaccional. Los autos de planteamiento se dictan en procedimientos de nulidad del contrato de tarjeta de cré-

dito revolving y exponen que las cláusulas son ilegibles y no son “transparentes”. Los autos explican la profunda división que existe en las Audiencias Provinciales sobre si, con carácter general, el sistema de amortización revolving es claro y comprensible, o por el contrario no lo es, o si procedería un análisis casuístico en función de todas las circunstancias.

Aunque estas cuestiones se archivan, es previsible que puedan plantearse otras nuevas en una materia tan controvertida y necesitada de unificación de criterios.

IX. RECURSO DE CASACIÓN: SOLUCIÓN FRENTE A LA NECESIDAD DE UNIFICACIÓN DE CRITERIOS

La necesidad de unificar criterios a través del recurso de casación enlaza con la reciente reforma que introduce en la Ley de Enjuiciamiento Civil el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, en el capítulo III, en los artículos 477 y siguientes.

La modificación se explica en la exposición de motivos para facilitar la labor constitucional del Tribunal Supremo cuya carga de trabajo se ha visto notablemente incrementada en los últimos años y los esfuerzos en el trámite de admisión, con la finalidad de agilizar los tiempos de resolución y la propia evolución de la litigiosidad hacia materias que afectan a amplios sectores de la sociedad, con un peso cada vez más importante del derecho de la Unión Europea y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La reforma pretende atribuir al recurso de casación el tratamiento que reclama su naturaleza de recurso extraordinario dirigido a controlar la correcta interpretación y aplicación de las normas, en consonancia con la reiteradísima jurisprudencia del Tribunal

Constitucional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la propia Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

La previsión del artículo 487 LEC permite que se dicte un auto casando las resoluciones recurridas que se oponen a la doctrina jurisprudencial existente sobre las cuestiones planteadas. Se devolverá el asunto al tribunal de su procedencia para que dicte nueva resolución de acuerdo con la doctrina jurisprudencial.

En los asuntos en los que se resuelve de forma contradictoria sobre el control de transparencia de los intereses remuneratorios del contrato revolving, una vez que el Tribunal Supremo fije criterios jurisprudenciales claros, podrán ser devueltos mediante auto de reenvío para que el ajuste a la jurisprudencia se produzca en una nueva sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

La doctrina que establezca la Sala Primera del Tribunal Supremo en sus sentencias será vinculante para las Audiencias Provinciales, aportando seguridad jurídica. Esto contribuirá a evitar la proliferación de resoluciones judiciales contradictorias y la acumulación de litigios en determinadas áreas, sin perjuicio de las cuestiones prejudiciales que puedan seguir planteándose ante el TJUE.

[1] ROJ: STS 442/2023 - ECLI:ES:TS:2023:442

[2] ROJ: STS 746/2024 - ECLI:ES:TS:2024:746

[3] ROJ: STS 5051/2024 ECLI:ES:TS:2024:5051

[4] ROJ: SAP LE 660/2024- ECLI:ES:APLE:2024:660

[5] ROJ: STS 3850/2023- ECLI:ES:TS:2023:3850

[6] ROJ: STS 1542/2023- ECLI:ES:TS:2023:1542

[7] ROJ: STS 467/2024- ECLI:ES:TS:2024:467

[8] ROJ: STS 5051/2024 ECLI:ES:TS:2024:5051

[9] ROJ: SAP LE 1090/2024 - ECLI:ES:APLE:2024:1090

[10] ROJ: PTJUE 111/2023- ECLI:EU:C:2023:311,
párrafo 26

[11] ROJ: STS 3852/2023- ECLI:ES:TS:2023:3852

[12] ROJ: PTJUE 79/2023 - ECLI:EU:C:2023:212

[13] ROJ: SAP S 1701/2024 - ECLI:ES:APS:2024:1701

[14] ROJ: SAP B 10706/2024 -
ECLI:ES:APB:2024:10706

[15] ROJ: STS 2244/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2244

LA (NO) PRESCRIPCIÓN Y OTROS PROBLEMAS ASOCIADOS AL PASO DEL TIEMPO EN LA CONTRATACIÓN MEDIANTE CONDICIONES GENERALES¹

Raquel Blázquez Martín

Magistrada de la Audiencia Provincial de Asturias

Resumen: Este artículo se centra en la singular problemática que suscita el enjuiciamiento de la nulidad, ya de cláusulas concretas, ya del contrato en sí, en los llamados *contratos antiguos*. No se trata tanto de poner el foco sobre el régimen de prescripción de las acciones de remoción de efectos de las cláusulas abusivas, que se analiza en la primera parte del artículo sino, más bien, sabiendo que la reiterada jurisprudencia del TJUE y del TS sobre el inicio del plazo de prescripción van a dificultar sobremanera, al menos durante unos años, la viabilidad de las pretensiones de las entidades bancarias de considerar ex-

tinguida la acción por el mero paso del tiempo, tratar algunos de los problemas prácticos a los que nos enfrentamos en los contratos más antiguos: cómo abordar los contratos anteriores a la Directiva 93/13/CEE, qué efectos producen los déficits de documentación –litigios sobre falta de transparencia o abusividad en los que ninguna de las partes aporta al contrato porque ya no disponen de él–, cómo rige la carga de la prueba en esos casos de “desaparición” del contrato y qué vías están empleando los consumidores para obtener la documentación contractual.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LA PRESCRIPCIÓN

1. La STJUE de 25 de enero de 2024 (asuntos acumulados C-810/21 a C-813/21)
2. Las SSTJUE de 25 de abril de 2024
3. La STS (Pleno) 857/2024, de 14 de junio
4. La última cuestión prejudicial planteada sobre la materia. El principio de equivalencia
5. El plazo de prescripción de la acción restitutoria inherente a la nulidad por usura

III. LA DIRECTIVA 93/13/CEE O LA LEY 7/1998 COMO FECHA DE CORTE DE LA APLICACIÓN DEL BLOQUE NORMATIVO DE LA DIRECTIVA 93/13

IV. LA OBTENCIÓN DE DOCUMENTACIÓN CONTRACTUAL COMO OBJETO AUTÓNOMO DE LA TUTELA JUDICIAL CIVIL

1. El apoyo sustantivo de la entrega de documentación contractual como objeto autónomo de la tutela judicial civil
2. Los cauces procesales utilizados para la obtención de documentación contractual
3. Los efectos de la falta de documentación contractual dentro del propio proceso de nulidad de las condiciones generales

V. EL RETRASO DESLEAL

I. INTRODUCCIÓN

Aunque esta ponencia tiene como uno de sus objetivos centrales tratar el tema de la prescripción de las acciones de remoción de efectos de las cláusulas abusivas, parece más útil levantar la vista del estricto carril de la prescripción extintiva y ofrecer una panorámica más amplia del surtido elenco de problemas que suscitan, en nuestra desbordada litigiosidad sobre condiciones generales de la contratación, los que podríamos denominar, sin mucha precisión, “contratos antiguos”.

Al modo en que en los arrendamientos urbanos los contratos de renta antigua han dado los suficientes quebraderos de cabeza como para erigirse en categoría propia, los contratos *añosos* celebrados mediante condiciones generales de la contratación y sometidos a la normativa de consumo llevan camino de hacerse con un espacio nada desdeñable en la litigiosidad presente y venidera.

Y es que, como ya se venía venir, las dos últimas sentencias dictadas por el TJUE sobre el inicio del plazo de prescripción aplicable a la acción de restitución de las cantidades pagadas por los consumidores en virtud de una cláusula abusiva, ambas de [25 de abril de 2024 \(asuntos C-484/21 y C-561/21\)](#) iban a dificultar sobremanera, al menos durante unos años, el éxito de las pretensiones de las entidades bancarias de considerar extinguida la acción por el mero paso del tiempo.

Por eso, nos resultará casi más preciso titular esta ponencia como “la no prescripción de las acciones restitutorias” y, siendo ya conscientes de la dificultad de neutralizar el éxito de estas acciones por mor del mero transcurso de los años, también será más provechoso dedicar una parte del tiempo y de las energías a resituar en este nuevo escenario los problemas prácticos que, ya desde hace unos

años, nos plantean los contratos antiguos. En uno de los primeros comentarios a las Sentencias del TJUE de 25 de abril de 2024, su autor² rescataba aquel sabio y eficaz principio del *Roma locuta, causa finita*³ para dar por zanjadas las disquisiciones sobre la prescripción extintiva en esta materia. Pero, al menos para quienes ejercemos la jurisdicción, el cierre de esas disquisiciones abrirá la puerta a nuevas inquietudes.

¿La acción se convierte en prácticamente imprescriptible?. ¿Quedará definitivamente desterrado el retraso desleal? ¿Es posible desempolvar contratos completamente ejecutados para rescatar el ejercicio de acciones de restitución de cantidades abonadas por sus cláusulas seguramente abusivas?. ¿También si se trata de contratos celebrados antes de la Directiva 93/13/CEE? ¿Qué documentación –y qué pruebas– necesitaremos para decidir sobre estas acciones? ¿A través de qué medios puede obtener esa documentación el consumidor que se proponga ejercitar acciones en tal sentido?. No parece, desde luego, que podemos ser muy optimistas con el *causa finita*.

En las líneas que siguen trataré de resumir la última doctrina del TJUE sobre la prescripción y de ofrecer algunas pistas sobre los litigios que ya están provocando los llamados contratos antiguos: cómo abordar los contratos anteriores a la Directiva 93/13, qué efectos producen los déficits de documentación –litigios sobre falta de transparencia o abusividad en los que ninguna de las partes aporta al contrato porque ya no disponen de él–, la carga de la prueba en esos casos de “desaparición” del contrato, las diferentes vías que están empleando los consumidores para obtener la documentación contractual pertinente –actos de conciliación, preliminares, juicios declarativos...– o los tramos temporales de vigencia de la normativa sectorial.

II. LA PRESCRIPCIÓN

1. La STJUE de 25 de enero de 2024 (asuntos acumulados C-810/21 a C-813/21)

A) El estado de la cuestión previo a la STJUE de 25 de enero de 2024

Antes de que el TJUE diera respuesta a las cuestiones prejudiciales que le había dirigido la Audiencia Provincial de Barcelona y que dieron lugar a los asuntos acumulados C-810/21 a C-813/21 ya había mucho camino andado en materia de prescripción. Los frutos de toda esa trayectoria previa sirven de marco introductorio a la Sentencia de 25 de enero de 2024 y admiten el siguiente resumen:

1.- La llamada acción de remoción de efectos de las cláusulas abusivas es prescriptible. Por más que el TJUE haya reiterado que la acción de nulidad fundada en el carácter abusivo de una cláusula contractual sometida a la Directiva 93/13 debe ser imprescriptible, también se ha encargado se recordar que los artículos 6.1 y 7.1 de dicha Directiva no se oponen a una normativa nacional que, a la vez que reconoce el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, somete a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad (Sentencia de 10 de junio de 2021, BNP Paribas Personal Finance, C-776/19 a C-782/19, EU:C:2021:470, apartado 39 y jurisprudencia citada). El establecimiento de un plazo a estos efectos no vulnera por sí mismo el principio de efectividad, siempre que su aplicación no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por dicha Directiva (Sentencia de 10 de ju-

nio de 2021, BNP Paribas Personal Finance, C-776/19 a C-782/19, EU:C:2021:470, apartado 40).

2.- El test de validación de una legislación nacional que contemple un plazo de este tipo (que el TJUE califica como norma procesal, aunque en nuestro derecho los plazos de prescripción han formado parte siempre de normas sustantivas) irá guiado por el principio de efectividad y deberá tener en cuenta *el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, así como el desarrollo y las peculiaridades de este ante las diversas instancias nacionales [...] [y] han de tomarse en consideración, en su caso, los principios en los que se basa el sistema judicial nacional, como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento [STJUE de 8 de septiembre de 2022, D. B. P. y otros (Crédito hipotecario denominado en divisas), C-80/21 a C-82/21, apartado 87 y jurisprudencia citada]*" .

3.- Dos serán los extremos a verificar en ese análisis: la duración del plazo en sí y las modalidades de su aplicación, incluido el mecanismo previsto para determinar el inicio de dicho plazo (Sentencia de 10 de junio de 2021, BNP Paribas Personal Finance, C-776/19 a C-782/19, EU:C:2021:470, apartado 30 y jurisprudencia citada).

4.- Sobre la duración del plazo en sí, el principio de efectividad exige que tal duración sea materialmente suficiente *para permitir al consumidor preparar e interponer un recurso efectivo con el fin de invocar los derechos que le confiere la Directiva 93/13, en particular en forma de pretensiones, de naturaleza restitutoria, basadas en el carácter abusivo de una cláusula contractual* (STJUE de 10 de junio de 2021, BNP Paribas Personal Finance, C-776/19 a C-782/19, EU:C:2021:470, apartado 31 y jurisprudencia citada).

5.- Sobre el inicio del plazo, solo contábamos con un punto de partida genérico: ese hito únicamente puede ser compatible con el principio de efectividad *si el consumidor pudo conocer sus derechos antes de que dicho plazo empezase a correr o de que expirase* (Sentencia de 10 de junio de 2021, BNP Paribas Personal Finance, C-776/19 a C-782/19, EU:C:2021:470, apartado 46 y jurisprudencia citada).

B) Las preguntas de la Audiencia Provincial de Barcelona

La Audiencia de Barcelona planteó las dudas que le ofrecía la determinación del día inicial del plazo prescriptivo en cuatro recursos que tenía pendientes en la segunda instancia, todos ellos sobre la acción de remoción de efectos de la abusividad de las cláusulas de gastos insertas en préstamos hipotecarios. Los datos fácticos eran estos: (i) contrato de 4 de febrero de 2004 (con abono de gastos hasta el 4 de mayo de 2004) y demanda presentada el 16 de enero de 2018; (ii) contrato de 28 de enero de 2004 (con abono de gastos hasta el 15 de marzo de 2004) y demanda presentada el 16 de enero de 2018; (iii) contrato de 17 de diciembre de 2004 (con abono de gastos hasta el 18 de marzo de 2005) y demanda presentada el 12 de septiembre de 2017; y (iv) contrato de 14 de julio de 2006 (con abono de gastos hasta el 4 de octubre de 2006), reclamación extrajudicial de 15 de noviembre de 2017 y demanda presentada el 15 de diciembre de 2017,

En todos los casos las entidades bancarias demandadas se opusieron a las respectivas demandas alegando la prescripción de la acción restitutoria por el transcurso del plazo de diez años de prescripción de la acción del art. 121-20 del Código Civil catalán y las sentencias de primera instancia habían desestimado las respectivas excepciones. El planteamiento de la Audiencia era bastante claro, al menos para quienes estamos fami-

liarizados con el derecho español, aunque luego fue reformulado por el TJUE. En resumen de *brocha gorda*: ¿el principio de efectividad permite fijar el día inicial en el momento en el que la cláusula agota sus efectos con la liquidación del último de los pagos, teniendo en cuenta que el plazo –diez años– es muy extenso? ¿O es necesario que el consumidor, además de conocer los hechos determinantes de la abusividad –los pagos– disponga de una valoración jurídica de esos hechos? Y, de ser necesario el conocimiento de esta valoración jurídica ¿es determinante la existencia de un criterio jurisprudencial consolidado sobre la abusividad de este tipo de cláusulas o pueden tomarse en consideración otras circunstancias?.

C) Las aportaciones de la sentencia

El TJUE dio por hecho que la jurisprudencia nacional no exigía para dar comienzo al plazo prescriptivo que el consumidor conociera, además de los hechos determinantes de la abusividad, su valoración jurídica, esto es, los derechos que le confiere la Directiva 93/13. En mi opinión, esta distinción entre el plano fáctico y el plano jurídico del conocimiento o de la información que pudiera tener el consumidor medio no era una cuestión especialmente presente en los intensos y extensos debates de la época. De hecho, el [auto de 22 de julio de 2021 \(recurso 1799/2020\)](#) en el que la Sala Primera planteó la cuestión prejudicial que dio lugar al asunto [C-561/21](#), dictado un poco antes de los autos de la Audiencia de Barcelona –fechados estos el 9 de diciembre de 2021–, nada se decía sobre este doble plano del conocimiento del consumidor. Pero lo cierto es que la Audiencia de Barcelona introdujo la duda en sus autos de planteamiento y, a partir de ahí, el TJUE enfiló otro derrotero hasta entonces inexplorado, con el siguiente recorrido:

1.- Para que las normas por las que se rige un plazo de prescripción sean conformes con

el principio de efectividad, no basta con que establezcan que el consumidor debe conocer los hechos determinantes de la abusividad, sino que deben tener en cuenta también (i) si el consumidor conoce los derechos que le confiere la Directiva 93/13; y (ii) si, cuando adquiere ese conocimiento, tiene tiempo suficiente para preparar y ejercitar efectivamente una acción con el fin de invocar esos derechos.

2.- No es conforme con la Directiva computar el plazo desde que la cláusula agota sus efectos con la realización del último pago de los gastos que le impone la cláusula abusiva sin tomar en consideración si en ese momento el consumidor conoce o no la valoración jurídica de los hechos determinantes de la abusividad.

3.- A la pregunta de cómo incide la existencia de una jurisprudencia generalizada sobre el conocimiento de la valoración jurídica de los hechos y, con ella, sobre la determinación del *dies a quo* del plazo, la respuesta es enteramente negativa, con estos argumentos:

- a) El sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas (*Sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, apartado 39 y jurisprudencia citada*).
- b) El profesional sigue teniendo una posición preponderante en el acceso a la información también después de la celebración del contrato: cuando existe una jurisprudencia nacional consolidada en la que se ha reconocido el carácter abusivo de determinadas cláusulas tipo, cabe esperar que las entidades bancarias la conozcan y actúen

en consecuencia (véase, en este sentido, la *Sentencia de 13 de julio de 2023, CAJASUR Banco, C-35/22, apartado 32*).

- c) Por el contrario, no cabe presumir que el consumidor conozca la jurisprudencia nacional en materia de derechos de los consumidores, por más que dicha jurisprudencia esté consolidada.

D) Las sentencias dictadas por la Audiencia de Barcelona en los litigios en los que se plantearon las cuestiones prejudiciales

Cuando la Audiencia de Barcelona retomó los litigios en los que se habían planteado las cuestiones prejudiciales y dictó sentencia en ellos⁴ focalizó la prueba del conocimiento de los hechos determinantes de la abusividad y de los derechos conferidos por la Directiva 93/13 en la figura del consumidor medio, esto es, el consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz al que tantas veces se ha referido el TJUE, y no en el consumidor del litigio concreto. Por ello, apunta, *la prueba exigible acerca del conocimiento no debe considerarse referida al consumidor demandante sino a un consumidor medio, todo ello sin perjuicio de que exista prueba concreta acerca de que el consumidor demandante había adquirido previamente un conocimiento suficiente acerca de sus derechos diferente al que se puede imputar al consumidor medio, que no era el caso de los litigios en liza.*

Las sentencias que se han conocido hasta ahora han desestimado los recursos de las entidades bancarias. Para ello, han interpretado la sentencia del TJUE no sin un cierto lapso de tiempo acerca de su limitada utilidad (*Lo que, en sustancia, solicitábamos al TJUE es que nos ayudara a determinar con parámetros lo más objetivos posibles ese juicio de cognoscibilidad, pues no teníamos dudas acerca de que el consumidor no es un experto en leyes o en jurisprudencia. Pero lo cierto es que la STJUE no lo ha hecho y con ese silencio creemos que lo que*

ha querido expresar es que esa labor le corresponde al juez nacional, quien deberá tomar en consideración todas las circunstancias del caso, como reiteradamente ha venido afirmando en casos similares) y que en las peculiares circunstancias que han rodeado la litigiosidad sobre las cláusulas de gastos había de tenerse en cuenta la extraordinaria difusión de la jurisprudencia creada sobre el particular.

Los datos que se toman en consideración en ese análisis parten, en efecto, de esa *extraordinaria difusión* de la doctrina jurisprudencial. Se valora, con ello, si esa difusión ha tenido un grado de intensidad lo suficientemente grande como para que el consumidor medio haya debido o podido tomar conciencia de sus derechos, para lo que solo exige un conocimiento potencial (cognoscibilidad). Y aquí apunta la previsible casuística: *[I]os datos o ítems que podemos tomar en consideración para hacer ese juicio de cognoscibilidad son muy numerosos, lo que determina que nuestro juicio sea inseguro y pueda ser muy distinto al que realicen otros tribunales en nuestra misma situación.*

Se descarta el año 2013 ([STS 241/2013, de mayo](#)), y también el año 2015 ([STS 705/2015, de 23 de diciembre](#)), en este último caso porque aunque la sentencia tuvo repercusión mediática por el comunicado de prensa emitido por el Consejo General del Poder Judicial, al que tuvo acceso toda la prensa nacional, no parece que ese comunicado sea razón suficiente como para considerar que nuestro consumidor medio pudiera resultar adecuadamente informado.

Y, descartados esos posibles hitos, se establece ese momento de notoriedad para los consumidores a principios de 2017, momento en el que diversas asociaciones de consumidores y despachos de abogados habían lanzado una intensísima campaña de publicidad dirigida a la captación de clientes para reclamar los gastos de sus hipotecas. Y prueba del éxito de esas campañas fue la liti-

gación masiva a que dio lugar, hasta el punto que el Consejo General del Poder Judicial se vio forzado en mayo de 2017 a aprobar un plan de especialización en cláusulas abusivas en contratos de financiación hipotecaria con aplicación en todo el territorio nacional con el que afrontar la enorme avalancha que se había producido de demandas a partir de principios de 2017 ([Acuerdo de 25 de mayo de 2017](#)) [...] La enorme cantidad de procesos iniciados durante 2017 en reclamación de los gastos del contrato de préstamo hipotecario evidencia que el consumidor medio había adquirido conciencia de sus derechos.

Ni que decir tiene que esta construcción solo sería válida para la cláusula de gastos y no para otras cláusulas abusivas⁵. Y también que su solución hubo de ser reevaluada a raíz de las nuevas Sentencias del TJUE de 25 de abril de 2024 y de la [STS \(Pleno\) 857/2024, de 2024, de 14 de junio](#), como explicaré más adelante.

2. Las SSTJUE de 25 de abril de 2024

Llegamos así a las dos Sentencias del TJUE de 25 de abril de 2024, que dan respuesta a sendas cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia 20 de Barcelona y por el Tribunal Supremo. En lo que estas dos sentencias tienen de novedoso, son prácticamente idénticas, pero resulta más fácil analizarlas utilizando como guía la respuesta facilitada al TS, esto es, la Sentencia que dio lugar al asunto [C-561/21](#).

A) La primera pregunta del TS. El conflicto entre la seguridad jurídica y el aplazamiento del inicio de la prescripción hasta la sentencia que declare la nulidad de dicha cláusula. La regla general (firmeza de la sentencia) y las excepciones

El préstamo hipotecario que motivó el litigio en el que se planteó la cuestión prejudicial

databa del año 1999. La demanda en la que se ejerció la acción de nulidad de la cláusula de gastos, con petición de restitución de lo indebidamente abonado, se presentó en octubre de 2017, cuando habían pasado unos 18 años desde el último de los pagos de los gastos asociados a la operación. El Juzgado había estimado la demanda, pero la Audiencia de Barcelona había apreciado la prescripción de la acción restitutoria, tomando como *dies a quo* del plazo de prescripción de diez años la fecha de los pagos indebidos.

En el auto de planteamiento el TS aventuraba una opinión: diferir el inicio del plazo a la fecha de la resolución judicial que declara la nulidad de la cláusula puede ser incompatible con el principio de seguridad jurídica, ya que, en la práctica, esa solución convierte la acción de restitución en imprescriptible y podrían reclamarse cantidades abonadas en contratos con efectos extinguidos desde hace décadas. A partir de esta constatación, que era tanto como descartar que ese hito del dictado de la sentencia fuera realmente viable, preguntaba al TJUE si era conforme al principio de efectividad la fijación como fecha inicial del plazo de prescripción la correspondiente a la consolidación de la jurisprudencia del TS (las Sentencias de 23 de enero de 2019) o, alternativamente, la del propio TJUE ([STJUE de 9 de julio de 2020, C-698/18](#) y [C-699/18](#), y [16 de julio de 2020, C-224/19](#) y [C-259/19](#)).

Para sustentar las respuestas, el TJUE desgana primero los principios que le van a servir de apoyo: (i) una cláusula contractual abusiva no puede tener efectos frente al consumidor; (ii) la nulidad genera –en principio– el correspondiente efecto restitutorio que, si se excluye, puede poner en cuestión el efecto disuasorio que informa los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva; (iii) aunque corresponde a los Derechos nacionales fijar las condiciones de la no vinculación de las cláusulas abusivas, esas normas no pueden modificar la ampli-

tud de la protección que otorga la Directiva y deben garantizar que se restablezca la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva *concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva*.

Después de citar las mismas referencias que la STJUE de 25 de enero de 2024, con una referencia añadida al art. 47 CDFUE y al derecho a la tutela judicial efectiva, se aborda en párrafo 31 la cuestión de la duración del plazo, aunque el TS no había preguntado sobre ello, y concluye que un plazo de 15 años, que era el aplicable al caso del litigio, era suficiente, lo que es enteramente lógico, porque en otras sentencias había validado a estos efectos plazos de 3, 5 y 10 años.

La determinación del día inicial de ese plazo, dice el TJUE, debe excluir como alternativa la fecha de celebración del contrato. Hasta aquí, se repiten razonamientos ya conocidos. Es a partir del párrafo 36 cuando se reformula de forma implícita la pregunta del TS, que nunca había dudado de que hacer coincidir el arranque del plazo con la sentencia que declara la nulidad era conforme con el principio de efectividad y lo que preguntaba era si esa tesis era compatible con el principio de seguridad jurídica. Y, con ese esquema de razonamiento invertido, el TJUE declara:

1.- Que es a la fecha de firmeza de la resolución que declara la nulidad de la cláusula por abusiva cuando el consumidor tiene un conocimiento cierto de la irregularidad de la cláusula. Y, "en principio" (lo que equivale decir que esta es la regla general) *es desde esa fecha cuando está en condiciones de hacer valer eficazmente los derechos que la Directiva 93/13 le confiere y, por lo tanto, cuando puede empezar a correr el plazo de prescripción de la acción de restitución*. Y, como era obvio (na-

die lo había dudado) un plazo de prescripción cuyo día inicial se corresponde con la fecha en que adquiere firmeza la sentencia es compatible con el principio de efectividad.

2.- La única vía de excepción que contempla el TJUE para esta regla general es la que apunta en el párrafo 37: la entidad bancaria tendrá la facultad de probar que el concreto consumidor del litigio tenía o podía razonablemente tener conocimiento de tal hecho antes de la sentencia de nulidad, pero para ello no bastarán alegaciones genéricas sobre la cognoscibilidad del consumidor medio: el párrafo 41 exige a este respecto la aportación de *pruebas concretas sobre [las] relaciones con ese consumidor de conformidad con el régimen nacional de la prueba que resulte de aplicación*. Perdemos de vista, pues, a nuestro consumidor medio y dirigimos el foco al consumidor litigante.

3.- El principio de seguridad jurídica soporta este resultado. El razonamiento del TJUE es este: si el efecto negativo que produce esta situación, es decir, si la merma del nivel necesario de seguridad jurídica, consiste en la situación de incertidumbre de la entidad predisponente sobre la fecha en la que comienza el plazo de prescripción, habrá que pensar que es ella misma la que crea una situación prohibida por la Directiva 93/13, prevaleciendo para ello de su posición de superioridad al imponer unilateralmente a los consumidores cláusulas abusivas. En resumen, en el pecado va la penitencia.

B) Los nuevos argumentos para descartar que el cómputo del plazo se inicie con la consolidación de la jurisprudencia del TS

A lo ya dicho en la STJUE de 25 de enero de 2024, se añaden ahora nuevas razones para descartar esta opción:

1.- Si se permitiera el arranque del plazo en esa fecha, se permitiría al profesional, en

multitud de casos, quedarse con las cantidades indebidamente adquiridas, en detrimento del consumidor. El profesional, que conoce esa jurisprudencia, no cumpliría con sus obligaciones de diligencia y de información para con el consumidor, acentuando así la situación de inferioridad [...] que la Directiva 93/13 pretende mitigar.

2.- A falta de obligación del profesional de informar a este respecto, *no cabe presumir que el consumidor pueda razonablemente tener conocimiento de que una cláusula contenida en su contrato tiene un alcance equivalente al de una cláusula tipo que el tribunal supremo nacional ha declarado abusiva*. No se trata ya de que el consumidor no esté obligado a conocer la jurisprudencia del TS, que también, sino que no tiene por qué saber si la cláusula potencialmente abusiva de su contrato es equivalente a la que el TS ha declarado nula. El TJUE considera que ese análisis es propio de una investigación jurídica que no compete al consumidor. Hay varias implicaciones en esta premisa:

- a) De partida, se pone en entredicho la adecuación del criterio de la Audiencia de Barcelona al principio de efectividad.
- b) El TJUE considera que la jurisprudencia del TS *no permite necesariamente declarar abusivas ipso facto todas las cláusulas de esa clase incluidas en el conjunto de los contratos celebrados entre profesionales y consumidores en ese Estado miembro*, porque aún quedaría por determinar, *caso por caso, en qué medida una determinada cláusula incorporada a un contrato en particular es equivalente a la referida cláusula tipo y, al igual que esta, debe declararse abusiva*. Hasta aquí, podríamos estar enteramente de acuerdo. Pero lo que despista es lo que se afirma en el párrafo 51: *Tal examen caso por caso es tanto más importante cuanto que el carácter abusivo de una cláusula puede ser resultado de que esta adolezca de falta de transparencia. Así pues, en principio, no cabe presumir*

*que una determinada cláusula contractual es abusiva, pues tal calificación puede depender de las circunstancias específicas de la celebración de cada contrato y, especialmente, de la información concreta que cada profesional haya proporcionado a cada consumidor. Y despista porque la abusividad de las cláusulas de gastos no deriva de su falta de transparencia, sino del juicio de contenido, esto es, del perjuicio del consumidor contrario a la buena fe. ¿Es esta una afirmación general, despegada del caso concreto de las cláusulas de gastos? ¿Un mayor abundamiento? ¿Peligra el recién estrenado pleito testigo, al que el art. 438 bis LEC ha dotado de un ámbito de aplicación que excluye *per se* el juicio de transparencia?*

3.- Contravendría la Directiva 93/13 un resultado por el cual el profesional saque provecho de su pasividad ante la ilegalidad de la cláusula declarada por el Tribunal Supremo. El TJUE espera, posiblemente con cierta ingenuidad o, al menos, con mucho optimismo, que el profesional, a través de su departamento jurídico, saque todas las conclusiones que se impongan de la declaración de nulidad para los contratos que dicha entidad bancaria haya celebrado y que, a través de su servicio de atención al cliente, se ponga en contacto con los clientes afectados.

C) El inicio del cómputo del plazo nunca podría hacerse coincidir con la consolidación de la jurisprudencia del propio TJUE

Las mismas razones que el TJUE emplea para descartar que la consolidación de la jurisprudencia nacional sea una referencia válida para determinar el inicio del plazo prescriptivo sirven para llegar a idéntica solución en relación con su propia jurisprudencia.

A ello se añade que el TJUE no decide en sus sentencias si unas cláusulas concretas son abusivas o no, sino que facilita los elemen-

tos de juicio para llevar a cabo el examen concreto de las cláusulas enjuiciadas, cuya apreciación corresponde al juez nacional (STJUE de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14, apartado 57 y jurisprudencia citada). Lo que lleva al TJUE a decir que ni siquiera el consumidor del pleito en el que se plantea la cuestión prejudicial puede deducir de la resolución del Tribunal de Justicia *certeza alguna sobre el carácter abusivo*.

3. La STS (Pleno) 857/2024, de 14 de junio

Esta Sentencia del Pleno de la Sala Primera puso fin al litigio en el que se había planteado la cuestión prejudicial C-561/21, en el que ya era pacífico –ambas partes lo asumían y era una cuestión ya jurisprudencialmente resuelta– que si bien la acción de nulidad de las cláusulas abusivas –en el caso, la llamada cláusula de gastos– es imprescriptible, no sucede lo mismo con la acción de restitución. La cuestión esencial era, entonces, fijar el día inicial del plazo de prescripción contando con las respuestas que ofrecían las STJUE de 25 de abril de 2024, ya que el plazo en sí –el general del art. 1964 CC, de cinco años en la redacción vigente y aplicable al caso– tampoco era controvertido⁶.

La incorporación de la doctrina del TJUE a la Sentencia del Pleno que, como tal, crea jurisprudencia en el derecho interno, asume el planteamiento de máximos al que antes hacía referencia: desde luego, la Directiva 93/13 no se opone a que la prescripción de la acción de reclamación de gastos hipotecarios comience, como regla general, el día en que adquirió firmeza la sentencia que declaró el carácter abusivo de la cláusula, en el que indudablemente el consumidor tiene un conocimiento cierto de la nulidad de la cláusula. Descartadas las dudas sobre la inmunidad del principio de seguridad jurídica, (*pues es el propio profesional el que, prevaleciendo de su posición de superioridad, ha generado una*

situación que la Directiva 93/13 prohíbe y pretende evitar.

Esta regla general admite como excepción la situación en la que el profesional predisponente acredite que, en el caso concreto, el consumidor demandante *tenía o podía razonablemente tener conocimiento de la abusividad de la cláusula antes de dictarse una sentencia que declare su nulidad, aportando al efecto pruebas concretas sobre sus relaciones con ese consumidor.*

La conclusión a la que llega el TS es bastante inequívoca sobre el juego de la regla general y de la excepción: *en la formulación realizada por el TJUE, esta facultad del profesional se erige como el único límite a que las acciones restitutorias sean imprescriptibles.*

Se descarta, como no podía ser de otra forma, habida cuenta de la contundencia de la respuesta del TJUE, que en el caso de las cláusulas de gastos el plazo de prescripción pueda arrancar desde la fecha en la que el Tribunal Supremo dictó una serie de sentencias en las que declaró abusivas tales cláusulas, o desde la fecha de determinadas sentencias del TJUE que confirmaron que, en principio, los plazos de prescripción para las acciones de restitución son conformes con el Derecho de la Unión, siempre que respeten los principios de equivalencia y de efectividad, puesto que *la declaración de abusividad de un tipo de cláusula no entraña la de todas las cláusulas de esa clase, sino que el examen de la abusividad debe realizarse, caso por caso, considerando todas las circunstancias que concurran en su celebración, por lo que no cabe presumir que una determinada cláusula contractual es abusiva, pues tal calificación puede depender de las circunstancias específicas de la celebración de cada contrato y, especialmente, de la información concreta que cada profesional haya proporcionado a cada consumidor.*

Y, en fin, se explica que no corresponde la Sala Primera *hacer consideraciones de orden doctrinal sobre el contenido de esa jurisprudencia del TJUE, ni sobre sus implicaciones en el sistema general de Derecho privado de los diferentes Estados miembros de la Unión [ni] [t]ampoco optar por soluciones no previstas en el ordenamiento jurídico español, por más que, de lege ferenda, pudieran resultar plausibles o convenientes.* Su función como tribunal de casación es asumir lo resuelto por el TJUE y cumplir la función establecida en el art. 6.1. CC para garantizar la armonización de la interpretación del Derecho nacional y la seguridad jurídica.

La doctrina jurisprudencial establecida a partir de esta sentencia se resume en el siguiente párrafo de la sentencia: *salvo en aquellos casos en que la entidad prestamista pruebe que, en el marco de sus relaciones contractuales, ese concreto consumidor pudo conocer en una fecha anterior que esa estipulación (cláusula de gastos) era abusiva, el día inicial del plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos hipotecarios indebidamente pagados por un consumidor será el de la firmeza de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula que obligaba a tales pagos.*

Tras la publicación de la [STS 857/2024](#), las Audiencias Provinciales han ido acomodando sus resoluciones a la nueva doctrina jurisprudencial, lo que tiene especial relevancia en el caso de la sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona, que había aventurado otra solución en el periodo intermedio entre la Sentencias del TJUE de 25 de enero de 2024 y las de 25 de abril de 2024. A partir del 5 de julio de 2024, las sentencias de esta sección *en aplicación del sistema legal de fuentes y [de] dicha doctrina jurisprudencial* está desestimando la excepción de prescripción de la acción restitutoria de la cláusula de gastos si el banco no prueba que, en el marco de sus relaciones contractuales, el concreto consumidor del litigio pudo cono-

cer en una fecha anterior a la de la sentencia que declara la nulidad que esa estipulación (la cláusula de gastos, no cualquier otra), era abusiva. Pueden consultarse, en este sentido, las [Sentencias 753/2024, de 18 de julio](#), [715/2024, de 15 de julio](#) y [687/2024, de 5 de julio](#).

La misma jurisprudencia ha sido replicada en unas ciento cuarenta y cinco sentencias dictadas por el TS entre el 11 de noviembre de 2024 ([STS 1485/2024, de 11 de noviembre](#)) y el [5 de marzo de 2025](#).

4. La última cuestión prejudicial planteada sobre la materia. El principio de equivalencia

El Juzgado de 1ª Instancia número 8 de A Coruña planteó una nueva cuestión por [auto de 12 de marzo de 2024](#) en un litigio sobre la abusividad de la cláusula de gastos de un préstamo hipotecario celebrado 2009 respecto de la que se había formulado demanda el 27 de febrero de 2023, en ejercicio de la acción de nulidad de la cláusula en cuestión y de restitución de las cantidades correspondientes. La entidad demandada, Banco Santander, opuso la prescripción de la acción de restitución. En la remisión prejudicial, el Juzgado consideraba que no existía norma ni doctrina jurisprudencial alguna que permitiera que el plazo de prescripción de la acción tendente a la declaración de nulidad de una cláusula contractual fuera diferente del aplicable a la acción basada en los efectos de esa declaración, y la duda consistía en si este escenario contravenía la Directiva 93/13 y el principio de equivalencia la disociación de la acción de nulidad por abusividad, imprescriptible, y de la acción restitutoria, manteniendo la prescriptibilidad de esta última, pues –siempre según el órgano remitente– en el ordenamiento jurídico español, las condiciones de ejercicio de las acciones basadas en los

efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva son menos favorables que aquellas a las que están sometidas otras acciones comparables, basadas en los efectos de una declaración de nulidad.

La idea que vertebraba esta nueva prejudicial se basaba en que se está aplicando una teoría de disociación de acciones a los consumidores que no existe en otras relaciones jurídicas, lo que podría atentar al principio de equivalencia, en lo que parece un retorno al punto de partida de un viaje que se inició, precisamente, con la tesis de la disociación. Tanto el Gobierno español como la Comisión Europea plantearon en sus observaciones sus dudas en cuanto a la existencia en el ordenamiento jurídico nacional de una norma o una doctrina jurisprudencial que previera de manera general, que la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de una declaración de nulidad esté sometida al mismo plazo de prescripción que el aplicable a la acción en virtud de la cual se ha declarado esa nulidad.

La cuestión ha sido resuelta por la [STJUE de 13 de marzo de 2025 \(asunto C-230/24\)](#) en la que se reitera la interpretación y los efectos del art. 6.1. de la Directiva 93/13, en el sentido de que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor, lo que en el caso de las cláusulas de gastos debe conllevar, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con los importes abonados por el prestatario, sin perjuicio de la viabilidad de normas nacionales que, al mismo tiempo que establecen el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula abusiva, *someten a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esa declaración, siempre y cuando ese plazo no sea menos favorable que el aplicable a recursos similares de carácter interno (principio de equivalencia)*

y no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, en particular por la Directiva 93/13 (principio de efectividad).

Enfocada la cuestión desde la perspectiva del principio de equivalencia, de lo que se trata es de que la norma nacional se aplique indistintamente a las acciones basadas en la vulneración del Derecho de la Unión y a las que se fundamentan en el incumplimiento del Derecho interno que tengan un objeto y una causa semejantes. Este es el contexto en el que el TJUE dispone que el plazo de prescripción aplicable a las acciones de restitución de efectos derivados nulidad de una cláusula abusiva no podrá ser menos favorable que el aplicable a las acciones basadas en el incumplimiento del Derecho interno y que tengan un objeto y una causa semejantes, juicio comparativo que compete al órgano remitente y para el que el TJUE aporta algunas pautas. Se tratará, en definitiva, de comprobar si en ámbitos diferentes de los cubiertos por la Directiva 93/13, otras acciones basadas en los efectos de una declaración de nulidad que sean semejantes, desde el punto de vista de su objeto, su causa y sus elementos esenciales, a la ejercitada en el litigio, no estén sometidas según el Derecho o la doctrina jurisprudencial nacional a un plazo de prescripción comparable al aplicado a esta última acción. En caso afirmativo, la norma nacional que prevea la aplicación de ese plazo de prescripción a la acción del litigio principal vulneraría el principio de equivalencia.

5. El plazo de prescripción de la acción reparatoria inherente a la nulidad por usura

Pocos días antes de que se conociera la [Sentencia del TJUE de 13 de marzo de 2025 \(C-230/24\)](#) se hacía pública la [Sentencia del Pleno de la Sala Primera 350/2025, de](#)

[5 de marzo](#), que resolvió la hasta entonces controvertida prescripción de la acción de restitución de las cantidades pagadas por intereses en un préstamo o crédito usurario declarado nulo por aplicación de la Ley de Represión de la Usura (LRU).

Convendrá recordar aquí que el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial [C-230/24](#) afirmaba con rotundidad en nuestro ordenamiento interno no existía ningún supuesto *en el que la nulidad y sus efectos corran por caminos separados en cuanto a la preclusión*. Ponía como ejemplos de esa afirmada inescindibilidad, el régimen general de nulidad del 1.301 en relación con el art. 1.303 CC), la acción de partición, la acción de deslinde en relación con el amojonamiento, la acción de separación conyugal en relación con la disolución del régimen económico de gananciales como efecto de tal pronunciamiento (art. 95 del CC) y, como supuesto de hecho más semejante, *que la nulidad de pleno derecho de los préstamos usurarios pueda someterse a prescripción, cuando la Ley de 23 de julio de 2009 regula los presupuestos de la nulidad y sus efectos, sin asomo alguno de plazo de ejercicio*.

Pues bien la [STS 350/2025, de 5 marzo](#), establece como punto de partida un escenario opuesto al del auto del Juzgado de Primera Instancia de A Coruña: que *[e]n las escasas ocasiones en que se ha planteado en casación la cuestión de la prescripción de la acción de restitución de lo entregado en aplicación del contrato cuya nulidad absoluta se postula, esta sala ha distinguido entre la acción por la que se solicita la nulidad del contrato, que no caduca ni prescribe en el caso de tratarse de una nulidad absoluta, y la acción de restitución [...], que es una acción de naturaleza personal sometida al plazo de prescripción previsto en el art. 1964 del Código Civil, que antes de octubre de 2015 era de 15 años y en la actualidad es de 5 años*. Cita como precedentes las STS de 27 de febrero de 1964 y [747/2010, de 30](#)

de diciembre, así como las STS 260/2023, de 15 de febrero, y la 110/2024, de 30 de enero, estas dos últimas sobre nulidad de cláusulas abusivas y la restitución de lo pagado por el consumidor con base en tales cláusulas.

Descrito así el contexto de la relación entre las acciones de nulidad y de restitución, en términos ostensiblemente diferentes de los expuestos por el auto de planteamiento de la prejudicial C-230/24, la primera cuestión que resuelve el Pleno es si la acción de restitución de las cantidades pagadas en exceso sobre el capital entregado en un préstamo o crédito usurario está sujeta a prescripción. Sobre este particular, la sentencia explica, en primer lugar, que la diferente redacción entre el art. 3 LRU y el art. 1303 CC no impide que también en el caso de la usura deba distinguirse entre la acción de nulidad y la acción de restitución, con diferentes regímenes de prescripción. Deja claro que la alegación de la usura como excepción no está sometida a prescripción: el prestatario siempre podrá oponer, frente a la acción de reclamación del prestamista que incluye capital, intereses y comisiones, *que solo está obligado a entregar la suma recibida, cualquiera que sea la fecha en que el prestamista formula su demanda. Es la acción prevista en la última parte del art. 3 LRU (que el prestatario exija al prestamista, en una demanda principal o reconventional, que le devuelva el exceso sobre el capital) la que está sometida a prescripción.*

Sobre el día inicial del plazo de prescripción, el TS realiza varias puntualizaciones previas: (i) no es aplicable la doctrina del TJUE sobre la prescripción de la acción de restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas abusivas, porque la usura es una cuestión ajena al ámbito del Derecho de la UE; (ii) ello lleva a la aplicación del principio de la actio nata del art. 1969, por lo que el plazo se contará desde que la

acción pudo ejercitarse; (iii) el caso sometido a la resolución del Pleno es un supuesto de usura objetiva, esto es, un crédito usurario porque se ha estipulado un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso; (iii) si se tratara de una usura por las causas subjetivas también contempladas en el art. 1 LRU (la situación angustiosa del prestatario, su inexperiencia o lo limitado de sus facultades mentales) esas razones pueden impedir el ejercicio de la acción de restitución mientras subsistan, lo que indudablemente afectará al *dies a quo*, pues mientras esas circunstancias no reviertan no podrá comenzar el plazo prescriptivo; y (iv) tampoco se trata del llamado *préstamo falsificado* en el que el prestatario declare haber recibido una cantidad superior a la realmente entregada por el prestamista, en el que el inicio del plazo de prescripción podría coincidir con la fecha del contrato.

El caso sometido a enjuiciamiento era un crédito *revolving*, en el que cada mes el titular de la tarjeta paga una cuota comprensiva de capital, intereses y otros gastos. Y en tal caso el TS resuelve que la acción para solicitar lo pagado en exceso sobre el capital del que se ha dispuesto nace respecto de cada pago mensual y que a partir de cada uno de esos pagos, el titular de la tarjeta pudo ejercitar, junto con la acción de nulidad por usura, la acción de restitución de lo pagado en exceso respecto del capital dispuesto.

En conclusión, el titular de la tarjeta o línea de crédito *revolving* tiene acción para reclamar lo pagado que exceda del capital prestado en los cinco años anteriores a la formulación de la reclamación extrajudicial o a la interposición de la demanda, con la eventual ampliación del plazo en 82 días como consecuencia de la suspensión de los plazos de prescripción acordada en el RD 463/2020, de 14 de marzo a raíz de la pandemia de la

COVID-19. En el caso concreto, la demanda se había presentado el 29 de junio de 2021 y el contrato de tarjeta de crédito databa del 1 de junio de 2015. Existía una reclamación extrajudicial de 29 de enero de 2021. Por todo ello, frente a la solución del Juzgado y de la Audiencia, que habían considerado enteramente prescrita la acción restitutoria, el TS estima parcialmente el recurso de casación del acreditado y condena a la entidad financiera demandada a restituir al demandante lo pagado por este, en exceso respecto del capital dispuesto, durante el plazo de 5 años y 82 días anterior a la formulación de la reclamación extrajudicial el 29 de enero de 2021, con los intereses devengados desde la fecha de cada pago.

III. LA DIRECTIVA 93/13/CEE O LA LEY 7/1998 COMO FECHA DE CORTE DE LA APLICACIÓN DEL BLOQUE NORMATIVO DE LA DIRECTIVA 93/13

Situados ya en el escenario que esbozaba el auto de planteamiento del TS (la posible avalancha de *reclamaciones relativas a contratos consumados y extinguidos desde hace décadas*) podemos plantearnos si la Directiva 93/13/CEE puede actuar a modo de fecha de corte o si, por el contrario, será también posible la formulación de demandas por abusividad de contratos celebrados antes de su aprobación y, si dentro de ellas, cabría hacer alguna distinción entre las pretensiones de nulidad por falta de transparencia (cláusulas suelo, por ejemplo) y las de abusividad directa (cláusulas de gastos, comisiones...). La misma pregunta podemos hacernos situando como hito la Ley 7/1998, de 13 de abril de 1998, sobre condiciones generales de la contratación, que incorporó la Directiva al derecho interno.

No es infrecuente que las demandas sobre esos contratos se construyan como si nada sucediera, con citas continuas de la Directiva y de la jurisprudencia del TJUE, lo que lleva el ejercicio del principio *iura novit curia* hasta límites dudosos. No es fácil localizar en las bases de datos sentencias que analicen explícitamente la cuestión, pero es posible hacerse una composición de lugar a través de dos sentencias relativamente recientes que analizan un contrato de 1996 y otro de 1989, ambos ya ejecutados.

La [Sentencia de la Audiencia Provincial de León, sección 1ª, de 19 de octubre de 2023](#)⁷, que versa sobre un contrato de 1996, esto es, cuando aún no se había promulgado la Ley 7/1998, que traspuso la Directiva 93/13, considera suficiente el texto original de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y en particular, su art. 10.1⁸, utilizando como argumento de refuerzo la eficacia de las directivas no transpuestas y su valor interpretativo en las relaciones horizontales, de acuerdo con el principio de interpretación conforme, y concluye que *esta vía de la interpretación del Derecho interno conforme con la Directiva, para conseguir la finalidad perseguida por esta norma que establece la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas, justifica que para alcanzar este resultado, se adopten medios adecuados y eficaces para que cese el uso o aplicación de las cláusulas abusivas, en la que estaría encuadrada la acción de nulidad de una cláusula abusiva como la deducida en la demanda*.

La [Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4ª, 59/2024, de 9 de febrero](#)⁹ analiza la acción de nulidad por falta de transparencia y por abusividad de distintas cláusulas de un préstamo contratado en 1989 y cancelado en 1996. La demanda se presentó en 2023, cuando habían pasado treinta y cuatro años desde la concertación y veintiocho desde la cancelación del con-

trato, y en ella se pretendía la nulidad de las cláusulas relativas a la fijación del tipo de referencia del interés remuneratorio, la que contenía una cláusula suelo-techo y la que imponía al prestatario los gastos de la operación.

Esta sentencia entendió que, antes de valorar los efectos del transcurso del tiempo sobre la pervivencia de la acción, en forma de prescripción, de caducidad o de retraso desleal, era necesario comprobar si la acción estaba correctamente construida y asentada sobre una fundamentación jurídica viable que solo podía venir proporcionada por las normas que estuvieran vigentes a la fecha de la firma del contrato. En este sentido, el art. 10 LGDCU no daba cobertura normativa suficiente a la pretensión de la demanda (que se basaba en los controles de transparencia y abusividad creados por la jurisprudencia de desarrollo de la Directiva 93/13/CE, que no había sido siquiera aprobada cuando se contrató el préstamo litigioso), y que con esa norma como único apoyo no era posible abordar cuestiones tan relevantes como: *(i) el tratamiento especial de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, o las que regulan la adecuación entre precio y retribución y los servicios o bienes que proporcionados como contrapartida; (ii) el diferente sustento que vertebra los controles de transparencia formal, transparencia material y abusividad; (iii) el diferente régimen de las cláusulas de lista negra y lista gris que fue luego introducido en la LGDCU con la reforma de la LCGC de 1998; (iv) los efectos de la nulidad de las cláusulas que afectan al objeto principal del contrato cuando no se pide la nulidad íntegra del mismo.*

Se tiene también en cuenta el contenido de las normas sectoriales vigentes a la firma del préstamo y que nada se decía en la demanda sobre cómo abordar el enjuiciamiento de la transparencia de un préstamo concertado en una fecha en la que no se había promulga-

do aún ninguna norma sobre transparencia bancaria¹⁰ y se concluye que el principio *iura novit curia* no cubre el déficit de fundamentación jurídica de la demanda. Y se añadió:

A ello se une que el demandante es consciente de que, por el transcurso de un plazo tan dilatado desde la cancelación del contrato y por el resto de las circunstancias expuestas, el banco demandado no va a tener ninguna facilidad ni ninguna disponibilidad probatoria para aportar la documentación contractual. Y, en este sentido, no es acorde a la buena fe intentar invocar una interpretación de las reglas de la carga de la prueba (art. 217.7) que está pensada para otros supuestos en los que sí es razonable que la entidad bancaria tenga acceso a esa documentación.

Sin documentación posible, por causas justificadas y no imputables al banco, el demandante pretende imponer una suerte de presunción iuris et de iure de que las cláusulas cuestionadas surtieron realmente efecto y le causaron un perjuicio económico, sin aportar ni una sola prueba y con fundamento en una normativa que sabe que no es aplicable.

Por último, varias Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, utilizan la fecha de aplicación de la Directiva 93/13 como fecha de corte relevante en el análisis de la prescripción, en el sentido de considerar que la doctrina del TJUE y del TS sobre el día inicial del plazo de prescripción de las acciones restitutorias se aplica a todos los contratos celebrados después del 31 de diciembre de 1994, fecha a partir de la cual ha de aplicarse la norma comunitaria, conforme con el art. 10.1 párrafo segundo de la propia Directiva. Contienen esta precisión, entre otras muchas resoluciones dictadas por la Sección 15 a partir del 5 de julio de 2024, las [Sentencias 753/2024, de 18 de julio](#), [715/2024, de 15 de julio](#) y [687/2024, de 5 de julio](#).

Por último la [STS 1647/2024, de 10 de diciembre](#), ha aportado más luz sobre la polémica al resolver la acción de nulidad de una cláusula de gastos ejercitada sobre un contrato de préstamo suscrito el 3 de julio de 1997, esto es, tras la publicación de la Directiva 93/13, antes de la transposición al derecho interno, y cuando ya había expirado el plazo de transposición. El pronunciamiento sobre la nulidad de la cláusula de gastos había quedado firme y ya no era ya objeto del recurso de casación, que se circunscribía a decidir si el denominado bloque normativo de la Directiva 93/13 (la Directiva y su interpretación por el TJUE y el TS) resultaba de aplicación para la interpretación y aplicación al caso del art. 1969 CC.

La sentencia resume la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el efecto de las directivas no transpuestas y la aplicación matizada a tenor del principio de interpretación conforme, según el cual *al aplicar el Derecho nacional el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretar la directiva está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de su letra y de su finalidad, para alcanzar el resultado pretendido*. En el caso concreto que resuelve, el principio de interpretación conforme: *dado que ya había expirado el plazo de transposición de la Directiva, que estaba fijado para el 31 de diciembre de 1994, a tenor del mencionado principio de interpretación conforme, resulta aplicable el mencionado bloque normativo y en particular nuestra jurisprudencia sobre la prescripción de la cláusula de gastos, plasmada en la [Sentencia de pleno 857/2024, de 14 de junio](#)*. Y, aunque no lo dice explícitamente, parece dar por hecho que el bloque normativo en cuestión no será de aplicación a los contratos anteriores a la Directiva.

IV. LA OBTENCIÓN DE DOCUMENTACIÓN CONTRACTUAL COMO OBJETO AUTÓNOMO DE LA TUTELA JUDICIAL CIVIL

En los últimos dos años han proliferado las pretensiones que los consumidores dirigen contra las entidades bancarias para obtener documentación contractual de diversa gama, generalmente copias de contratos que no se documentan en escritura pública y extractos o listados de movimientos asociados a ellos. La vía extrajudicial suele funcionar en contratos más o menos recientes, pero fracasa a menudo en los contratos más antiguos, lo que ha propiciado un nuevo frente en la litigiosidad civil, con una doble manifestación: por un lado, están los efectos *ad intra* de la no aportación del contrato, esto es, las consecuencias que tiene este hecho en un litigio determinado, que a su vez se manifiestan en una perspectiva múltiple, procesal y sustantiva: la carga de la prueba (art. 217 LEC) y su valoración (art. 328 LEC), y su vinculación con el cumplimiento de los deberes de información precontractual y contractual por parte de las entidades predisponentes en los controles de incorporación y transparencia. Y, por otro lado, nos encontramos con los problemas de lo que podríamos llamar la judicialización preventiva de la ausencia de documentación contractual, esto es, cuando la obtención de dicha documentación se convierte en el objeto mismo de un proceso que precederá al litigio principal. Para exponer un esquema comprensible de las cuestiones que enfrentan a consumidores y entidades bancarias en este nuevo terreno resultará más operativo tratar estos dos frentes en sentido inverso al enumerado, esto es, analizando en primer lugar los litigios que tienen por exclusivo objeto la obtención de la documentación contractual, y en segundo lugar los efectos que la falta de esa documentación produce en cada concreto pleito.

1. El apoyo sustantivo de la entrega de documentación contractual como objeto autónomo de la tutela judicial civil

A) El Código de Comercio y la normativa sectorial

La previsión genérica del art. 30.1 CCom. ([l]os empresarios conservarán los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio, debidamente ordenados, durante seis años, a partir del último asiento realizado en los libros, salvo lo que se establezca por disposiciones generales o especiales) ha sido desarrollada por la normativa de crédito al consumo y de transparencia bancaria en los términos que resultan de los siguientes preceptos:

1.- El art. 3.m), de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, define el «soporte duradero» en el que los predisponentes deben conservar los documentos contractuales como *cualquier instrumento que permita al consumidor conservar información que se le transmita personalmente de forma que en el futuro pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adaptado a los fines de dicha información y que permita la reproducción idéntica de la información almacenada.*

2.- El art. 16.1 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que traspuso la Directiva 2008/48/CE, dispone que *[l]os contratos de crédito sometidos a la presente Ley se harán constar por escrito en papel o en otro soporte duradero y se redactarán con una letra que resulte legible y con un contraste de impresión adecuado. Todas las partes contratantes recibirán un ejemplar del contrato de crédito.*

3.- El art. 7 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección

del cliente de servicios bancarios regula el deber de entrega de los contratos (*las entidades de crédito deberán entregar al cliente el correspondiente ejemplar de documento contractual en que se formalice el servicio recibido y deberán conservar el documento contractual y poner a disposición del cliente copia del mismo siempre que este lo solicite*).

4.- La norma novena de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, que, además de establecer el deber de las entidades de crédito de entregar al cliente, de forma gratuita, el ejemplar del documento contractual en que se formalicen los servicios, bien en soporte electrónico duradero, bien mediante copia en papel, obliga a estas entidades a retener y conservar *una copia del documento contractual firmada por el cliente, así como el recibí del cliente a la copia del documento, que podrá constar en el propio documento contractual.*

5.- En contratos anteriores a la fecha de vigencia de la Orden EHA 2899/2011, el art. 7 de la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito y el art. 6.2 de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, contenían previsiones similares.

B) La jurisprudencia de desarrollo (I). Tribunal Supremo.

Además de las normas sectoriales citadas, el apoyo sustantivo de las pretensiones de entrega de documentación, que generalmente se incluyen en la rúbrica, más amplia, del deber de información del predisponente, tiene como referencias dos pronunciamientos del TS y del TJUE que son reiteradamente citados en los litigios sobre la materia.

El primero se localiza en la [STS 547/2021, de 19 de julio](#), que expone la doctrina general de la Sala Primera sobre el deber de conservación de la documentación contractual por las entidades bancarias, luego reiterada en el [auto de 30 de marzo de 2022](#), en los siguientes términos:

1.- Las normas sectoriales sobre conservación de la documentación bancaria no establecen las consecuencias jurídico-privadas del incumplimiento por parte de las entidades de esta obligación, pero no cabe duda de que la entrega de la documentación contractual es exigible (arts. 1258 y 1096 CC), con independencia de otras consecuencias que puedan derivarse en cada caso de la falta de cumplimiento (por ejemplo, pueden determinar la falta de incorporación de aspectos no recogidos adecuadamente en el contrato).

2.- La obligación de entrega del contrato es una prestación legal accesoria o complementaria de las obligaciones asumidas contractualmente por las entidades que sirve para probar la existencia del contrato y su contenido (art. 1258 CC). La finalidad de esta normativa que impone la obligación de entrega del documento contractual es permitir que el cliente pueda comprobar que se ha plasmado de manera correcta lo acordado, tenga constancia de lo contratado y pueda comprobar durante la ejecución del contrato si se está cumpliendo adecuadamente.

3.- Las normas sectoriales no regulan el momento exacto en el que las entidades deben hacer entrega del contrato. En función de las circunstancias, debe reconocerse al cliente la posibilidad de solicitar su entrega durante el tiempo que se mantenga la relación contractual.

4.- En casos en los que los clientes han presentado contra una entidad una demanda (la sentencia refiere los ejemplos de recla-

maciones de cantidad por saldos bancarios, devolución de un depósito o imposición cuya cancelación no constaba) se ha rechazado que el art. 30.1 CCom *releve a la entidad de la carga de conservar, en su propio interés toda aquella documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de los derechos y de las obligaciones que le incumben, al menos durante el período en que, a tenor de las normas sobre prescripción, pueda resultarle conveniente promover el ejercicio de los primeros o sea posible que les llegue a ser exigido el cumplimiento de las segundas*. Se citan, a este respecto las STS 1046/2001, de 14 de noviembre, [277/2006, de 24 de marzo](#), y [323/2008, de 12 de mayo](#)).

5.- Ello implica que ni el art. 30.1 Ccom ni las normas sectoriales sobre conservación de documentación bancaria exoneran *de la carga de la prueba que, según las circunstancias y en atención a la prueba practicada y al principio de facilidad probatoria, incumba a la entidad demandada*.

6.- Cuando el cliente invoque, dentro de plazo, la tutela de un interés concreto respecto del cumplimiento de un contrato, la entidad demandada no pueda basar su defensa en que ya no conserva la documentación relativa al contrato por no estar obligada a ello si, por las circunstancias, la prueba del hecho que le favorecería corre de su cargo.

Con este enfoque no parece posible limitar la obligación de las entidades predisponentes de conservar y entregar la documentación contractual al periodo estricto de vigencia del contrato y sus seis años adicionales, porque ese deber se pone en relación también con el plazo de prescripción. Claro está que esta consideración parece sustentada en la idea de que los plazos de prescripción son los habitualmente manejados en nuestro derecho, que generalmente no iban más allá de los quince años del art. 1964 CC en su redacción original. Situados ahora en la

perspectiva de la práctica imprescriptibilidad de las acciones del consumidor, es posible que sea necesario añadir algún otro matiz, nada fácil por cierto, quizá desde la perspectiva de la buena fe en el ejercicio de los derechos.

C) La jurisprudencia de desarrollo (II). Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La [STJUE de 12 de octubre de 2023 \(asunto C-326/22\)](#) dio respuesta a una cuestión prejudicial planteada por un tribunal polaco en la que se preguntaba si el artículo 16.1 de la Directiva 2008/48, interpretado a la luz del principio de efectividad del Derecho de la Unión, debía interpretarse en el sentido de que un consumidor podía exigir al prestamista una copia del contrato y de toda la información relativa al reembolso del crédito que no figura en el propio contrato, pero que era necesaria para comprobar el cálculo de la cantidad adeudada por el prestamista en concepto de reducción del coste total del crédito resultante de su reembolso anticipado y para permitir al consumidor presentar una eventual demanda para recuperar esa cantidad¹¹.

El art. 16.1 de la Directiva 2008/48 contempla una situación muy específica, a saber, el derecho del consumidor a proceder al reembolso anticipado del crédito y a obtener una reducción del coste total del mismo, y es la protección de ese concreto derecho la que vertebraba la sentencia del TJUE, pero la conclusión final se establece en unos términos que no son privativos del art. 16.1 y que, por el contrario, pueden extrapolarse a la protección de cualquier otro derecho del consumidor.

Lo más relevante de la sentencia, a los efectos que aquí interesan, se localiza en los apartados 32 y 33. El primero recuerda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la definición de «soporte duradero»

contenida en el artículo 3.m), de la Directiva 2008/48, de la que resulta *que ese soporte debe garantizar al consumidor, al igual que el soporte papel, la posesión de la información en cuestión para que, en caso necesario, pueda ejercitar sus derechos. Es pertinente a este respecto que el consumidor tenga la posibilidad de almacenar la información que se le haya dirigido personalmente, la garantía de que no se ha alterado su contenido y su accesibilidad por un período adecuado, así como la posibilidad de reproducirla de modo idéntico. Ese soporte debe permitir, por una parte, al consumidor recuperar la información fácilmente durante un período de tiempo adaptado a los fines de dicha información y, por otra, la reproducción idéntica de la información almacenada (véase, en este sentido, la [Sentencia de 9 de noviembre de 2016, Home Credit Slovakia C-42/15](#), apartados 35 y 37 y jurisprudencia citada).*

A lo que el apartado 33 añade que *[e]n la medida en que la posesión efectiva de esos documentos y de la información que contienen es indispensable para tales fines, la entrega por parte del prestamista de una copia de estos al consumidor que ya no disponga de ellos debe erigirse, igualmente, en obligación.*

Se concluye, pues, en la reafirmación del derecho del consumidor a exigir al prestamista una copia del citado contrato y toda la información relativa al reembolso del crédito que no figure en el propio contrato, pero que sea necesaria para verificar el importe de la reducción del coste total del crédito resultante de su reembolso anticipado y para permitir al consumidor presentar una eventual demanda para recuperar esa cantidad, lo que equivale a reconocer un derecho similar para la verificación de otras circunstancias económicas relevantes de la ejecución del contrato y para preparar la acción judicial que corresponda en cada caso.

2. Los cauces procesales utilizados para la obtención de documentación contractual

A) El acto de conciliación

La utilización del acto de conciliación como vía para obtener la documentación contractual ha estado muy limitada territorialmente y solo se localizan en la base de datos del CENDOJ resoluciones de la Audiencia Provincial de Asturias, que en general han descartado la viabilidad de este cauce procesal.

Explica muy bien la diferencia entre el acto de conciliación y las diligencias preliminares el [auto de la Audiencia de Pontevedra, sección 1ª, 311/2017 de 4 de octubre](#), citado por el [auto de la Audiencia Provincial de Barcelona sección 13, de 2 de febrero de 2023](#): *las distintas actividades previas al proceso se orientan, básicamente, hacia dos fines: su evitación y su preparación. La conciliación y las diligencias preliminares cumplen, cada una de ellas, con las citadas expectativas: mediante el acto de conciliación se pretende solucionar el conflicto sin necesidad de acudir al proceso, mientras que con las diligencias preliminares se intenta preparar el mismo a través de la obtención de informaciones o documentos que el futuro actor precisará para la defensa de sus derechos e intereses en juicio.*

Con la misma idea, la Audiencia de Asturias viene considerando que *lo pretendido encuentra acomodo en otra clase de procedimiento y no se respeta la finalidad del acto conciliatorio que no es otra que intentar alcanzar un acuerdo con el fin de evitar un pleito, señalando el Art. 139.1, pfo. 2º, de la Ley 15/15, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, que la utilización de este expediente para finalidades distintas traerá como consecuencia la inadmisión de plano de la petición, que es justamente la decisión que adoptó, con acierto, el juzgado". Y que lo que se pretende no es alcanzar un acuerdo con la finalidad de evitar un pleito se desprende del propio tenor de la petición de conciliación, limitada a*

exigir unos documentos a modo de imposición, sin ofrecimiento de alternativas o posibilidades de negociación, lo que, como bien se razona en las resoluciones dictadas en la instancia, pugna con la naturaleza y finalidad que son propias del acto de conciliación [vid. AAP Asturias, sección 4, 121/2023, de 8 noviembre, y todas las resoluciones que cita).

Como argumento adicional, se tiene también en cuenta que la diferencia a estos efectos entre las diligencias preliminares y el acto de conciliación no es inocua: *el distinto papel que se asigna a los jueces y a los letrados/as de la Administración de Justicia en uno y otro procedimiento, la posibilidad o no de fijar caución, los efectos de la oposición de la parte contraria, y, sobre todo, las consecuencias de la negativa a lo solicitado en la petición inicial son elementos diferenciales muy importantes, y ello permite afirmar que no es indiferente acudir a uno u otro cauce procesal [vid., de nuevo, AAP Asturias, sección 4, 121/2023, de 8 noviembre, y todas las resoluciones que cita).*

B) Las diligencias preliminares

La utilización de las diligencias preliminares a los fines que aquí se analizan sigue sin ser pacífica. Se hacen eco de la falta de unanimidad sobre esta posibilidad la [SAP Madrid, sección 14, 51/2024, de 8 de febrero](#) y la [SAP Vizcaya, sección 3, 311/2023, de 16 de noviembre](#), por citar alguna de las resoluciones más recientes.

Basará remitirse aquí a distintos autos de Audiencias Provinciales que explican los argumentos a favor y en contra de la utilización de las diligencias preliminares. A favor, el [AAP Barcelona, sección 19, 6/2024, de 12 de enero](#): *Este tribunal considera necesaria la diligencia solicitada, pues resulta evidente que sin ella no puede efectuarse un análisis jurídico que permita entablar el proceso que se pretende con plenas garantías. No se considera que se trate de prueba anticipada, pues los docu-*

mentos solicitados son los que han de sustentar en cuanto al fondo la demanda pretendida. Por otra parte, la diligencia es adecuada a la finalidad que se persigue, concurriendo interés legítimo, debiendo tenerse presente que a los consumidores les asiste el derecho a obtener la información necesaria, incluso en momentos posteriores al de la contratación (art. 16 de la Ley de contratos de crédito al consumo).

También el [AAP Madrid, sección 14, 446/2023, de 21 de diciembre](#) explica que el principio de numerus clausus que vertebró la regulación de las diligencias preliminares no es incompatible con la flexibilidad de la interpretación jurisprudencial de los supuestos en que dichas diligencias son posibles, que en el caso de la documentación contractual pedida por un consumidor encuentra apoyo en el apartado 9 del art. 256.1 LEC (*Por petición de las diligencias y averiguaciones que, para la protección de determinados derechos, prevean las correspondientes leyes especiales*), aunque no sea el precepto invocado en la solicitud (*análisis que estimamos puede realizar el tribunal en función de los principios "da mihi factum dabo tibi ius" y "iura novit Curia"*), puesto en relación con los arts. 63.1 y 99 TRLDCU y los arts. 12, 16 y 18 de la Ley de Crédito al Consumo, en cuanto a la obligación de las entidades financieras y de crédito de entregar *recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación y de las modificaciones que se vayan sucediendo en elementos esenciales o en el tipo de interés aplicable.*

El auto defiende que la materia concernida reclama una interpretación amplia que permita la obtención de nuevas copias en caso de extravío, ya que conocer las cláusulas que regulan la relación y las características y cambios que se produzcan es imprescindible para que el consumidor pueda conocer los términos y condiciones en que quedó obligado y reaccionar frente a la posible abusividad de las condiciones generales

y así poder tutelar derechos básicos definidos en el artículo 8 [TRLDCU] entre los que se encuentran b) la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos y c) la indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos, derechos que, como sabemos, son irrenunciables (artículo 10).

En el mismo sentido se pronuncia el [AAP Córdoba, sección 1ª, 422/2023, de 7 de diciembre](#), con especial mención al crédito revolving y a la Orden ETD 699/2020, de 24 de julio, que modificó la Orden EHA/2899/2011 para introducir un capítulo específico relativo al crédito revolvente y establecer expresamente el derecho del cliente a solicitar y obtener de la entidad, en cualquier momento, información detallada y completa del crédito para verificar el saldo (fichero, importes, conceptos de pago, art. 33 sexies).

Este nuevo apoyo de las diligencias preliminares en el apartado noveno del art. 256.1 LEC ha venido a mediar entre las dos opciones tradicionalmente invocadas, que eran las de los apartados primero (legitimación) y segundo (exhibición de cosa).

En contra de la viabilidad de las diligencias preliminares se pronuncia el [AAP Almería, sección 1, 481/2023, de 6 de noviembre de 2023](#), con los argumentos clásicos de la tipicidad [*uno de los presupuestos de las diligencias preliminares es que esta sea típica, en el sentido de que debe estar prevista en el misma LECn (art. 256.1.1ª a 8ª, tras Ley 19/2006, de 5 de junio), o en otra Ley (art. 256.1.9ª), [...] 5.- La Sala es consciente de que esta interpretación que sigue dando no es unánime entre la denominada "jurisprudencia menor", pero este criterio ha sido sostenido en el tiempo por esta misma Sala, en el entendimiento de que es la parte la que debe hacer acopio de su propia documentación cuando le afecta a sus intereses, y que los tipos del art. 256 LEC son*

restrictivos por cada supuesto, sin que pueda llevarse a cabo una interpretación extensiva, como se demuestra el hecho de que, cuando el legislador ha sido consciente que una diligencia no encaja en los supuestos previstos, ha procedido a modificar el precepto. Mientras no haya una decisión del legislador que incluya un supuesto como el que nos ocupa, no es posible acceder a lo solicitado).

En los casos en que se dé viabilidad a las diligencias preliminares, habrá de tenerse en cuenta la modulación del fuero general de competencia del art. 257 LEC para las peticiones formuladas por un consumidor. Lo explica el ATS de 12 de diciembre de 2023 (conflicto 313/2023), con cita de otros anteriores:

Pues bien, pretendiéndose en el presente caso por la solicitante la exhibición de documentación con el fin de interponer una demanda [...] en su calidad de consumidor, tal supuesto se encuadra dentro del ordinal 9.º del apartado 1 del artículo 256 de la LEC, siendo por tanto competente el tribunal ante el que haya de presentarse la demanda determinada. Y siendo la acción a ejercitar por el futuro demandante una acción individual de consumidor derivada de un contrato de prestación de servicios [...] resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 52.2 de la LEC y el artículo 90.2 [TRLDCU], los cuales se refieren, a estos efectos, a la preferencia del domicilio del consumidor o usuario.

Cualquier otra solución vulneraría irremediablemente el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante que para una pequeña reclamación se vería obligado, tras haber presentado su demanda en Almería, lugar de su domicilio, a tener que dirigirse a un Juzgado de Madrid por encontrarse allí el domicilio de la demandada, situación que los tribunales deben evitar, en atención a las normas de protección de consumidores y usuarios. Lo decisivo es que en la poste-

rior demanda se pretende ejercitar una acción individual de un consumidor, factor determinante de una interpretación favorable a dicho consumidor, conforme a la Directiva 93/13/CEE [...].

C) El juicio declarativo

Cuando la reclamación extrajudicial o la eventual petición de diligencias preliminares no tiene éxito ¿cabe acudir al juicio declarativo con el único propósito de obtener la documentación contractual que luego dará lugar (o no) a la interposición de la demanda, digamos, "principal"?

La respuesta de las Audiencias ha sido mayoritariamente afirmativa. Las excepciones de inadecuación de procedimiento habitualmente planteadas por las entidades predisponentes o sus cesionarias son desestimadas en resoluciones como la [SAP Vizcaya, sección 3, 311/2023, de 16 de noviembre](#), que se remite a otras de la misma sala para explicar que la mera posibilidad de acudir a las diligencias preliminares *no excluye que, en todo caso, pueda también reclamarse mediante una demanda de juicio ordinario, tratándose de una obligación de hacer que tiene perfecto encaje en el art. 248 LEC, conforme al cual toda contienda judicial entre partes que no tenga señalada por la Ley otra tramitación, será ventilada y decidida en el proceso declarativo que corresponda*, lo que remite al juicio ordinario, al tratarse de una pretensión de cuantía indeterminada (art. 249.2 LEC).

También el [AAP Barcelona, sección 11, 328/2023, de 19 de octubre](#) rechaza la excepción, tras precisar que *las normas procesales determinan cuál es el procedimiento adecuado, que en algunos casos es indisponible para las partes pero en otros el actor tiene la opción de elegir entre los tipos de procesos previstos en la ley procesal*, esgrime como razón decisoria que el art. 256 LEC, cuando regula las diligencias preliminares como

procedimiento preparatorio a un juicio, lo hace de forma potestativa ("podrá"), *por lo que esa posibilidad no puede interpretarse en el sentido de negar el acceso al procedimiento declarativo para que se declare la existencia de cualquier derecho o interés legítimo que tenga la parte en los términos del art. 5 LEC.* Y, como argumento adicional, apunta el sentir de la jurisprudencia constitucional sobre el control de las decisiones de inadmisión o de no pronunciamiento sobre el fondo del asunto, que *ha de verificarse de forma especialmente intensa, dada la vigencia del principio "pro actione", que es de obligada observancia por los Jueces y Tribunales e impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida. Por todas STC 158/2000 de 12 de junio, y 16/2001 de 29 de enero.*

En igual sentido se pronuncia la SAP Asturias, sección 4ª, 176/2024, de 17 de abril, en un caso en el que el juicio ordinario había estado precedido por unas diligencias preliminares sin éxito, y las SAP Zaragoza, sección 2ª, de 5 de diciembre de 2022, y SAP Alicante, sección 9ª, de 2 de diciembre de 2022, así como [AAP Cuenca, sección 1 del 2 de mayo de 2023](#) y [AAP Málaga, sección 4, del 25 de abril de 2023](#), estas últimas citadas en el [AAP Barcelona, sección 11, 328/2023, de 19 de octubre](#).

3. Los efectos de la falta de documentación contractual dentro del propio proceso de nulidad de las condiciones generales

La casuística de los litigios en los que se ventilan pretensiones de nulidad de cláusulas abusivas (o del contrato íntegro) por falta de incorporación, de transparencia o por abusividad directa sin contar con la

documentación contractual es muy llamativa: agrupa modalidades de falta de rigor, incluso de picaresca, de la defensa del consumidor o de la entidad predisponente con supuestos de imposibilidad real de disponer de la documentación contractual. Es difícil ofrecer soluciones únicas para situaciones tan variopintas, lo que no nos impide aislar al menos los tres grupos de casos más frecuentes:

1.- Las pretensiones de nulidad de cláusulas accesorias aquejadas de abusividad, generalmente comisiones –de apertura, de estudio, de reclamación, de descubierto– en las que la falta de aportación del contrato no impide tener por acreditada su existencia, por reconocimiento de las partes¹². Cuando el banco reconoce la existencia del contrato y contamos al menos con algunos extractos de su ejecución, estará probado que el contrato existe, aunque ninguna de las partes lo haya aportado, y la falta de soporte documental no puede ser motivo suficiente para desestimar la demanda. Las entidades predisponentes suelen alegar que si el demandante no aporta el contrato que contiene la cláusula o cláusulas cuestionadas no justifica su derecho y que sin el soporte documental del contrato resulta imposible declarar la nulidad de sus cláusulas porque lo impiden los arts. 265 y 217 LEC. Sin embargo, este argumento es inconsistente, porque si el reconocimiento de las partes ha sustentado el hecho pacífico de la existencia de contrato y si hay prueba suficiente de que en ejecución del mismo el banco ha cargado comisiones, la conclusión es autoevidente: existe un contrato en el que el banco ha aplicado comisiones, amparándose en la creencia de que el condicionado general o particular del contrato le permite tales cargos.

Sobre el primer extremo, no hay vulneración del art. 217 LEC, porque tal contravención solo concurre cuando se atribuyen las con-

secuencias negativas de algún hecho dudoso a la parte a quien no compete su demostración, y no cuando la sentencia da por probados los hechos relevantes, bien por admisión de las partes, bien por valoración de las pruebas admitidas y practicadas ([STS 529/2023, de 18 de abril](#), y [379/2023, de 16 de marzo](#), entre otras muchas).

Y sobre la licitud de las comisiones, si el consumidor demandante invoca en su demanda la tutela de un interés concreto, como es la abusividad de determinadas comisiones aplicadas en la ejecución del contrato, y el banco no podrá basar su defensa de la validez de la comisión en el mero hecho de que el contrato no ha sido aportado, ya que la prueba de la validez de las comisiones aplicadas corre de su cargo.

2.- La incidencia de la ausencia de documentación contractual sobre el control de incorporación es analizada por resoluciones como la [SAP Madrid, sección 28, 10/2024, de 12 de enero](#), sobre un contrato de tarjeta de crédito del constaban extractos pero no el contrato en sí (*La utilización de la tarjeta permite afirmar la existencia de consentimiento al contrato de tarjeta de crédito, pero no que se hubiesen aceptado determinadas condiciones generales, específicamente la de intereses remuneratorios, en la que se informará de los elementos para comprender el cálculo del interés. Es la entidad de crédito la que debe acreditar la suscripción de las condiciones generales*). La conclusión a la que se llega es la no superación del control de incorporación y la nulidad íntegra del contrato.

También la [SAP Madrid, sección 14, 490/2023, de 16 de noviembre](#) considera que *ante el hecho de que no pueda verificarse el control de incorporación por causa imputable a la demandada, corresponde estimar la acción principal de nulidad de las cláusulas de intereses remuneratorios del contrato de tarjeta de crédito que une a las partes al no constar que*

superen el control de incorporación que establecen los arts. 5 y 7 LCGC.

3.- La incidencia sobre la valoración de las pruebas relacionadas con el cumplimiento del deber de transparencia se explica, desde la perspectiva del art. 328 LEC, en la [SAP Madrid, sección 14, 51/2024, de 8 de febrero](#), con apoyo en el art. 97.8 TRLCU, que establece que la carga de la prueba en relación con el cumplimiento de los requisitos de información precontractual incumbe al empresario.

En un caso en el que la documentación contractual se había reclamado sin éxito y en el que se había admitido como prueba, al amparo del art. 328 LEC, el requerimiento a la entidad demandada para la aportación del contrato y de los extractos, que había sido contestado en el sentido de no tener constancia del contrato y de desplazar sobre el actor la carga de aportarlo, esta sentencia razona que *[s]obre la demandada pesa una obligación legal de entrega y conservación de los documentos cuya aportación fue requerida de acuerdo con el art. 328 LEC. [...] Queda así claro que no rigen las normas generales sobre carga de la prueba del art. 217 LEC y que sobre la entidad de crédito demandada pesaba de modo inexcusable la obligación legal de aportar el contrato de tarjeta de crédito revolvente o, al menos, la información de la que dispusiese, obligación que desatendió sin causa justificada. [...] En definitiva, correspondía a la entidad de crédito demandada, no al actor, aportar los documentos aludidos y la ausencia de prueba sobre los mismos no puede perjudicar al consumidor. Y ello debe conducir a la estimación de la acción principal de la demanda sobre nulidad de la cláusula del contrato de interés ordinario por falta de transparencia documental al no poder verificarse la misma.*

V. EL RETRASO DESLEAL

Con el panorama expuesto se entenderá que, por el momento, las defensas basadas en el supuesto retraso desleal en el ejercicio de la acción tendrán muy poco recorrido. Realmente, la consolidación de la doctrina jurisprudencial sobre la abusividad de las cláusulas más cuestionadas y sobre las condiciones de su ejercicio, incluido el plazo de prescripción, es reciente, lo que impedirá, al menos hasta dentro de unos años, hablar de retraso desleal, porque no se cumplirán los requisitos establecidos al respecto en sentencias como la [STS 467/2023, de 11 de abril](#).

Habrá de estarse, además, a la consolidación de la jurisprudencia sobre cada tipo de cláusula. A título de ejemplo, la [STS 109/2024, de 30 de enero](#), sobre una hipoteca multidivisa, recuerda que la apreciación retraso desleal exige que, además del transcurso de un dilatado plazo temporal, por más que no exceda del plazo de caducidad o de prescripción, concurra una conducta que, objetivamente haya creado en la otra parte la confianza en que la acción no se ejercitará y convierta en desleal el ejercicio de la acción¹³ y que, en el caso que resuelve, el único elemento en el que la Audiencia Provincial basa la aplicación de la doctrina del retraso desleal es el transcurso de un lapso temporal que considera excesivo entre la cancelación del préstamo y la interposición de la demanda. Lo que no se estima suficiente, porque falta el elemento de la conducta del acreedor objetivamente apta para suscitar en el deudor la confianza en que no se ejercitará la acción y que convierta en desleal el ejercicio de la misma, puesto que tal deslealtad no puede derivarse exclusivamente del lapso temporal pues en tal caso estaríamos creando un nuevo plazo de caducidad o de prescripción sin apoyatura legal. Se tuvo también en cuenta que la demandante había formulado su reclamación, transcurrido menos de un año después de la

Sentencia del pleno de esta Sala 323/2015 de 30 de junio, y meses después de la Sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso [Banif Plus Bank, asunto C-312/14](#), que fueron esenciales en la valoración de los criterios de transparencia aplicables a estos préstamos multidivisa. En el mismo sentido, puede consultarse la [STS 42/2024, de 16 de enero](#).

En definitiva, *Roma locuta*, pero en absoluto *causa finita*.

[1] Parte de las ideas desarrolladas en este artículo forman parte de la ponencia presentada al curso "Condiciones generales de la contratación", organizado por el Servicio de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial y celebrado en Santander los días 6, 7 y 8 de mayo de 2024. Se han actualizado, lógicamente, los contenidos posteriores a esas fechas, con las referencias pertinentes, cerradas a 13 de marzo de 2025.

[2] Pantaleón, F: My last bow. Almacén de Derecho, 26 de abril de 2024. <https://almacenederecho.org/my-last-bow>

[3] Roma ha hablado, el caso está cerrado.

[4] A fecha de cierre de esta ponencia, 30 de abril de 2024, solo está publicada en el CENDOJ la Sentencia 62/2024, de 15 de marzo, aunque ha circulado también por los foros de debate la SAP 64/2024, también de 15 de marzo, de contenido idéntico *mutatis mutandi*.

[5] La Sentencia 62/2024 cuenta con un voto particular que considera que el cómputo del plazo de prescripción desde el pago de la última factura es compatible con el principio de efectividad, si antes de que expire, el consumidor tuvo a su disposición la información necesaria y el tiempo suficiente para ejercitar un recurso eficaz. Si antes de la expiración del plazo el consumidor no tuvo dicha información el plazo solo podrá computarse desde que dispuso de dicha información. Lo mismo ocurrirá si el consumidor no ha dispuesto de tiempo suficiente para ejercitar su acción. Discrepa también en el grado de conocimiento sobre los derechos que la Directiva 93/13 reconoce al consumidor. Y concluye *[S]i antes de que expire el plazo y*

con tiempo suficiente, el consumidor ya había planteado una reclamación extrajudicial, al mismo Banco, respecto de otras de las cláusulas generales del mismo o similar contrato pidiendo su nulidad por ser abusivas, creo que podríamos afirmar que un consumidor medio, en dichas circunstancias, sería consciente de los derechos que la Ley le ofrece para impugnar la cláusula litigiosa.

[6] El auto del TS de auto de 26 de noviembre de 2020, que decidió la competencia funcional del TS para resolver el recurso de casación y la consecuente falta de competencia del TSJ de Cataluña, ya había declarado que *un procedimiento judicial en el que se dirimen la nulidad de una condición general de la contratación, en el marco de un contrato de préstamo bancario de dinero con consumidores, las consecuencias de esa nulidad y, derivadamente, el plazo de ejercicio de la acción restitutoria y cuál es el día inicial para su cómputo, se rige por la normativa estatal y no por la autonómica.*

[7] A la misma conclusión llega la SAP Cantabria, sección 4, 479/202º, de 21 de septiembre sobre un préstamo de 1995.

[8] El art. 10 establecía como requisitos para la validez de las cláusulas contractuales: *a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. [...]*

c) Buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones lo que, entre otras cosas, excluye: [...] 3. Las cláusulas abusivas, entendiendo por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios.

[9] A fecha de cierre de esta ponencia, 30 de abril de 2024, no se había incorporado aún a la base del CEN-DOJ.

[10] La Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito estableció en su artículo 48.2 las facultades reglamentarias para el desarrollo de un régimen de transparencia de las operaciones bancarias, lo que fue objeto de desarrollo por la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades, que a su vez se desarrolló a través de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Tanto la Orden como la Circular son posteriores al contrato.

[11] Se daba la circunstancia de que el litigio principal enfrentaba a dos personas jurídicas, porque el consumidor, contratante originario, había cedido el crédito a una empresa. El TJUE entendió que esta circunstancia no impedía la aplicación de la Directiva 2008/48 (*En efecto, como se desprende del apartado 20 de la Sentencia de 11 de septiembre de 2019, Lexitor (C-383/18), el ámbito de aplicación de esta Directiva no depende de la identidad de las partes del litigio, sino de la identidad de las partes en el contrato de crédito. En el presente asunto, los créditos objeto de los litigios principales se derivan de los contratos de crédito controvertidos, celebrados entre los consumidores y el banco, y fueron cedidos a la demandante en el litigio principal tras el reembolso anticipado de dichos créditos*)

[12] Vid SAP Asturias, sección 4ª, 99/2024, de 28 de febrero, y las que cita de la misma sección, 105/2023, de 17 de febrero (recurso 681/2022) y 264/2023, de 18 de mayo (recurso 33/2023).

[13] Cita las STS 112/2022, de 15 de febrero, 616/2021, de 21 de septiembre y 783/2021, de 15 de noviembre.

LA FIGURA DEL EXPERTO EN LA REESTRUCTURACIÓN EN LA LEY 16/2022

Juan Manuel de Castro Aragonés

Magistrado en excedencia. *Of Counsel* en Kepler-Karst Law Firm

Resumen: La Ley 16/2022, de 5 de septiembre, transpuso al ordenamiento interno español la Directiva comunitaria sobre insolvencias 2019/1023. El presente artículo

analiza la transposición de la regulación de la Directiva sobre la figura del experto en la reestructuración

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. REGULACIÓN EUROPEA
- II. REGULACIÓN DEL EXPERTO EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL
- III. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN. REGULACIÓN EUROPEA

La Ley 16/2022, de 5 de septiembre, por la que se traspuso la Directiva de Insolvencias 2019/1025 introdujo en el ordenamiento interno español, entre otras novedades en materia preconcursal, la figura del experto en reestructuraciones. Esta figura no existía en la regulación anterior de la Ley Concursal, ni en la versión vigente entre 2004 y 2010 ni en el Texto Refundido que se aprobó en 2020 y que se ha mantenido en vigor hasta su modificación por la referida Ley 16/2022.

Esta Directiva, que es modificación de la anteriormente vigente y que otorga mucha

importancia al Derecho preconcursal, a los efectos de tratar de evitar la tramitación de procedimientos concursales en los Estados miembros, introduce en los Considerandos 87, 88 y 89 una serie de referencias al denominado "experto en la reestructuración", dando una serie de criterios generales de cómo tiene que ser esta figura, los requisitos que tiene que cumplir y, en definitiva, cuál debe ser la función del experto en la elaboración de los planes de reestructuración.

Siempre con el lenguaje habitualmente crítico, pero a la vez inconcreto de las Directivas europeas para que pueda ser extensivamente interpretable, la Directiva señala en los referidos Considerandos que el experto es un

profesional que deberá ser designado por las autoridades judiciales o administrativas, dentro de un proceso de transparencia, y que el nombramiento deberá recaer en un profesional adecuadamente formado, con la titulación necesaria y con conocimientos especializados. En cuanto al proceso de designación, la Directiva se refiere a que será el deudor, los acreedores o la junta de socios quienes designarán al experto dentro de una lista o terna propuesta por la autoridad judicial o administrativa y que tendrá libertad y capacidad plena de actuación frente al deudor, los acreedores o la junta de socios de la deudora, precisamente por sus conocimientos especializados. A pesar de ello, a continuación, da libertad a los Estados miembros en cuanto al proceso de selección, siempre y cuando cumpla una serie de condiciones, entre ellas la de la posible oposición al nombramiento por parte del deudor y/o los acreedores.

A continuación, los Artículos 1, 26 y 27 de la Directiva 2019/1025 regulan la figura del experto desarrollando lo indicado por los indicados Considerandos. Hablan estos Artículos de un "administrador" en materia de reestructuración, lo que nos permite identificarlo con el administrador concursal, que será una persona física o jurídica designada por la autoridad judicial o administrativa y cuyas funciones serán (i) asistir en la elaboración del Plan de Reestructuración (PdR), (ii) supervisar la actuación del deudor, (iii) informar a las autoridades y/o (iv) tomar el control parcial de los activos del deudor. Estas funciones se configuran como funciones básicas, si bien no tienen por qué estar todas incluidas en las legislaciones nacionales. De hecho, a continuación, verificaremos qué es lo que ha recogido el legislador español en este punto.

Igualmente, la Directiva exige que el sistema de nombramiento, revocación y dimisión del experto se rija por unos criterios claros y transparentes, dando libertad a los Estados

miembros para que garanticen de la manera que consideren la adecuada capacidad y los conocimientos especializados que debe tener el experto, primando estos criterios y el propio conocimiento del caso, sobre todo en asuntos que contengan elementos transfronterizos.

Así, la Directiva establece que deberá establecerse un sistema de control por el deudor, los acreedores y/o la junta de socios en relación con las funciones del experto, su nombramiento, su separación del cargo y su sustitución. Así, se debe establecer un método de supervisión de la función y actuación del experto para garantizar su independencia, su eficacia y su competencia, incluyendo la regulación de un sistema de responsabilidad, similar al del administrador concursal.

Finalmente, en cuanto a la remuneración, se establecen los principios de eficiencia y garantía de los procedimientos adecuados para resolver litigios.

II. REGULACIÓN DEL EXPERTO EN EL TEXTO RE-FUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL

A. Introducción de la figura y comparativa con figuras similares

El legislador español, como hemos indicado, transpone la Directiva 2019/1025 en la Ley 16/2022, que entró en vigor el 26 de septiembre de 2022, e introduce la figura del experto en la reestructuración, tal y como ordena la Directiva y cumpliendo con los requisitos mínimos en cuanto a su regulación, dejando, como veremos, sin regular algunos aspectos de la figura. Por tanto, podemos afirmar que la transposición de la Directiva en materia de experto en la reestructuración se puede calificar de incompleta. Así, aun cuando sí que se establecen un sistema de

nombramiento, separación y sustitución, así como los supuestos en los que cabe el nombramiento, se echa de menos una regulación de la responsabilidad y mayor concreción en cuanto a las funciones del cargo, los informes que debe elaborar (“los previstos en la ley y aquellos que el juez considere necesario o conveniente elaborar”) y una regulación sobre capacidad, conocimientos, titulación y experiencia mucho más específica.

Esta escasez regulatoria hace que confluyan en la regulación del Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, “**TRLC**”) diversas figuras que podemos conceptualizar como similares, pero que son diferentes, si bien los límites entre unas y otras son tan difusos que se pueden llegar a confundir, no en cuanto a sus funciones propias, sino en cuanto al ámbito de la responsabilidad de cada una de las figuras reguladas legislativamente.

El experto en la reestructuración, que es el objeto del presente artículo, está regulado en los Artículos 672 a 681 TRLC, esto es, en escasamente 10 Artículos, que parecen, y son, pocos para la gran importancia que se le ha dado en la reforma de 2022 al Derecho preconcursal y a los planes de reestructuración con el objetivo de evitar la proliferación de procedimientos concursales. En esos escasos 10 Artículos se recogen de manera muy esquemática las principales características de la figura (nombramiento, funciones, responsabilidad civil, condiciones, separación), pero se echa de menos, por un lado, una regulación más exhaustiva y, por otro lado, la fijación de unos criterios más determinados y concretos sobre el desarrollo de las funciones del experto y otras cuestiones sobre responsabilidad, forma de hacer el trabajo y concreción en los informes a elaborar.

Vista la figura del experto “a ojo de pájaro”, y sin perjuicio de entrar más en detalle a continuación, la primera de las figuras similares con la que nos encontramos, aun cuando

esta ya tiene una larga tradición en la Ley, es la del administrador concursal, regulada en los Artículos 57 a 104 TRLC, es decir, nada menos que casi 50 Artículos, frente a los escasos 10 Artículos de la regulación del experto. Es evidente que la figura del administrador concursal es de una importancia fundamental en el procedimiento y dentro del Derecho concursal, pero si tanta importancia se quería o pretendía dar al experto, no podemos decir que comparativamente el legislador haya equiparado al experto con el administrador concursal. A pesar de ello habrá normativa referida al administrador concursal (condiciones subjetivas, responsabilidad, funciones) que pueden considerarse aplicables a la figura del experto, al menos de manera teleológica.

Otra de las figuras similares reguladas en el TRLC, y en concreto en los Artículos 224 ter y siguientes TRLC, es la del experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva, el llamado *pre-packer*. Dicho “experto”, no confundir con el experto en la reestructuración, tiene la única función de buscar, localizar y pilotar ofertas de adquisición de la unidad productiva de una sociedad antes de su declaración de concurso para llevar a cabo dicha transmisión una vez declarado el concurso, a través de la figura del *pre-pack*, proveniente del Derecho holandés e introducida por los Juzgados Mercantiles de Barcelona con anterioridad a su introducción legislativa a través de la Ley 16/2022. Esta figura tiene una función muy limitada, mucho más que la del experto en la reestructuración, y su trabajo finaliza una vez que la búsqueda del inversor acabe, bien con éxito o sin éxito, siendo mucho más limitada su responsabilidad, aun cuando la elección de este experto, cuya aceptación del nombramiento es voluntaria y realiza el juez a petición del deudor, será entre aquellos profesionales –personas físicas o jurídicas– que sean administradores concursales o expertos en la reestructuración (Artículos 224 ter y 224 quater TRLC).

A continuación, nos encontramos con el denominado experto para la valoración de empresas o establecimientos mercantiles en procedimientos de microempresas para la liquidación con venta de unidad productiva, regulado en los Artículos 707.3 y 714 TRLC. Esta figura un poco híbrida, a la cual se refiere el muy novedoso Libro III del TRLC que regula el procedimiento de microempresas, en el que generalmente no se designa administrador concursal, tendría la función de “asesorar” al deudor y a los acreedores en el proceso de venta de la unidad productiva en liquidación en este procedimiento especial, valorando la empresa a los efectos de determinar el precio de la transmisión. Obviamente, y aun cuando el Artículo 707.3 TRLC se refiere a que será un profesional administrador concursal o experto en la reestructuración, no puede equipararse ambas figuras, puesto que su única función es la de realización del indicado informe de valoración de la empresa o del establecimiento mercantil a transmitir, que es mucho menos que lo que hace el experto en la reestructuración, por ejemplo. Lo curioso del caso es que el TRLC regula esta figura para la liquidación, pero no para el llamado plan de continuidad, que podría considerarse como algo similar, aunque ya dentro del procedimiento concursal, al plan de reestructuración, por lo que el legislador de 2022 considera que, para la elaboración de ese plan, más complejo que una venta de unidad productiva, no se necesita un experto.

Finalmente, nos encontramos con dos figuras residuales, en cuanto a su regulación y su función, que son el experto independiente para valorar los bienes y derechos que forman parte del activo de la concursada, regulados en el Artículo 203 TRLC, y el mediador que el deudor y los acreedores puede designar de común acuerdo para intentar llegar a un acuerdo en el plan de continuidad del procedimiento de microempresas, regulado en el Artículo 702 TRLC.

El primero de ellos nada tiene que ver ni con el administrador concursal ni con el experto en la reestructuración, sino que es una figura totalmente ajena al procedimiento, que es designado y pagado por el administrador concursal de un procedimiento para valorar de manera específica alguno de los bienes y derechos que forman parte de la masa activa y que sean más complejos de valorar a los efectos de determinar el importe exacto de la masa activa. El administrador concursal debe ser un profesional con capacidad para valorar el activo, pero, en ocasiones, puede necesitar de ese experto independiente respecto a bienes o derechos muy específicos (aeronaves, buques, bienes intangibles, patentes, marcas). En todo caso, y a pesar de ser un tanto ajeno al procedimiento, al ser designado dentro del mismo, se le aplica el mismo régimen de incompatibilidades, prohibiciones y responsabilidad que al administrador concursal que lo ha nombrado, sin necesidad de que ese nombramiento sea aprobado por el juez del concurso.

La segunda de las figuras, que es el mediador en procedimientos de microempresas para el plan de continuidad, se configura como un profesional que intenta que el deudor y los acreedores se pongan de acuerdo en los términos y condiciones del plan de continuidad de la microempresa. Dice el TRLC que esa es su “única finalidad”, por lo que, a pesar de que el propio TRLC lo equipara al experto en la reestructuración en cuanto al nombramiento y retribución, no tiene la obligación de hacer ningún informe, sino la de poner de acuerdo a las partes en esa negociación, de tal manera que si no lo consigue, se abre la fase de liquidación.

B. Escenarios de actuación del experto en la reestructuración y nombramiento del mismo

De acuerdo con los Artículos 583 y siguientes TRLC, el experto en la reestructuración actuará siempre en el marco de un escena-

rio preconcursal, porque, precisamente, su función es, entre otras, la de colaboración en un escenario de negociación de un plan de reestructuración en el marco de la comunicación de negociaciones al Juzgado Mercantil que regulan fundamentalmente los Artículos 585 y 586TRL, si bien no es una figura obligatoria ni preceptiva según el TRL, pudiendo ser designado en el momento de la comunicación o en otro momento después. Veremos a continuación cuándo es obligatoria o preceptiva su designación.

El nombramiento puede ser realizado por el propio deudor o por acreedores que representen más del 50 % del pasivo que vaya a quedar afectado por el plan de reestructuración y dicho nombramiento puede ser voluntario u obligatorio en algunos casos.

Podemos también mencionar el nombramiento de experto en el plan de continuación de las microempresas previsto en los Artículos 685 y siguientes TRL, que tampoco es preceptivo ni obligatorio, pero que tiene una regulación ligeramente diferente a la del experto en la reestructuración del Libro II.

En materia de nombramiento, nos encontramos con la necesidad u obligatoriedad del nombramiento del experto –Artículo 672.1 TRL– en los casos en que lo solicite el deudor o en que lo soliciten acreedores que representen más del 50 % del pasivo que vaya a quedar afectado por el plan de reestructuración, mientras que el nombramiento será facultativo cuando el deudor solicite en la comunicación la suspensión general de ejecuciones o cuando lo pidan acreedores que representen del 35 % al 50 % del pasivo que vaya a quedar afectado por la reestructuración.

Siguiendo con el nombramiento, nos encontramos con la decisión de juez, que es quien nombra al experto, que se configura como obligatoria cuando, solicitada por el deudor

la suspensión general de ejecuciones, el juez considera que es necesario salvaguardar el interés de los posibles afectados por la suspensión y cuando los efectos del plan de reestructuración

se extiendan a una clase de acreedores o a los socios que no hubieran votado a favor del plan. Sería facultativa la decisión del juez cuando no se produzcan las situaciones anteriores.

En todo caso, el nombramiento se realiza por Auto judicial a partir de un escrito de quien ha propuesto el plan –deudor o acreedores– en el que deben adjuntarse la aceptación del nombramiento y una copia de la póliza del seguro de responsabilidad civil vigente.

Existe un supuesto especial de nombramiento cuando lo solicitan acreedores que representen, al menos, un 35 % del pasivo que pueda quedar afectado por la reestructuración. En este supuesto, el juez da traslado al deudor, que puede oponerse al nombramiento.

Finalmente, el juez deberá decidir si realiza el nombramiento con fundamentación de su decisión.

También en materia de nombramiento se puede producir el cambio del experto bien por impugnación del nombramiento bien por sustitución del experto designado.

En el primero de los casos, quien acredite interés legítimo –es decir, la legitimación se extiende más allá de los acreedores– podrá impugnar el nombramiento de quien no reúna las condiciones subjetivas establecidas en el TRL, incurra en alguna prohibición o incompatibilidad o no tenga la suficiente cobertura o garantía para ejercitar el cargo, tramitándose esta cuestión por la vía del incidente concursal y decidiendo el juez por Auto.

En el segundo de los casos, acreedores que representen más del 50 % del pasivo que pueda quedar afectado por el plan podrán pedir la sustitución del experto propuesto por el deudor o por una minoría de acreedores y que haya sido designado por el juez, con obligación, como en todos los casos de nombramiento por acreedores, de asumir la retribución del experto. Este procedimiento también se tramitará por la vía del incidente concursal con decisión por Auto judicial, como en el caso precedente.

C. Condiciones del experto, prohibiciones e incompatibilidades y retribución

El TRLC regula las condiciones subjetivas que debe reunir el experto. Puede ser una persona física o jurídica, española o extranjera, que tenga conocimientos especializados de naturaleza jurídica, económica, financiera y empresarial, así como experiencia en reestructuraciones o que acredite cumplir los requisitos necesarios para ser designado administrador concursal, debiendo tenerse en cuenta situaciones especiales de complejidad, elementos transfronterizos, sector del deudor, extensión o dimensiones del activo y/o del pasivo.

Pero el TRLC no explica a qué se refiere con esas condiciones, es decir, no las explica ni se remite a un reglamento posterior, no estableciendo tampoco ningún control de cumplimiento de las condiciones por parte del juez, que es quien designa al experto. Por ello, debemos concluir que quien hace ese control es el deudor o los acreedores, es decir, quien va a nombrar o, mejor dicho, proponer al experto, puesto que el TRLC no da ninguna capacidad al juez de hacer una mera consideración de las condiciones del experto, salvo en determinados supuestos como el del Artículo 673 TRLC o cuando considere que no reúne las condiciones establecidas. Sin embargo, este control se antoja complicado, ya que lo normal será que el deudor

o los acreedores ya hayan hecho una criba previa de expertos y propongan al mejor preparado para asumir la función.

No podrán ser designados expertos en una determinada situación aquellos que hayan prestado servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con el mismo en los dos años anteriores al nombramiento y quienes sean incompatibles de acuerdo con la legislación de auditoría de cuentas, lo cual resulta curioso porque, por un lado, no se reproduce el sistema previsto para los administradores concursales y, por otro lado, parece que los expertos tienen que ser auditores.

En materia de retribución, y como ya venimos diciendo, el experto cobra de quien lo designa –el deudor o los acreedores–. No establece el TRLC ningún criterio de fijación de honorarios ni se remite al aún vigente Real Decreto 1860/2004 que regula los aranceles de los administradores concursales. Por lo tanto, debemos concluir que la retribución será una cuestión de negociación entre el experto y quien lo va a designar mediante la aprobación de una propuesta de honorarios y ello por cuanto ni siquiera el juez aprueba los honorarios sino que, en su caso, los indica en el Auto de nombramiento.

D. Funciones y deberes del experto en la reestructuración

Se establece en el TRLC que la función básica del experto es la de asistir al deudor y a los acreedores en las negociaciones del plan de reestructuración y en la elaboración del referido plan. El plan lo elaboran el deudor o los acreedores y el experto únicamente asiste en la elaboración, no elabora. Asimismo, debe presentar al juez los informes exigidos por el propio TRLC y aquellos que el mismo juez considere necesarios o convenientes.

Una vez más, inconcreción en la regulación, si bien si hacemos un repaso de la regulación del TRLC se pueden localizar, cuando menos, los siguientes informes:

- Informe sobre la suspensión de ejecuciones de bienes y derechos no necesarios del Artículo 602 TRLC
- Informe sobre la prórroga y sobre prórrogas sucesivas de la comunicación de negociaciones de los Artículos 607 y 610 TRLC
- Informe sobre la suspensión de la solicitud de concurso voluntario del Artículo 612 TRLC
- Informe sobre la confirmación judicial de las clases del Artículo 626 TRLC
- Proyección en relación con los derechos de voto del Artículo 633 TRLC
- Informe sobre el presupuesto de la insolvencia del deudor del Artículo 636 TRLC
- Informe sobre valoración de empresa en funcionamiento del Artículo 639.2º TRLC

Como es de ver, el TRLC ha transpuesto la Directiva de Insolvencias de manera parcial y sesgada, ya que no recoge todas las funciones que la Directiva prevé para el experto. No hay referencia alguna a la toma de control de los activos o a labores de supervisión de la actuación del deudor o de los acreedores. Tampoco hay efecto alguno sobre las facultades de administración y disposición de la compañía.

Asimismo, podemos preguntarnos si el haber sido experto impide que el mismo experto sea designado en el concurso posterior para el caso que no se logre la homologación del plan. Si bien el TRLC no dice nada, parece poco probable que los jueces mercantiles

designen como administrador concursal a un profesional que haya desempeñado la tarea de experto en las negociaciones previas y en el intento de homologación de un plan que sido rechazado, pues el conflicto de interés parece más que evidente.

El TRLC sí que establece en la actuación del experto el cumplimiento de los deberes de diligencia, independencia e imparcialidad, aun cuando no concreta sobre qué parámetros se establecen dichos deberes, si bien podríamos establecer un paralelismo con los del administrador concursal o los del administrador social. Parece, no obstante, un poco exagerado este paralelismo cuando las funciones de experto no llegan tan lejos. El TRLC establece la existencia de esos deberes frente al deudor y a los acreedores, pero no dice nada de los socios, aun cuando podríamos equiparar a los socios cuando habla de "deudor". En todo caso, la depuración de responsabilidades se realizaría por la vía del incidente concursal, debiendo el experto tener suscrito un seguro de responsabilidad civil.

III. CONCLUSIÓN

En resumen, la entrada en vigor de la Ley 16/2022 de transposición de la Directiva de Insolvencias de 2019 ha supuesto un cambio radical en la regulación del Derecho preconcursal, introduciendo nuevas figuras como la del experto en la reestructuración, que está en claro auge al producirse en la mayoría de los casos la negociación y posterior homologación de planes no consensuales que obligan al nombramiento de experto para la asistencia del deudor y de los acreedores en las negociaciones y en la elaboración del plan de reestructuración.

NUEVO RÉGIMEN LEGAL DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

Elena Pérez Pérez

Magistrada especialista en el orden social TSJ de Cantabria. Doctora en derecho

SUMARIO

- I. CONCEPTO Y EFECTOS DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA EN EL ORDEN LABORAL
- II. SUCESIÓN DE EMPRESA EN EL CONCURSO DE ACREEDORES
 1. Regulación legal
 2. Orden jurisdiccional competente
 - 2.1. *Jurisprudencia previa a la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley Concursal 1/2020.*
 - 2.2. *Cambios normativos tras la promulgación del Texto Refundido de la Ley Concursal 1/2020*
- III. DERECHOS Y OBLIGACIONES DERIVADOS DE LA SUCESIÓN
 1. Deber de subrogación
 2. Responsabilidad solidaria
- IV. BIBLIOGRAFÍA

I. CONCEPTO Y EFECTOS DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA EN EL ORDEN LABORAL

La sucesión de empresa se regula en el artículo 44 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores –en adelante, TRLET–¹, que no ha introducido ningún cambio respecto a la normativa anterior, esto es, ha mantenido la redacción del precedente artículo 44 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. De acuerdo con dicha norma, la sucesión se produce, básicamente, cuando se transmiten los elementos productivos necesarios para que la actividad continúe. Esto es, cuando se transmite una empresa en su conjunto o una unidad productiva autónoma, entendida como entidad económica organizada de forma estable, que cuenta con un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya sea esencial o accesorio.

Por tanto, la unidad económica organizada de manera estable implica un conjunto de elementos materiales y personales que permita desarrollar una actividad económica propia. Su consideración como tal vendrá dada no solo por los elementos del activo material, sino además por otros factores como el valor del activo inmaterial, el tipo de empresa de que se trate, el grado de analogía de la actividad desarrollada antes y después de la transmisión o la posible asunción de una parte significativa de la plantilla².

A los efectos de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo³ y del artículo 44 TRLET, el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión es si la entidad de que se trata mantiene su identidad tras el cambio de titular. Uno de los elementos fundamentales para ello es que continúe, de forma efectiva, la explotación, o bien que se reanude, como recogen las [Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1986 \(C-24/85, asunto J.M.A. Spi-](#)

[jkers](#))⁴ y de 11 de marzo de 1997, (C-13/95, asunto [Ayse Süzen](#))⁵.

La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada, como establece la [Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de septiembre de 1995 \(asunto Ole Rygaard\)](#)⁶.

El concepto de unidad productiva se recoge en el artículo 44.2 del TRLET y en el artículo 1.b) de la Directiva 2001/23/CE. Es un conjunto organizado de elementos patrimoniales y personales, que resultan idóneos para desarrollar una explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios en el mercado y que persigue un objetivo propio. En este sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de marzo de 1997, 20 de noviembre de 2003, de 15 de diciembre de 2005 o de 14 de febrero de 2011⁷.

Por tanto, se trata de unidades empresariales con capacidad de producción independiente, tal como ha reconocido en múltiples ocasiones el Tribunal Supremo⁸. La autonomía funcional de la unidad en cuestión ha de ser previa a la transmisión, como recoge la [STJUE de 6 de marzo de 2014 \(C-458/12, asunto Lorenzo Amatori y otros\)](#)⁹. La entidad económica ha de estar organizada de forma estable, esto es, su actividad no puede limitarse a la ejecución de una obra determinada¹⁰ y, además, es necesario que la actividad empresarial o profesional esté en funcionamiento al tiempo de la transmisión y que continúe tras el traspaso.

El concepto de entidad económica independiente hace referencia a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica y que persigue un objetivo propio [STJCE de 11 de

marzo de 1997, (C-13/95, asunto *Ayşe Sützen*)). Como señala la [Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de mayo de 1992 \(C-29/1991, asunto *Redmond Stichtin*\)](#)¹¹, entre las circunstancias que han de considerarse, se encuentra el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión. Esa identidad puede resultar del hecho de que se trate de una actividad realizada esencialmente mediante la aportación de mano de obra y que el grupo organizado de los trabajadores dedicados a la realización de tales tareas o una parte sustancial de los mismos sea coincidente.

Ahora bien, es necesario tener presente que el hecho de que concurren actividades similares o, incluso, idénticas en la nueva empresa y la saliente, no implica que, necesariamente, estemos ante una unidad económica que mantiene su identidad, ya que esta circunstancia se advierte, además, en otros elementos como el personal, la organización del trabajo o los métodos de explotación [[STJUE de 20 de enero de 2011 \(C-463/09, asunto *asunto Clece S.A.*\)](#)]¹².

En cualquier caso, los diferentes elementos que se mencionan, esto es, la transmisión de medios materiales, transmisión de la plantilla o de la mayor parte de ella, analogía de las actividades, etc..., son, únicamente, aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden apreciarse aisladamente [[SS Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 18 de marzo de 1986 \(C-24/85, asunto *J.M.A. Spijkers*\)](#) y de [11 de marzo de 1997 \(C-13/95, asunto *Ayşe Sützen*\)](#)].

Por otro lado, ha de producirse un negocio traslativo, aunque no es necesario que sea a título de propiedad, pues como indica la [STS, Sala Cuarta, de 27 de febrero de 2012 \(Rec. 3264/2010\)](#)¹³, para ser empresario no es preciso ostentar la titularidad de los bie-

nes fundamentales de la empresa, sino que basta con que se disponga de la titularidad del negocio.

La [STS, Sala cuarta, de 24 de septiembre de 2012 \(Rec. 3252/2011\)](#)¹⁴ razona que el “elemento característico de la sucesión de empresa es la transmisión “de una persona a otra” de “la titularidad de una empresa o centro de trabajo”, entendiéndose por tal “una unidad de producción susceptible de continuar una actividad económica preexistente”.

Por último, la sucesión crea derechos para la empresa que transmite la unidad productiva autónoma, pero también para los trabajadores, ya que el objetivo de la regulación de esta institución es lograr la protección de los trabajadores por cuenta ajena. En este sentido se pronuncian las [Sentencias del TJUE de 13 de septiembre de 2007, C-458/05](#) y de [20 de enero de 2011 \(C-463/09, asunto *Clece S.A.*\)](#), entre otras¹⁵.

De otra parte, el concepto de sucesión de empresa ha tenido una evolución no siempre constante. Inicialmente, el legislador comunitario lo conectó con el traspaso de los elementos materiales organizados para llevar a cabo una actividad económica.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –en adelante, TJUE–, sin embargo, se inclinó por una concepción funcional, ligada a la actividad. De acuerdo con esta interpretación, la falta de transmisión de elementos materiales, no impedía apreciar la existencia de una sucesión empresarial¹⁶.

No obstante, el TJUE acogió después el concepto de sucesión del legislador europeo, abandonando las iniciales posturas funcionales y el elemento material volvió a ser determinante¹⁷.

Más recientemente, el TJUE ha matizado sus iniciales pronunciamientos respecto al

elemento material. De este modo, en actividades esencialmente materializadas, la falta de transmisión de elementos objetivos o materiales no excluye la sucesión de empresa, por lo que, en tales casos, será necesario examinar las concretas circunstancias concurrentes, así como las razones de la referida falta de transmisión¹⁸.

También puede suceder que el elemento personal sea el preponderante para el desarrollo de la actividad, es decir, cabe la posibilidad de que la sucesión se produzca como consecuencia de la asunción de la plantilla. Existen determinados sectores económicos en los que los elementos materiales están reducidos a la mínima expresión y en los que la actividad empresarial se basa en la mano de obra. Esto ocurre, básicamente, en los sectores de limpieza, vigilancia e información, seguridad, atención a personas necesitadas, o embalaje, entre otros. En este tipo de ámbitos, un conjunto organizado de trabajadores específicamente destinados a una actividad común, de forma estable, puede constituir una unidad económica¹⁹.

En definitiva, para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para dar lugar a una transmisión de empresa, es obligado tomar en consideración todas las circunstancias de hecho características de la misma, teniendo en cuenta que, en la actualidad, se ha flexibilizado mucho el inicial criterio material, que, en determinadas ocasiones, no es más que un elemento a tener en cuenta dentro del examen global de las circunstancias concurrentes.

Por otro lado, en términos generales, podemos identificar dos consecuencias jurídicas básicas que derivan de la sucesión de empresa.

De una parte, está la obligación de subrogar al personal afectado y, de otra, la responsabilidad solidaria de la empresa adquirente.

Respecto a la obligación de subrogar al personal de la anterior empresa, en primer lugar, la sucesión no determina la extinción del contrato de trabajo. Por el contrario, cuando concurren los requisitos legalmente exigidos, el deber de subrogar opera por imperativo legal y al adquirente se le impone la obligación de subrogarse en la posición jurídica del empresario cedente. Si se incumple esta obligación, se produce un despido, ya que el cambio de titularidad no puede ser motivo para extinguir los contratos de trabajo.

En segundo lugar, la sucesión exige que el contrato de trabajo se encuentre vivo (art. 3.1 de la Directiva 2001/23/CE y 44 TRLET). Solo en este caso es posible que se produzca la novación subjetiva, ya que no opera respecto de las relaciones laborales que se hubieran extinguido por la concurrencia de causas legalmente previstas.

En tercer término, la sucesión solo se produce en el concreto ámbito que se encuentre comprendido en la operación jurídica. Por ello, en supuestos en los que comprenda determinadas unidades productivas en funcionamiento, solo beneficia a aquellos trabajadores que formen parte de la unidad transmitida y no a otros que no presten servicios en aquella. No obstante, esta regla tiene una excepción. Se trata de los trabajadores que presten servicios, de forma indistinta, para varias unidades dentro de la misma empresa. El deber de subrogación, en este caso, alcanzará a aquellos que presten servicios de forma prevalente en la unidad productiva transmitida, aun cuando no estén formalmente adscritos a la misma.

Por último, la obligación de subrogar no rige en los supuestos en los que la relación laboral se ha extinguido válidamente antes de la fecha del traspaso, aunque sí lo hará en los casos de extinciones que se hayan acordado en fraude de ley. Esto es, cuando se pruebe que, antes de la concertación del negocio ju-

rídico determinante de la sucesión, se han producido extinciones contractuales al margen de las causas legales justificadas con la única finalidad de evitar la aplicación de la obligación de subrogación.

De otra parte, el segundo efecto básico que deriva de la sucesión empresarial es la responsabilidad solidaria de la nueva empresa. En principio, la obligación comprende los créditos laborales no satisfechos, que hayan nacido antes del negocio traslativo y que estén dentro del concreto ámbito en el que la sucesión tenga lugar.

Se trata de una garantía para el cobro de los créditos de los trabajadores y también para los empresarios adquirentes, ya que la obligación se encuentra limitada temporalmente. El artículo 44.3 TRLET establece un plazo de tres años. Se trata de un plazo especial de caducidad y no de prescripción, es decir, un plazo para el ejercicio de la acción frente al adquirente. Ahora bien, la deuda salarial está sujeta además al plazo de prescripción general de un año del artículo 59.1 TRLET. Por tanto, el referido plazo de caducidad solo delimita temporalmente la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario. De este modo, la responsabilidad del adquirente solo se puede reclamar durante los tres años posteriores a la sucesión empresarial y requiere que la acción frente al transmitente esté, necesariamente, viva.

II. SUCESIÓN DE EMPRESA EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

1. Regulación legal

La Directiva europea 2001/23/CE se ocupa de la regulación de la sucesión de empresa en el ámbito concursal. De acuerdo con lo

dispuesto en el artículo 5.1, esta institución no será de aplicación a las empresas en situación de quiebra o insolvencia, salvo que la legislación interna del Estado Miembro disponga lo contrario.

Cabe que la legislación interna establezca que la sucesión se aplique a estos supuestos con todas sus garantías, o que solo se imponga una responsabilidad moderada o limitada que, en todo caso, ha de respetar el límite de la protección equivalente que dispensa la Directiva 80/987/CEE, en relación a la protección de los trabajadores asalariados en casos de insolvencia.

Por último, también es posible que se pacten nuevas condiciones laborales (art. 5.1.b).

Por tanto, la regla general es la inaplicación de las garantías inherentes a la sucesión (art. 5.1) y la excepción a dicha regla es que el Estado Miembro establezca, de forma expresa, la aplicación de la normativa de la sucesión (art. 5.1), ya sea de forma íntegra o limitada, o bien pactando nuevas condiciones contractuales [art. 5.2 a) y b)]²⁰.

Respecto a nuestro ordenamiento jurídico, es conveniente recordar que antes de la reforma operada por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, el apartado undécimo del artículo 51 ET²¹ establecía que, en los casos de venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de la misma era aplicable el artículo 44 ET, siempre que lo vendido comprendiese los elementos necesarios y suficientes para la continuidad de la actividad empresarial²².

Hasta la entrada en vigor de la Ley Concursal –en adelante, LC–²³, la doctrina se cuestionaba la posible aplicación del artículo 51.11 ET a los procesos concursales²⁴, alertando de la conveniencia de que la nueva Ley abordase dicha cuestión. La derogación de este precepto no supuso un importante cambio, pues se limitó a reiterar el concepto de suce-

si3n de empresa del art3culo 44 ET, haci3ndolo extensivo a los casos de venta judicial²⁵.

La LC introdujo el art3culo 57 bis ET²⁶, que dispone que "en caso de concurso, a los supuestos de modificaci3n, suspensi3n y extinci3n colectivas de los contratos de trabajo y de sucesi3n de empresa, se aplicar3n las especialidades previstas en la Ley Concursal". La norma emplea la t3cnica de la remisi3n normativa, pues reenv3a a las "especialidades de la Ley Concursal"²⁷. Por tanto, ser3 necesario examinar cu3les son las especialidades que dicha Ley prev3 en cada una de las fases del concurso para determinar el r3gimen legal que nuestro ordenamiento otorga a los supuestos de sucesi3n de empresas en situaci3n concursal.

Por su parte, la LC no conten3a ninguna menci3n a la sucesi3n de empresa m3s que en la fase de la liquidaci3n sin plan, esto es, en el art3culo 149.2 LC, que, establec3a que "cuando, como consecuencia de la enajenaci3n a que se refiere la regla 1.ª del apartado anterior, una entidad econ3mica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad econ3mica esencial o accesoria, se considerar3, a los efectos laborales, que existe sucesi3n de empresa". Por tanto, conforme a este precepto, no cab3a limitar la aplicaci3n del art3culo 44 TRLET en los casos de concurrencia de los requisitos del art3culo 44 TRLET. De este modo, el referido precepto conten3a la excepci3n a la norma general de no aplicaci3n en el concurso de los efectos propios de la sucesi3n.

La regulaci3n legal nos situaba ante un escenario complejo, pues la ley regulaba la venta en globo de la empresa o de sus unidades productivas en las distintas fases del concurso, pero solo conten3a una menci3n expresa a la sucesi3n en la fase de liquidaci3n sin plan, esto es, la excepci3n a la regla se contemplaba a trav3s de una norma de apli-

caci3n subsidiaria²⁸. Como consecuencia de ello, se planteaba si la sucesi3n de empresa solo era aplicable en este concreto supuesto o no. Esta cuesti3n ten3a indudable trascendencia en el marco de las relaciones laborales, dada la funci3n de garant3a de la estabilidad del empleo que cumple el instituto de la sucesi3n de empresa²⁹.

La situaci3n legal se ha clarificado tras las reformas operadas en la LC durante los a3os 2014 y 2015³⁰. A trav3s de ellas se introdujo el art3culo 146.bis.4.1ª LC. La regla primera del apartado cuarto del referido art3culo 146.bis. 4.1ª LC regul3 las transmisiones de unidades productivas. Conten3a una regla general que exoneraba al adquirente de una unidad productiva del pago de las obligaciones pendientes que pudiera tener la empresa concursada, que fueran anteriores a la operaci3n jur3dica de transmisi3n. Ahora bien, esta regla general ten3a varias excepciones.

En primer lugar, se excepcionaba el supuesto de que el adquirente asumiese dicha obligaci3n de pago, de forma voluntaria.

En segundo t3rmino, que el adquirente fuese una persona especialmente relacionada con el concursado.

Por 3ltimo, se a3ad3a el supuesto de que existiese "disposici3n legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el art3culo 149.4 LC".

Por tanto, el precepto establec3a un mandato general de no transmisi3n de las obligaciones laborales y de Seguridad Social. Pero dicha norma no operaba en los casos en los que se hubiera producido una sucesi3n de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social, de conformidad con el art3culo 149.4 LC. Conforme al referido art3culo, en los casos en los que la venta tuviera por objeto una entidad econ3mica que mantuviese su identidad, "entendida como un conjunto de me-

dios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria”, se consideraba que se había producido una sucesión de empresa tanto a efectos laborales como de Seguridad Social. Por tanto, en tales casos, la subrogación en los contratos era obligada, así como la asunción de las obligaciones legales derivadas, tanto laborales como de Seguridad Social³¹.

Por el contrario, la mera venta de activos que no constituyesen una unidad económica, en el sentido recogido en el referido artículo 149.4 LC, no determinaba la existencia de una sucesión empresarial, ni generaba ningún tipo de obligación de subrogación, ni de responsabilidad solidaria por deudas pendientes para el adquirente de dichos activos.

La expresa mención en el artículo 146.bis.4 LC al artículo 149.4 LC, permitía considerar que se había suprimido el carácter de regulación supletoria que tenía el anterior artículo 149.2 LC. De este modo, el precepto que regulaba todas las transmisiones de unidades productivas en el ámbito concursal, con independencia de la fase en la que se hubiera producido la transmisión, era el artículo 149.4 LC. Dicha norma operaba siempre como límite frente a la posible exoneración de responsabilidad del adquirente de una unidad productiva.

Partiendo de esta regulación, resultaba claro que todas las transmisiones de empresas en situación de concurso estaban sometidas al régimen de la sucesión de empresa, ya que en nuestro ordenamiento existe una disposición legal en contrario a la regla general del artículo 146 bis.4.1ª LC, que es el artículo 44 TRLET.

Esta circunstancia permitía concluir que en nuestra normativa interna existía la norma en contrario a la que alude el artículo 5.1 de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo y que la misma adoptaba un régimen de responsa-

bilidad limitada. Es decir, solo permitía exonerar al adquirente de la parte de los créditos por salarios o indemnizaciones, anteriores a la enajenación, que fuera asumida por el FOGASA, acogiendo las opciones a) y b) del artículo 5.2 de la referida Directiva 2001/23.

El Texto Refundido de la Ley Concursal –en adelante, TRLC–³² unifica la regulación de las enajenaciones de las unidades productivas y la simplifica. Define la unidad productiva y regula el procedimiento de enajenación y sus concretos efectos, cualquiera que sea la fase en la que se produzca. Ya no es necesario acudir a normas de derecho supletorio, como las contenidas en la regulación de la fase de liquidación sin plan, sino que todo el régimen de la sucesión de empresa se encuentra regulado en el capítulo tercero del título cuarto del libro primero del TRLC. Por ello, la remisión del artículo 57 TRLET a las especialidades de la legislación concursal, debe entenderse referida a los artículos que comprende, esto es, los artículos 204 a 225 TRLC, más específicamente, en lo que aquí nos interesa, a los artículos 221 a 224 TRLC, que integran la subsección tercera.

De este modo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 200 TRLC, la unidad productiva se define como el conjunto de bienes y derechos organizados para el desarrollo de una actividad económica esencial o accesoria.

La normativa impone la aplicación del régimen de la sucesión de empresa a las transmisiones que tengan lugar dentro del procedimiento concursal y que tengan por objeto una unidad productiva, es decir, un conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica, ya sea esencial o accesoria, tal como establecen los artículos 200 y 221.1 TRLC, que, expresamente, fijan que, en caso de enajenación de una unidad productiva, se entenderá que existe una sucesión de empresa tanto a efectos laborales como de Seguridad Social.

El TRLC regula, de forma unificada, las obligaciones de subrogación y la responsabilidad solidaria por créditos pendientes, en la forma admitida por el citado artículo 5.2.a) de la Directiva comunitaria.

La obligación de subrogación se recoge en el artículo 222 TRLC, que impone la subrogación de los contratos afectos a la continuidad de la actividad de la unidad productiva objeto de enajenación.

Por su parte, la responsabilidad por créditos pendientes se regula, íntegramente, dentro del artículo 224 TRLC, dejando atrás la remisión a preceptos supletorios que generaban cierta confusión.

La nueva regulación deja clara la opción legislativa. Es evidente ahora que el legislador ha hecho uso de la opción prevista en el artículo 5.2.a) de la Directiva de 2001. La norma expresa en contrario se encuentra en la propia legislación concursal, que impone la aplicación del régimen de la sucesión de empresa a las transmisiones que comprendan un conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesoria. Además, la normativa regula, de forma unificada, las obligaciones de subrogación y la responsabilidad solidaria por créditos pendientes, en la forma admitida por el citado artículo 5.2.a), esto es, limitando la responsabilidad mediante un sistema de protección de los trabajadores equivalente al dispensado por la Directiva 80/987/CEE.

2. Orden jurisdiccional competente

2.1. Jurisprudencia previa a la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley Concursal 1/2020

Antes de la promulgación del TRLC la cuestión relativa a la existencia de una sucesión empresarial era claramente una materia

propia de la jurisdicción social. Sobre esta materia fueron múltiples los pronunciamientos judiciales, primero de las Salas de suplicación y luego de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que determinó, de forma clara, el ámbito de competencia de la jurisdicción social³³.

Cuando la cuestión se planteaba de forma directa dentro del ámbito del expediente de regulación de empleo concursal, era el juez de lo mercantil el que debía resolverla como cuestión prejudicial social previa. La resolución que, al respecto, dictaba el referido órgano judicial era un pronunciamiento previo y necesario para poder determinar luego los efectos derivados de la posible sucesión empresarial, en concreto, para poder limitar la responsabilidad solidaria respecto a los créditos de los que debía responder el FOGASA.

Debíamos tener en cuenta que cuando se preparaba una operación de venta de una unidad productiva y, paralelamente, debía sustanciarse un ERE concursal, el juez mercantil tenía que fijar en su resolución los elementos fácticos que acompañasen a la referida operación de venta, dejando constancia de aspectos materiales, inmateriales y personales que eran objeto de transmisión, ya que, todo lo relativo a la existencia de una posible sucesión de empresa, podía suscitarse en el recurso de suplicación frente al auto, por lo que era necesario que la correspondiente Sala de lo social contase con un relato fáctico que le permitiese examinar si, efectivamente, nos encontrábamos ante un supuesto de sucesión empresarial. Desde mi punto de vista, era razonable considerar la necesidad de este pronunciamiento del juez mercantil, básicamente, porque suponía el punto de partida de la siguiente decisión que se debía adoptar, que no era otra que la posible limitación de la responsabilidad solidaria en los casos en los que se apreciase la existencia de sucesión empresarial.

La cuestión, como digo, podía llegar a luego la jurisdicción social por la vía del recurso de suplicación. La impugnación directa del mismo solo la podía ejercitar la administración concursal, el concursado, el FOGASA y los trabajadores a través de sus representantes legales. Por su parte, los trabajadores individuales tenían la vía del incidente concursal laboral, pero a través del mismo, únicamente, podían cuestionar aspectos de su relación laboral individual y no otras cuestiones relacionadas con la legalidad del auto, lo que excluía la posibilidad de que planteasen cuestiones relacionadas con la sucesión de empresa.

En segundo término, cuando se reclamaban responsabilidades derivadas de la declaración de nulidad o improcedencia del despido, como indemnizaciones o salarios adeudados, la competencia para conocer de la posible existencia de una sucesión de empresa también correspondía a la jurisdicción social, aunque la resolución se hubiera dictado por el juez del concurso.

Esta conclusión, lejos de generar problemas, creo que solucionaba diversas cuestiones relacionadas con los créditos de los trabajadores. Hay que tener en cuenta que cuando se entablaban estas demandas, generalmente, los créditos laborales ya estaban clasificados. Lo que se pretendía lograr era el cobro de los créditos por la vía de la responsabilidad solidaria de la empresa adquirente. Se trataba de cobrar, al margen del procedimiento concursal y sus normas de prelación de créditos, pero, con ello, no se ocasionaba ningún perjuicio régimen concursal, pues la satisfacción del crédito se exigía a una empresa distinta. La única consecuencia negativa, de cara al concurso, era el posible encarecimiento final de las operaciones de venta. También podía ocurrir que la incertidumbre respecto al concreto coste final que este tipo de operaciones, dificultase o redujese las mismas. Estas dificultades no eran fáci-

les de vencer, sobre todo porque el análisis de la existencia de una posible sucesión de empresas se efectuaba una vez se aprobaba la concreta operación y se fijaban las responsabilidades correspondientes. Pero, al menos desde la perspectiva laboral, no era posible obviar el efecto de justicia material que se producía, ya que la unidad productiva objeto de transmisión comprendía no solo activos materiales, sino también personales. Entre ellos se encontraba la plantilla, con todas las obligaciones inherentes a la misma, lo que, lógicamente, incluía salarios y demás créditos adeudados, que, tras la operación de compra, eran obligación de la nueva adquirente por imperativo del artículo 44 TRLET, en los casos en los que concurrían los requisitos determinantes de una sucesión empresarial.

Por último, era obligado concluir que lo que no cabía era interponer una demanda de despido que tratase de impugnar la decisión adoptada por el juez del concurso, ya que este tipo de acciones eran competencia del juez de lo mercantil y solo podían acceder a la jurisdicción social por la vía del recurso de suplicación.

La posición de la Sala Cuarta respecto a la competencia del orden social para conocer de la posible existencia de una sucesión empresarial se mantuvo de forma constante en múltiples Sentencias del Tribunal Supremo, entre las que destaca la [STS, Sala Cuarta, de 11 de enero de 2017](#)³⁴, que resuelve una demanda de ejecución de sentencia en la que se solicitaba la condena al pago de cantidades derivadas de obligaciones laborales y se pretendía la extensión de la condena a la adquirente de la unidad productiva, como sucesora del artículo 44 TRLET. La sentencia alude a que, con independencia de las circunstancias en que haya tenido lugar la extinción colectiva de los contratos de trabajo y la liquidación de los bienes de la empresa en concurso, la cuestión de si, posteriormente,

se ha producido o no una sucesión empresarial, es competencia de la jurisdicción social, ya que hay que tener en cuenta que la empresa que adquiere la unidad productiva no ha sido parte en el proceso concursal³⁵.

Con posterioridad, se han dictado una serie de pronunciamientos del Tribunal Supremo que han venido a consagrar la competencia de este orden jurisdiccional para conocer de estas cuestiones.

Destaca, en primer lugar, la [STS de 27 de febrero de 2018](#)³⁶, relativa a un despido individual objetivo de una empresa declarada en concurso. La demanda se entabla frente a las dos empresas, esto es, la concursada y la adquirente de la unidad productiva autorizada por el juez del concurso mediante auto que rechaza la existencia de sucesión empresarial. La sentencia considera que el orden social es el competente para conocer la demanda ya que la sucesora no está en el concurso y, por tanto, es un tercero ajeno a él, siendo así que el pronunciamiento del juez de lo mercantil respecto a la posible existencia de una sucesión de empresas es meramente prejudicial.

En idéntico sentido se pronuncia la [STS, Sala Cuarta, de 26 de abril de 2018](#)³⁷. En ella se discutía la responsabilidad empresarial sobre las consecuencias de la declaración de nulidad del despido de un trabajador, tras la adquisición de los bienes de la empresa concursada por un tercero ajeno al concurso. El despido colectivo había sido autorizado por el juez del concurso y declarado nulo por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia. El trabajador había pedido la ejecución de la sentencia ante el juez mercantil –su readmisión–, que la había despachado frente a la empresa concursada y las dos empresas que habían adquirido la unidad productiva, que son las que recurren. La sentencia de la Sala acordó dejar sin efecto la extensión de la responsabilidad a las adquirentes con el ar-

gumento de que, en estos casos, nos encontramos ante una mera adquisición de activos y no una sucesión de empresa. La Sentencia del Tribunal Supremo, sin embargo, declara la existencia de sucesión de empresas, argumentando que el artículo 148.4 LC no excluía que la adquisición de una unidad productiva en el seno del concurso supusiera una sucesión de empresa, sino que, por el contrario, la admitía de forma directa.

En el mismo sentido se pronuncian varias sentencias posteriores del Tribunal Supremo, todas ellas relativas a reclamaciones de cantidad o a las consecuencias legales de la declaración de improcedencia o nulidad del despido. Destaca la [STS, Sala Cuarta, de 5 de junio de 2018](#)³⁸, que aborda un supuesto de reclamación de cantidad por diferencias entre la indemnización de extinción de contrato y las cantidades abonadas por el FOGASA. La [Sentencia de 6 de junio de 2018](#)³⁹, que resuelve una cuestión relativa a una indemnización por despido colectivo. La [Sentencia de 12 de julio de 2018](#)⁴⁰, respecto a una reclamación de deudas por salarios e indemnizaciones por contratos extinguidos antes de la adjudicación. La [STS, Sala Cuarta, de 12 de septiembre de 2018](#)⁴¹, relativa a una reclamación de cantidad por las indemnizaciones de los trabajadores cuyos contratos se habían extinguido por el juez del concurso con carácter previo a la adjudicación de la unidad productiva. La [STS, Sala Cuarta, de 3 de octubre de 2018](#)⁴², sobre las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad del despido por contratos extinguidos antes de la adjudicación de empresa en el proceso concursal. La [STS, Sala Cuarta, de 3 de octubre de 2018](#)⁴³, respecto a salarios adeudados a trabajadores con contrato extinguido antes de la adjudicación y la [STS, Sala Cuarta, de 17 de octubre de 2018](#)⁴⁴, que analiza una reclamación de las consecuencias de la declaración de nulidad del despido.

En fechas más recientes la [STS de 11 de octubre de 2023 \(rec. 4966/2022\)](#)⁴⁵ analiza un supuesto en el que el despido se produjo bajo la vigencia de la LC y, por tanto, antes de la entrada en vigor del TRLC. Nuevamente, la sentencia declara la competencia del orden social para la impugnación de una extinción basada en la existencia de una sucesión de empresa, en la que está implicada una empresa que es ajena al procedimiento concursal, que se limita a comprar un activo de la masa, esto es, una unidad productiva.

Sobre esta cuestión se pronuncia además la [STS de 10 de febrero de 2021 \(rec. 3740/2018\)](#)⁴⁶, que admite que la impugnación de la extinción individual de un trabajador incluido en un expediente de regulación de empleo concursal debe sustanciarse ante del juzgado de lo mercantil, de acuerdo con los trámites de la normativa concursal, negando la competencia del juez social, incluso cuando se demande solidariamente a otros sujetos junto con la entidad empleadora (grupo patológico). Esta sentencia declara la falta de competencia del orden social y también la falta de contradicción entre la sentencia recurrida [[STSJ del País Vasco de 5 de junio de 2018 \(rec. 1048/2018\)](#)]⁴⁷ y la de contraste, dado que en la primera se declara la competencia del juez concursal en un supuesto de impugnación del despido individual procedente de un despido colectivo autorizado por el juez mercantil en la que se alegaba la existencia de un grupo patológico entre la concursada y las demás empresas demandadas. Se trata de una competencia claramente del orden civil, tal como se reconoce, entre otras, en la [STS de 16 de marzo de 2022 \(rec. 3376/2020\)](#)⁴⁸, con la salvedad de que se reclamasen únicamente salarios o indemnizaciones y no se impugnase el despido colectivo, tal como recoge la [STS de 25 de septiembre de 2019 \(rec. 1658/2017\)](#)⁴⁹. En la Sentencia de contraste [[STSJ de Asturias de 2 de noviembre de 2016 \(rec. 2164/2016\)](#)]⁵⁰, sin embargo, la competencia

correspondía al juzgado de lo Social, pues se trataba de una impugnación individual de un despido procedente de un expediente de regulación de empleo autorizado por el juez mercantil en la que se alegaba la existencia de sucesión de empresa. Siendo ambas sentencias conformes a la doctrina unificada, la Sala desestima el recurso y confirma la sentencia recurrida.

Todas estas sentencias añaden que, a la hora de abordar la cuestión del orden jurisdiccional al que compete resolver, hay que tener en cuenta la implicación de una tercera empresa, que es la adquirente de la unidad productiva, que no ha sido parte en el proceso concursal, ni como deudor ni como acreedor, ya que su actuación se ha limitado a la adquisición de una unidad productiva.

2.2. Cambios normativos tras la promulgación del Texto Refundido de la Ley Concursal 1/2020

El TRLC, ha introducido dos cambios de singular relevancia en la materia.

En primer lugar, el artículo 221.2 TRLC atribuye al juez del concurso la competencia exclusiva para resolver sobre la posible existencia de una sucesión de empresa. La literalidad del precepto no excluye ningún supuesto, por lo que, en principio, parece que se trata de una norma que viene a centralizar esta cuestión en el orden civil, atribuyendo la competencia de forma exclusiva y excluyente, al juez del concurso.

La opción legal, sin embargo, chocaba frontalmente con los criterios jurisprudenciales de distribución de competencia de la Sala Cuarta, introduciendo un elemento que no estaba recogido en los textos legales vigentes de cuya refundición se ocupaba y que había dado lugar a un amplio debate jurisprudencial. Esto suscitó serias dudas en diversos secto-

res doctrinales y también en la jurisprudencia [por todas, [STS de 29 de noviembre de 2023 \(rec. 3269/2022\)](#)]⁵¹, que se planteó si el instrumento legal elegido, esto es, un Real Decreto Legislativo, era adecuado para ello. Así, como se razona en la STS de 29 de noviembre de 2023, la introducción de una norma que atribuye la competencia exclusiva al juez del concurso para conocer de una materia que es propia del orden social por naturaleza, excede de los términos en los que ha sido configurada la delegación al Gobierno para la elaboración del texto refundido, incurriendo en un posible *ultra vires*⁵². En el mismo sentido se pronuncia la [STSJ de Cataluña de 21 de septiembre de 2023 \(rec. 2011/2023\)](#)⁵³, que considera que el artículo 221.2 TRLC incurre en *ultra vires*, pues contradice la interpretación jurisprudencial de la normativa.

Personalmente, considero que el artículo 221.2 TRLC no era una norma que simplemente aclaraba la cuestión, ni tampoco como un precepto que integraba una laguna legal, que había dado lugar a posiciones encontradas en el orden civil y en el social. Por el contrario, el TRLC introdujo una norma que no existía antes el sistema y que contradecía una doctrina legal consolidada en el orden jurisdiccional social, pues ninguno de los artículos que refundía (arts. 146 bis y 149 LC) hacía mención a la competencia del juez del concurso y tampoco podía entenderse incluida en el concreto ámbito de competencia excepcional del juez del concurso que establecían los artículos 86 ter LOPJ y 8, 52 y 53 LC, por lo que no era sostenible que la regla del artículo 221.2 TRLC derivase de las referidas reglas legales de distribución de competencia. Es decir, la atribución de competencia al juez del concurso exigía el uso de un instrumento legislativo adecuado y no la vía el Real Decreto Legislativo.

Recordemos que el artículo 82.5 CE dispone que “La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que

se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos”.

Cuando las Cortes Generales autorizan al Gobierno a refundir varios textos legales, este está sujeto al contenido de las normas legales en vigor de cuya refundición se trata y no puede crear normas con rango de ley ni derogar otras ya existentes. Lo único que puede realizar es la unificación de la normativa que se encuentre dispersa. En el ejercicio de esta función pueden producirse alteraciones del conjunto normativo, ya que la refundición comporta la necesidad de sistematizar los textos y, por tanto, efectuar aclaraciones e interpretaciones normativas, es decir, se admite que, dentro de la refundición de textos legales, quepa la denominada innovación legislativa implícita, que es necesaria para dotar de sentido a la delegación legislativa. Pero lo que no es posible es la innovación expresa, ya que la creación de normas con rango de ley solo es admisible a partir de una ley de bases⁵⁴.

Como se indica en la propia introducción del TRLC, la regularización, aclaración y armonización de textos legales permiten alterar tanto la sistemática de la ley como la literalidad de las normas, a fin de eliminar las dudas interpretativas existentes. Es cierto que es posible efectuar ajustes en un texto legal para mantener la unidad, convertir en norma expresa principios implícitos, colmar lagunas o rectificar incongruencias. De este modo, es posible introducir un “contenido innovador”, cuando el mismo sea necesario para dotar de sentido a la delegación legislativa, pues como indica la [STC 166/2007, de 4 de julio](#), esta función habilita al Gobierno “para llevar a cabo una depuración técnica de los textos legales a refundir, aclarando y armonizando preceptos y eliminando discordancias y antinomias detectadas en la regulación prece-

dente, para lograr así que el texto refundido resulte coherente y sistemático”.

Ahora bien, aunque el mandato es muy amplio, no es ilimitado. Su limitación se encuentra en la imposibilidad de alterar el sistema legal vigente. Pues bien, la normativa concursal nunca había regulado la competencia para resolver las cuestiones relativas a la sucesión de empresa en el concurso, lo que dio lugar, como hemos dicho, a una doctrina jurisprudencial ya consolidada. De este modo, introducir una norma de atribución competencial, que rectifica el sistema vigente, a través de un Real Decreto Legislativo que aprueba un texto refundido, creo que puede incurrir en *ultra vires*, ya que supone una innovación expresa, que excede del ámbito de la delegación, que además afecta, como luego expondré, a la distribución de competencias contenida tanto en la LOPJ como en la LRJS.

Actualmente, esta cuestión se encuentra superada, pues las iniciales dudas surgidas a razón de la promulgación y entrada en vigor del TRLC se han ido aclarando como consecuencia de la reforma operada en la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, LO 6/1985, por la LO 7/2022, de 27 de julio, que modificó el artículo 86 ter LOPJ de 27 de julio y de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, que dio una nueva redacción al artículo 52.1.4 TRLC.

El artículo 86 ter LOPJ incluye como competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso “la declaración de existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas y la determinación de los límites de tal declaración conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de Seguridad Social”.

Por su parte, el artículo 52.1.4 TRLC, igualmente, atribuye al juez concursal la com-

petencia para declarar “la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas, así como la determinación en esos casos de los elementos que las integran”.

Por tanto, el cambio normativo operado ha dejado atrás las iniciales dudas suscitadas por la redacción del TRLC, al no ir acompañado por la modificación de los artículos 52 y 53 TRLC, que son los que delimitan las competencias del juez del concurso.

Sobre esta modificación legal se han pronunciado las [SSTSJ de Cantabria de 4 de marzo de 2024 \(rec. 3/2024\)](#)⁵⁵, [15 de marzo de 2024 \(rec. 107/2024\)](#)⁵⁶, [5 de abril de 2024 \(rec. 109/2024\)](#)⁵⁷ y [15 de abril de 2024 \(rec. 925/2023\)](#)⁵⁸. En todas ellas se discutía la competencia para el conocimiento sobre las acciones de despido ejercitadas por los trabajadores antes de la declaración de concurso de acreedores de la empleadora y mucho antes también de la venta de la unidad productiva. Previo análisis de la normativa vigente al tiempo del cese, esto es, el TRLC, modificado por el artículo único de la Ley 16/2022 de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal (en vigor desde el 26/09/2022) y la Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, la Sala consideró que la competencia para conocer de la validez de dicho cese –no acordado en el seno del concurso–, corresponde al orden jurisdiccional social, argumentando que “el legislador únicamente prevé la competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso para declarar la existencia de sucesión de empresa, no para conocer del despido y sus consecuencias, así como de la reclamación de cantidades devengadas antes de la extinción”. Por ello, concluye que “el juez de lo social es competente para conocer de un despido individual que se ha consumado antes de la declaración del concurso, decisión que también fue impugnada ante la jurisdic-

ción social previamente a la declaración de concurso, así como de la reclamación de las cantidades devengadas antes de la extinción, pues no olvidemos que la empresa en el momento de la interposición de la demanda no estaba declarada en concurso”.

Ahora bien, respecto a la posible existencia de una sucesión empresarial que ha tenido lugar dentro del concurso, esto es, una vez declarado este y tras la correspondiente autorización judicial de venta de la unidad productiva, dado el contenido que actualmente tienen los artículos 52, 221 y 224 TRLC y el artículo 86 ter LOPJ, aplicables al caso, la competencia es del juez mercantil. Esta conclusión se alcanza tras el análisis de la [STS de 11 de octubre de 2023 \(rec. 4966/2022\)](#), en cuyo fundamento de derecho segundo *in fine*, se razona que la competencia para conocer de esta materia estaba antes de la reforma de la Ley Concursal “excluida de la competencia del juez del concurso lo viene a ratificar la posterior regulación que se introdujo y que se ha plasmado en la Ley Orgánica del Poder Judicial, al incluir dentro de las materia exclusivas y excluyentes del juez del concurso la declaración de la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales (art. 86 ter)”.

Por tanto, si bien con anterioridad a la entrada en vigor del TRLC, la jurisprudencia de la Sala Cuarta venía sosteniendo la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de demandas de despido en las que se alegaba la posible existencia de sucesión empresarial como consecuencia de la autorización de venta de una unidad productiva en el seno del concurso de acreedores, al diferenciar ya nítidamente la citada [STS de 11 de octubre de 2023 \(rec. 4966/2022\)](#), las dos regulaciones, parece estar validando el cambio legal y la nueva atribución competencial en favor del juez del concurso para la materia relativa a la sucesión de empresa.

En definitiva, parece evidente ahora que la normativa concursal trata de centralizar la competencia relativa a la sucesión de empresa en el juez concursal, pensando en la delimitación del perímetro que comprende la sucesión, tratando así de evitar la aplicación de los criterios jurisprudenciales sociales, que extendieron los efectos económicos de la misma más allá del concreto ámbito de la unidad productiva objeto de venta, incluyendo, por ejemplo, la responsabilidad por deudas salariales o indemnizatorias derivadas de contratos ya extinguidos al tiempo de la transmisión.

III. DERECHOS Y OBLIGACIONES DERIVADOS DE LA SUCESIÓN

1. Deber de subrogación

La obligación de subrogación, en el ámbito concursal, opera en los mismos términos que en el régimen ordinario. Por tanto, la sucesión impone al adquirente la obligación de subrogarse en la posición jurídica del empresario saliente. Este deber de subrogación solo opera respecto de los contratos laborales que estén vivos al tiempo en que esta se produzca. Solo en este caso es posible que se produzca la novación subjetiva, ya que esta no opera respecto de las relaciones laborales que se hubieran extinguido por la concurrencia de causas legalmente previstas.

El nuevo TRLC acoge de forma decidida esta regulación en el artículo 222 TRLC, al establecer que en caso de transmisión de una o varias unidades productivas, el adquirente quedará subrogado en los “contratos afectos a la continuidad de la actividad”.

La redacción del precepto, sin ser del todo clara, permite entender excluidos los con-

tratos que se hayan extinguido válidamente antes de la transmisión. Ahora bien, dentro de los contratos que sigan vigentes, el deber de subrogación se extenderá a los que sean necesarios para que la unidad productiva continúe funcionando en el mercado y no solo los absolutamente indispensables para que esto se produzca. A mi juicio, una interpretación excesivamente estricta de los términos legales llevaría aparejados efectos claramente adversos de cara al mantenimiento de las relaciones laborales, que es una de las garantías básicas del instituto de la sucesión y, sobre todo, no se sustenta en el tenor literal de la norma, que no acota, de forma estricta, el concepto.

En cualquier caso, el carácter necesario de los contratos para la continuidad de la actividad será una cuestión sujeta a un cierto margen interpretativo y que puede dar lugar a controversias. Lo mismo puede ocurrir, por ejemplo, con contratos cuya prestación se desarrolla en varias unidades productivas, pero es prevalente en la que va a ser objeto de transmisión. Entiendo que estos supuestos deben entenderse incluidos dentro de la obligación de subrogación, siempre que la prestación de servicios en la unidad que va a ser transmitida, sea necesaria para su continuidad en el mercado.

Además, hay que tener en cuenta que la sucesión solo opera en el ámbito concreto comprendido en la operación jurídica. Es decir, solo beneficia a aquellos trabajadores que formen parte de la unidad transmitida, salvo los que presten servicios de forma prevalente en ella⁵⁹. Tanto antes de la aprobación del TRLC como ahora, es posible considerar incluidos los contratos de los trabajadores que presten servicios de forma prevalente en la unidad productiva objeto de enajenación. Lo único que la normativa exige es que sean contratos "afectos" a dicha continuidad. Se trata de un término que solo permite excluir los contratos que no se encuentren vivos al

tiempo de la transmisión, pero no otros que, aunque formalmente no estén adscritos a la referida unidad, sin embargo, estén ligados a ella en el referido modo.

2. Responsabilidad solidaria

En lo que respecta a la obligación solidaria derivada de la sucesión, también hay que diferenciar la regulación legal previa de la LC y el régimen legal fijado en el TRLC.

El carácter de ley especial de la LC, respecto de las previsiones generales, ha sido declarado reiteradamente por la doctrina de las Audiencias Provinciales⁶⁰. Según esta concepción, los efectos de la sucesión quedarían limitados al personal subrogado, como recoge el auto de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, de 26 de marzo de 2015⁶¹, aunque, como veremos, esta es una cuestión que no está exenta de polémica.

Hay que tener en cuenta que el apartado primero del artículo 224 TRLC, al igual que antes hacía el apartado cuarto del artículo 146 bis LC, establece que la transmisión de una unidad productiva no impone la obligación de hacer frente a los créditos no satisfechos por el concursado, que sean anteriores a la transmisión. Ahora bien, el precepto establece tres excepciones.

En primer lugar, la responsabilidad por créditos pendientes se impondrá en los casos en los que el adquirente asuma dicha obligación de forma expresa (art. 224.1ª TRLC).

En segundo término, se excepcionan los supuestos en los que "así lo establezca una disposición legal" (art. 224.2ª TRLC).

Finalmente, la norma se refiere a los casos en los que se produzca una "sucesión respecto de los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de

esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente". En tales casos, el juez del concurso podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago que sean anteriores a la enajenación que sea asumida por el FOGASA (art. 224.3ª TRLC).

El artículo 224 TRLC sintetiza el contenido de los artículos 146 bis.4 LC y 149.4 LC. De este modo, se unifica el régimen de responsabilidad en casos de sucesión empresarial dentro del concurso.

La responsabilidad respecto a los créditos pendientes de pago tiene un régimen unificado en todas las fases del concurso. No obstante, cabe, igual que antes, que en el convenio se asuma expresamente la responsabilidad por créditos pendientes. Dicha asunción puede referirse a los créditos de los trabajadores subrogados, pero también puede comprender los créditos relativos a trabajadores no subrogados, como consecuencia de la previa extinción de sus contratos de trabajo. La norma no fija ningún límite al respecto, como tampoco hacía antes el artículo 146.bis.4 LC. Por tanto, en tales casos, la única especialidad concursal que deriva de la existencia de sucesión sería la limitación de la responsabilidad en los términos del apartado tercero del artículo 224 TRLC. Esto es, el adquirente puede ser exonerado de la parte cubierta por el FOGASA, pero las restantes responsabilidades se transmiten del mismo modo que en los supuestos ordinarios de sucesión fuera del concurso.

De este modo, en casos de asunción expresa por el adquirente, la garantía alcanza las obligaciones derivadas de todos contratos laborales, que hayan nacido antes de la adquisición y que no hayan sido satisfechas, incluso las derivadas de los contratos ya extinguidos. El razonamiento es simple. En nuestro ordenamiento jurídico existe la disposi-

ción en contrario a la que alude el artículo 5.1 de la Directiva 2001/23, que es el artículo 57 TRLET, que remite a las especialidades de la legislación concursal. Pues bien, estas especialidades se regulan en el capítulo segundo del título cuarto del libro primero del TRLC y entre ellas, se encuentra el régimen especial de responsabilidad por créditos pendientes de pago, que regula el artículo 224 TRLC, que admite la total asunción de responsabilidad, con la única limitación de la parte cubierta por el FOGASA, en casos de créditos laborales.

Fuera de esta especialidad, ha de regir el régimen general de la sucesión de empresa y, con ello, la obligación de hacer frente no solo a la responsabilidad solidaria por deudas no satisfechas y previas a la transmisión, relativas a los contratos vigentes, sino además las derivadas de contratos ya extinguidos, en consonancia con la doctrina unificada sobre la materia⁶².

Antes de la aprobación del TRLC, esta posibilidad de extender la responsabilidad de la nueva adquirente a los créditos pendientes de pago, correspondientes a contratos ya extinguidos, no solo era predicable de los supuestos en los que existía una asunción expresa, sino también a los restantes casos.

Recordemos que el artículo 146.bis.4 LC, excepcionaba tanto los supuestos de asunción expresa del crédito como los casos en los que "existiese disposición legal en contrario", añadiendo luego, "y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.4". A mi juicio, la redacción del referido párrafo cuarto permitía considerar que la norma se estaba refiriendo al entonces vigente artículo 44 ET, al hablar de disposición legal en contrario.

Con carácter previo a la aprobación del TRLC, la LC no se refería al fenómeno sucesorio más que de forma sesgada en cada una de las fases del concurso, admitiendo la posibili-

dad de limitar la responsabilidad por créditos pendientes de pago en la parte no cubierta por el FOGASA, pero lo hacía en la norma que se ocupaba de las reglas supletorias de la liquidación. Por ello, al aludir el artículo 146. bis.4 LC a la disposición legal en contrario, era claro que, en aquel entonces, la norma admitía la aplicación del régimen general de la sucesión de empresa a las transmisiones de unidades productivas. La única especialidad con la que contaba el régimen legal concursal, era la posibilidad de limitación del importe de la deuda, pero la obligación de hacer frente a las deudas no satisfechas y previas a la transmisión no solo comprendía las relativas a contratos vigentes, sino también las derivadas de contratos ya extinguidos.

En la jurisdicción social fueron varios los pronunciamientos judiciales que propugnaron esta conclusión. A título de ejemplo, en el ámbito de los Tribunales Superiores de Justicia, destacan las [Sentencias del TSJ de Cataluña, Sala Social, de 18 de octubre de 2017](#)⁶³ y de [Galicia, de 16 de junio de 2017](#)⁶⁴, que, siguiendo la doctrina unificada⁶⁵, sostuvieron que el legislador español había ido más allá del europeo y había establecido que cuando se produce una sucesión de empresa, la obligación solidaria de la adquirente comprendía tanto las obligaciones derivadas de los contratos laborales vigentes al tiempo de la transmisión, como las que tuvieran su causa en contratos que ya se hubieran extinguido. De este modo, el ámbito de la referida obligación solidaria no se ceñía a los contratos laborales de los trabajadores cedidos, sino que se extendía más allá de la concreta unidad que hubiera sido transmitida, comprendiendo las obligaciones derivadas de las relaciones laborales ya extinguidas.

También en el ámbito mercantil se dictaron resoluciones judiciales que sostuvieron esta misma interpretación y entendieron que el ámbito de responsabilidad del adquirente no se ceñía a los contratos vigentes al tiempo

de la transmisión, sino que comprendía las obligaciones pendientes derivadas de los extinguidos con anterioridad⁶⁶.

Por el contrario, en otros casos, la práctica mercantil optó por la denominada "teoría del perímetro", con la finalidad de facilitar las transmisiones de unidades productivas. De este modo, como antes expuse, se fijaba, de forma clara, en el auto de adjudicación o en el ulterior convenio, el concreto perímetro de la unidad productiva al que se referían las obligaciones laborales y de Seguridad Social, con el objeto de intentar lograr la continuidad de la actividad y la conservación de los puestos de trabajo⁶⁷. No obstante, lo cierto es que hasta febrero de 2018, no era una cuestión pacífica, pues, de hecho, otras resoluciones sostenían el criterio contrario y consideraban que la responsabilidad del adquirente solo comprendía las obligaciones derivadas de los contratos que hubieran sido objeto de subrogación⁶⁸.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo vino interpretando que el contenido del artículo 44 ET es imperativo y que el interés del concurso no puede prevalecer sobre él. En este sentido se pronuncia la [Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 27 de febrero de 2018](#)⁶⁹, que examina la posible responsabilidad solidaria derivada de la declaración de improcedencia del despido objetivo producido casi un año antes de la adjudicación de la unidad productiva a una tercera empresa y considera aplicable la doctrina tradicional relativa a los supuestos de sucesión empresarial en el seno del concurso de acreedores, declarando la responsabilidad solidaria de la nueva adquirente⁷⁰.

Esta doctrina dio lugar a un amplio cuerpo doctrinal sobre la materia, en el que destaca el pronunciamiento de la [STS, Sala Cuarta, de 11 de diciembre de 2020 \(rec. 2570/2018\)](#)⁷¹, que recoge la doctrina de las previas sentencias de la Sala⁷². En las mismas se aplica la

cláusula antifraude establecida en el entonces vigente artículo 44.3 ET, que, mejorando la normativa comunitaria, ha mantenido dicha responsabilidad solidaria respecto de las deudas laborales pendientes de abonar, incluso respecto a relaciones laborales ya extinguidas al tiempo de la sucesión.

En el mismo sentido, destaca la [STS de 25 de noviembre de 2020 \(rec. 2570/2018\)](#)⁷³, que razona que, aunque el auto que el juez concursal dicta en relación a la adquisición de una unidad productiva de una empresa en situación de concurso, negando la existencia de sucesión, haya adquirido firmeza, no obsta a que los trabajadores no personados en el proceso concursal puedan reclamar a la adquirente la responsabilidad solidaria respecto a las obligaciones laborales anteriores a la cesión. Esto es, la empresa que adquiere la unidad productiva de una concursada responde de las obligaciones laborales de la transmitente, que estén pendientes de cumplimiento, relativas a trabajadores con contratos extinguidos antes de la adjudicación, pues la normativa concursal (en aquel caso, el artículo vigente era el 148.4 LC), no excluye la sucesión de empresa.

Del mismo modo se pronuncia, entre otras, la [STS de 13 de diciembre de 2023 \(rec. 777/2021\)](#)⁷⁴, razonando que la LC no contiene excepción alguna al artículo 44 ET, por lo que, si bien el artículo 5 de la Directiva 2001/23 permite limitar los efectos de la sucesión, la norma española, únicamente, ha establecido la limitación relativa a las deudas del FOGASA, de modo que si una empresa adquiere una unidad productiva de otra en situación de concurso de acreedores, responde de las obligaciones laborales pendientes, incluso las relativas a contratos laborales ya extinguidos al tiempo de la adquisición.

Coincido plenamente con los argumentos de las citadas sentencias y entiendo que antes

de la aprobación del TRLC, la única especialidad concursal, en los supuestos de sucesión de empresa, era la posibilidad de limitar la responsabilidad de la nueva adquirente en los exclusivos términos del anterior artículo 149.4 LC. Esto es, el adquirente podía ser exonerado del abono de las obligaciones laborales, en la parte cubierta por el FOGASA, pero las restantes responsabilidades se transmitían del mismo modo que en los supuestos ordinarios de sucesión fuera del concurso. Por tanto, la garantía del referido artículo 44.3 TRLET alcanzaba a las obligaciones derivadas de todos contratos laborales, nacidas antes de la adquisición y que no hubieran sido satisfechas, incluso las de contratos ya extinguidos, que estuvieran ligados a la unidad productiva objeto de enajenación.

Parece que el legislador concursal ha querido fijar, de forma expresa, que la responsabilidad está ligada, exclusivamente, a la plantilla de la unidad productiva que es asumida como consecuencia de la transmisión, dejando fuera, por tanto, los créditos impagados de trabajadores que hayan visto extinguidos sus contratos de trabajo, ya sea como consecuencia del expediente de regulación de empleo del artículo 220.2 TRLC, o por despidos individuales. Con ello, la norma se alinea con la doctrina del perímetro, admitiendo así que los criterios de exoneración de la responsabilidad del adquirente se extiendan más allá de los créditos cubiertos por el FOGASA, que es lo que, inicialmente, se admitía.

Seguramente, también la norma trate de conjurar las dificultades prácticas que se venían produciendo como consecuencia de la aplicación de la responsabilidad solidaria a la totalidad de los créditos laborales y de Seguridad Social. La práctica mercantil, de hecho, había venido alertando de la existencia de dificultades respecto a este tipo de operaciones de venta, precisamente, por la incertidumbre generada por la posible necesidad

de asumir las cargas laborales y de Seguridad Social derivadas de contratos ya extinguidos⁷⁵. Esta finalidad resulta loable, sobre todo en el momento en el que se dicta, esto es, en plena crisis económica derivada de la pandemia sanitaria producida por la COVID-19. Ahora bien, desde mi punto de vista, la norma modifica el sistema legal vigente, introduciendo un elemento, que creo, que excede del ámbito de la delegación normativa. En este sentido, hay que tener en cuenta que, si el régimen anterior a la publicación del nuevo TRLC remitía a la regulación de la norma imperativa del artículo 44 TRLET, ya que excepcionaba los supuestos en los que existiese disposición legal en contrario, una modificación del referido sistema legal no podía articularse a través de un Real Decreto Legislativo que aprueba un Texto Refundido, ya que no se trata de colmar una mera laguna legal o aclarar un concepto oscuro. La nueva regulación cambia completamente las previsiones concursales en materia de sucesión de empresa, introduciendo un régimen especial propio, que la anterior normativa no preveía.

IV. BIBLIOGRAFÍA

BASTIDA F.J. y REQUEJO J.L., *Cuestionario comentado de derecho Constitucional. El sistema de fuentes y la jurisdicción constitucional*, 1ª ed., Ariel, S.A., Barcelona, 1991, ISBN 84-344-1568-2.

BLASCO JOVER. C. (2021), Tratamiento jurídico de la venta de unidad productiva y del personal de alta dirección en la nueva ley concursal". *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11 (2), pp. 422-453. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.6047>.

CRUZ VILLALÓN, J., HERNÁNDEZ BEJARANO, M., RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P. y SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., "Empresario", *Justicia Laboral*, núm. 53, Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 11, ISSN 1576-169X.

ETXARANDIO HERRERA, E., "Grupos de empresas y sucesión empresarial en el concurso de acreedores", en ORELLANA CANO, N. (Dir.), *El concurso laboral*, La Ley, Madrid, 2012, ISBN 978-84-9020-099-5.

FACHAL NOGUER, N., "El Texto Refundido de la Ley Concursal: una selección de sus principales novedades", *Aranzadi Digital*, núm. 1, parte Avance informativo, 2020, BIB 2020\11584, apartado IV.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y BARROS GARCÍA, M., "Aspectos laborales de la nueva Ley Concursal", *Justicia Laboral*, núm. 15, 2003, ISSN 1576-169X.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (Coord.), *La reforma laboral de 2001 y el acuerdo de negociación colectiva para el año 2002. La Ley 2001 y el ANC-2002*, Lex Nova, Valladolid, 2002, ISBN13:9788484063629, 2002.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J.R., "Transmisión de empresas y sucesión de plantillas: el caso de las contrataciones globales en la jurisprudencia en la reciente doctrina del Tribunal Supremo", *Revista de Información Laboral*, núm. 11, parte Art. Doctrinal, 2014, BIB 2014/4496.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J., "La transmisión de empresas en la Ley 12/2001. Una primera aproximación al nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores", en A.A.V.V. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (Coord.), *La reforma laboral de 2001 y el acuerdo de negociación colectiva para el año 2002. La Ley 2001 y el ANC-2002*, Lex Nova, Valladolid, 2002, ISBN13:9788484063629, 2002.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a. M., *Las administraciones públicas en el concurso*, Aranzadi, Pamplona, 2016, ISBN 978-84-9098-758-2, ISBN 978-84-9098-760-5 (Contracubierta).

MONTOYA MELGAR, A., *Derecho Laboral Concursal*. Civitas, Navarra, 2013, ISBN 978-84-470-4197-8.

ORELLANA CANO, N., "La liquidación y las administraciones Públicas. La sucesión de empresa", en HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a. M., *Las administraciones públicas en el concurso*, Aranzadi, Pamplona, 2016, ISBN 978-84-9098-758-2, ISBN 978-84-9098-760-5 (Contracubierta).

ORELLANA CANO, N. (Dir.), *El concurso laboral*, La Ley, Madrid, 2012, ISBN 978-84-9020-099-5.

PULGAR EZQUERRA, J., "Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas", *Diario La Ley*, núm. 8391, 2014, ISSN 1989-6913, ap. 2.B).

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., "Transmisión concursal de unidad productiva: continuidad, existencia de trabajadores y perímetro de la sucesión", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2016, BIB 2016\3051.

TUSET DEL PINO, P., "Los efectos derivados de la sucesión de empresa en las adjudicaciones acordadas por el juez mercantil dentro del concurso", *Revista de información laboral*, núm. 12, 2015, parte Art. Doctrinal, BIB 2015\18181.

[1] Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

[2] En este sentido, destacan las SSTJCE de 18 de marzo de 1986 (C-24/85, asunto J.M.A. Spijkers) [TJCE 1986\65], de 19 de mayo de 1992 (C-29/1991, asunto Redmond Stichtin) [TJCE 1992\99] y de 11 de marzo de 1997 (C-13/95, asunto Ayse Süzen) [JCE 1997\45], entre otras.

[3] Directiva 2001/23/CE, del Consejo, de 12 de marzo sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

[4] TJCE 1986\65].

[5] JCE 1997\45].

[6] TJCE 1995\154].

[7] SSTJCE de 11 de marzo de 1997 (C-13/95, asunto Ayse Süzen) [JCE 1997\45], de 20 de noviembre de 2003 (C-340/01, asunto Carlito Abler y otros) [TJCE 2003\386] y de 15 de diciembre de 2005 (C-232/04 y 233/04, asunto Nurten Güney-Görres y Gul Demir contra Securicor Aviation (Germany) LtdKötter Aviation Security G) [TJCE 2005\406].

[8] En este sentido se pronuncian las SSTs, Sala Cuarta, de 27 de octubre de 1994 (Rec. 3724/1993), de 20 de octubre de 2004 (Rec. 4424/2003), de 29 de mayo de 2008 (Rec. 3617/2006), de 28 de abril de 2009 (Rec. 4614/2007) y de 14 de febrero de 2011 (Rec. 130/2010), entre otras.

[9] [TJCE 2014\60].

[10] STJCE de 19 de septiembre de 1995 (asunto Ole Rygaard) [TJCE 1995\154].

[11] [TJCE 1992\99].

[12] [TJCE 2011\4].

[13] [R] 2012\8521].

[14] [R] 2012\10287].

[15] STJCE de 13 de septiembre de 2007 (C-458/05, asunto Mohamed Jouiniotros contra Princess Perso-

nal Service GmbH.) [TJCE 2007\233] y de 20 de enero de 2011 (C-463/09, asunto Clece S.A.) [TJCE 2011\4], entre otras.

[16] STJCE de 14 de abril de 1994 (C-392/92) [TJCE 1994\54].

[17] STJCE de 11 de marzo de 1997 (C-13/45, asunto Ayse Süzen) [JCE 1997\45].

[18] STJUE de 27 de febrero de 2020 (C-298/18).

[19] SSTS, Sala Cuarta, de 4 de abril de 2005 (Rec. 2423/2003), de 29 de mayo de 2008 (Rec. 3617/2006), de 28 de abril de 2009 (Rec. 4614/2007), de 23 de octubre de 2009 (Rec. 2684/2008), de 7 de diciembre de 2009 (Rec. 2686/2008), de 7 de diciembre de 2011 (Rec. 4665/2010), de 20 de noviembre de 2012 (Rec. 3900/2011) y de 19 de septiembre de 2012 (Rec. 3056/2011), entre otras.

Por todas, SSTJUE de 29 de julio de 2010 (C-151/09, asunto Federación de Servicios Públicos de la UGT (UGT-FSP) contra Ayuntamiento de la Línea de la Concepción) [TJCE 2010/241] y de 10 de diciembre de 1998 (C-173/96 y C-247/96, asuntos Sanchez Hidalgo y Hernández Vidal) [TJCE 1998\309 y 1998\308]. Con mayor amplitud, vid. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J.R., "Transmisión de empresas y sucesión de plantillas: el caso de las contrata globales en la jurisprudencia en la reciente doctrina del Tribunal Supremo", op. cit..

[20] ORELLANA CANO, N., "La liquidación y las administraciones Públicas. La sucesión de empresa", en HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a. M., *Las administraciones públicas en el concurso*, Aranzadi, Pamplona, 2016, ISBN 978-84-9098-758-2, ISBN 978-84-9098-760-5 (Contracubierta); p. 413.

[21] El Artículo 51 ET ha sido redactado por el número tres del artículo 18 del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral («B.O.E.» 11 febrero; corrección de errores «B.O.E.» 18 febrero). Vigencia: 12 febrero 2012.

[22] Antes del 12 de febrero de 2012, la redacción del art. 51.11 ET era la siguiente: "En el supuesto de venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de la misma únicamente será aplicable lo dispuesto en el artículo 44 de esta Ley cuando lo vendido comprenda los elementos necesarios y por si mismos suficientes para continuar la actividad empresarial. No obstante, si la concurrencia del supuesto anterior, el nuevo empresario decide no continuar o suspende la actividad

del anterior, deberá fundamentarlo en expediente de regulación de empleo incoado al efecto".

[23] LC 22/2003, de 9 de julio. Entrada en vigor el 1 de septiembre de 2004 (DF 35^a de la LC).

[24] Vid. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J., "La transmisión de empresas en la Ley 12/2001. Una primera aproximación al nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores", en A.A.V.V. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (Coord.), *La reforma laboral de 2001 y el acuerdo de negociación colectiva para el año 2002. La Ley 2001 y el ANC-2002*, Lex Nova, Valladolid, 2002, ISBN13:9788484063629, 2002, p.

[25] Vid. CRUZ VILLALÓN, J., HERNÁNDEZ BEJARANO, M., RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P. y SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., "Empresario", *Justicia Laboral*, núm. 53, Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 11, ISSN 1576-169X.

[26] Precepto añadido por el apartado segundo de la DF 14^a de la L 22/2003, de 9 de julio.

[27] Vid. MONTOYA MELGAR, A., *Derecho Laboral Concursal*, op. cit., p. 86.

[28] Vid. ETXARANDIO HERRERA, E., "Grupos de empresas y sucesión empresarial en el concurso de acreedores", en ORELLANA CANO, N. (Dir.), *El concurso laboral*, La Ley, Madrid, 2012, ISBN 978-84-9020-099-5, p. 280.

[29] STS, Sala Cuarta, de 25 de febrero de 1988 (STS 1251/1988).

[30] Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal y RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.

[31] PULGAR EZQUERRA, J., "Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas", *Diario La Ley*, núm. 8391, 2014, ISSN 1989-6913, ap. 2.B).

También, en este sentido, TUSET DEL PINO, P., "Los efectos derivados de la sucesión de empresa en las adjudicaciones acordadas por el juez mercantil dentro del concurso", *Revista de información laboral*, núm. 12, 2015, parte Art. Doctrinal, BIB 2015\18181.

[32] Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

- [33] STS, Sala Cuarta, de 29 de octubre de 2014 (Rec. 1573/2013); ATS, Sala de conflictos, de 20 de julio de 2012 (Rec. 49/2011). En el mismo sentido, las posteriores SSTS, Sala Cuarta, de 18 de mayo de 2017 (Rec. 1645/2015), de 5 de julio de 2017 (Rec. 563/2016), de 11 de enero de 2018 (Rec. 3290/2015).
- [34] STS, Sala Cuarta, de 11 de enero de 2017 (Rec. 1689/2015).
- [35] En el mismo sentido, las posteriores SSTS, Sala Cuarta, de 18 de mayo de 2017 (Rec. 1645/2015), de 5 de julio de 2017 (Rec. 563/2016), de 11 de enero de 2018 (Rec. 3290/2015), también respecto a demandas de ejecución de sentencia.
- [36] STS, Sala Cuarta, de 27 de febrero de 2018 (rec. 112/2016).
- [37] STS, Sala Cuarta, de 26 de abril de 2018 (Rec. 2004/2016).
- [38] STS, Sala Cuarta, de 5 de junio de 2018 (Rec. 471/2017).
- [39] STS, Sala Cuarta, de 6 de junio de 2018 (Rec. 372/2016).
- [40] STS, Sala Cuarta, de 12 de julio de 2018 (Rec. 3525/2016).
- [41] STS, Sala Cuarta, de 12 de septiembre de 2018 (Rec. 1549/2017).
- [42] STS, Sala Cuarta, de 3 de octubre de 2018 (Rec. 259/2017) y STS, Sala Cuarta, de 3 de octubre de 2018 (Rec. 323/2017).
- [43] STS, Sala Cuarta, de 3 de octubre de 2018 (Rec. 1733/2017).
- [44] STS, Sala Cuarta, de 17 de octubre de 2018 (Rec. 2340/2017).
- [45] STS, Sala Cuarta, de 11 de octubre de 2023 (rec. 4966/2022).
- [46] STS, Sala Cuarta, de 10 de febrero de 2021 (rec. 3740/2018).
- [47] STS, País Vasco, Sala Social, de 5 de junio de 2018 (rec. 1048/2018).
- [48] STS, Sala Social, de 16 de marzo de 2022 (rec. 3376/2020).
- [49] STS, Sala Social, de 25 de septiembre de 2019 (rec. 1658/2017).
- [50] STSJ de Asturias, Sala Social, de 2 de noviembre de 2016 (rec. 2164/2016).
- [51] STS, Sala Cuarta, de 29 de noviembre de 2023 (rec. 3269/2022).
- [52] BLASCO JOVER. C. (2021), "Tratamiento jurídico de la venta de unidad productiva y del personal de alta dirección en la nueva ley concursal". *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11 (2), pp. 422-453. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.6047>.
- [53] STSJ de Cataluña, Sala Social, de 21 de septiembre de 2023 (rec. 2011/2023).
- [54] BASTIDA F.J. y REQUEJO J.L., *Cuestionario comentado de derecho Constitucional. El sistema de fuentes y la jurisdicción constitucional*, 1ª ed., Ariel, S.A., Barcelona, 1991, ISBN 84-344-1568-2, p. 110.
- [55] STSJ de Cantabria, Sala Social, de 4 de marzo de 2024 (rec. 3/2024).
- [56] STSJ de Cantabria, Sala Social, de 15 de marzo de 2024 (rec. 107/2024).
- [57] STSJ de Cantabria, Sala Social, de 5 de abril de 2024 (rec. 109/2024).
- [58] STSJ de Cantabria, Sala Social, de 15 de abril de 2024 (rec. 925/2023).
- [59] En este punto, hay que tener en cuenta que cuando los trabajadores prestan servicios indistintamente para varias unidades de la empresa, la subrogación no se produce de forma proporcional, sino que solo comprende a los que presten servicios de forma prevalente en la unidad productiva objeto de transmisión. En este sentido, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y BARROS GARCÍA, M., "Aspectos laborales ..." op. cit., pp. 1056-1057.
- [60] En este sentido, destacan los autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 29 de noviembre de 2007 (Rec. 788/2007); AAAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 29 de junio de 2010 (Rec. 332/2010) [AAP PO 715/2010] y de 22 de junio de 2012 (Rec. 164/2012) [AC 2012\2090]; de Badajoz,

Sección 2ª, de 27 de febrero de 2013 (Rec. 539/2012) [AAP BA 2/2013]; de Palencia, Sección 1ª, de 12 de septiembre de 2013 (Rec. 175/2013) [AAP P 2/2013], SAP de Toledo, Sección 1ª, de 8 de octubre de 2013 (Rec. 26/2013) [SAP TO 762/2013] y AAP de La Rioja, Sección 1ª, de 8 de marzo de 2012 (Rec. 396/2011) [AC 2012\378].

También los AAJM núm. 1 de Santander, de 14 de abril de 2014 (Proc. 480/2013), JM núm. 3 de Vigo, de 18 de marzo de 2014 (Proc. 376/2012), JM núm. 1 de Palma de Mallorca, de 14 de noviembre de 2013 (Proc. 1/2013) y AJM núm. 2 de Oviedo, de 28 de abril de 2014 (Proc. 58/2013) [AC 2014\808].

[61] SAP de Álava, Sección 1ª, de 26 de marzo de 2015 (Rec. 138/2013). Esta es la interpretación que efectúa el auto de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, de 26 de marzo de 2015 (Rec. 138/2013).

[62] SSTS, Sala Cuarta, de 15 de julio de 2003 (Recs. 1973/2002 y 3442/2001), de 4 de octubre de 2003 (Rec. 585/2003) [STS 5982/2003], de 30 de noviembre de 2016 (Rec. 825/2015) y STS, Sala Cuarta, de 1 de diciembre de 2020 (Rec. 416/2018) y las que en ella se citan.

[63] STSJ de Cataluña, Sala Social, de 18 de octubre de 2017 (Rec. 4177/2017).

[64] STSJ de Galicia, Sala Social, de 16 de junio de 2017 (Rec. 325/2017).

[65] SSTS, Sala Cuarta, SSTS, Sala Cuarta, de 15 de julio de 2003 (Recs. 1973/2002 y 3442/2001), de 4 de octubre de 2003 (Rec. 585/2003) [STS 5982/2003] y de 30 de noviembre de 2016 (Rec. 825/2015).

[66] En este sentido destacan, entre otros, el auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid, de 19 de enero de 2016 (Proc. 392/2013) y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona, de 24 de julio de 2015 (Proc. 625/2014).

[67] FACHAL NOGUER, N., "El Texto Refundido de la Ley Concursal: una selección de sus principales novedades", Aranzadi Digital, núm. 1, parte Avance informativo, 2020, BIB 2020\11584, apartado IV. También en este sentido, RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., "Trans-

misión concursal de unidad productiva: continuidad, existencia de trabajadores y perímetro de la sucesión", Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 6, 2016, BIB 2016\3051.

[68] En este sentido se pronunciaba el auto de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 5ª, de 27 de enero de 2016 (Rec. 520/2015), el auto de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, de 31 de marzo de 2016 (Rec. 113/2016), o los autos del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Barcelona, de 7 de julio de 2016 (Proc. 648/2015) y del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao, de 12 de noviembre de 2015 (Proc. 499/2013).

[69] STS, Sala Cuarta, de 27 de febrero de 2018 (Rec. 112/2016).

[70] Con idéntico contenido destacan, entre otras, las SSTS, Sala Cuarta, de 5 de junio de 2018 (Rec. 471/2017); de 3 de octubre de 2018 (Rec. 259/2017), de 3 de octubre de 2018 (Rec. 323/2017), de 3 de octubre de 2018 (Rec. 1733/2017); de 17 de octubre de 2018 (Rec. 2340/2017), entre otras.

[71] STS, Sala Cuarta, de 11 de diciembre de 2020 (rec. 2570/2018).

[72] SSTS, Sala Cuarta, de 3 de octubre de 2018 Rec. 259/2017; Rec. 323/2017; Rec. 1733/2017; Rec. 3664/2017 y 3710/2017. STS, Sala Cuarta de 17 de octubre de 2018 (Rec. 2340/2017). SSTS, Sala Cuarta, de 12 de diciembre de 2019 [Rec. 3892/2017 y Rec. 3895/2017]. STS, Sala Cuarta, de 27 de febrero de 2020 (Rec. 3999/2017). STS, Sala Cuarta, de 7 de mayo de 2020 (Rec. 1835/2017). STS, Sala Cuarta, de 13 de mayo de 2020 (Rec. 1239/2018) y STS, Sala Cuarta, de 30 de julio de 2020 (Rec. 1306/2018)

[73] STS, Sala Cuarta, de 25 de noviembre de 2020 (rec. 2570/2018).

[74] STS, Sala Social, de 13 de diciembre de 2023 (rec. 777/2021).

[75] FACHAL NOGUER, N., "El Texto Refundido de la Ley Concursal: ...", op. cit., apartado IV.

EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO, TRIBUNAL SUPREMO Y TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

María del Mar Hernández Rodríguez

Magistrada Especialista en Mercantil CGPJ

Secc. 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EXTENSIÓN DE LA EXONERACIÓN Y CRÉDITO PÚBLICO
 - 1. El crédito público en la Ley Concursal
 - 2. El crédito público en el TRLC
- III. BUENA FE
- IV. PLAN DE PAGOS
- V. EXONERACIÓN Y TJUE

I. INTRODUCCIÓN

Desde la irrupción de la denominada segunda oportunidad en nuestro Derecho a través del Real Decreto-ley 2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, que introdujo en la derogada Ley Concursal el art. 178 bis regulador del entonces denominado beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, han sido numerosas las dudas interpretativas que han surgido.

Esto es predicable, tanto a la regulación de la actual exoneración del pasivo insatisfecho (EPI) como a la del antiguo beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho (BEPI). Ambas han sido y continúan siendo fuente de notables discrepancias en su interpretación que han dado lugar a distintos criterios judiciales. Estas dudas, en la mayoría de los casos, han estado justificadas por la propia redacción de la norma que en ocasiones resultaba de difícil comprensión.

El Tribunal Supremo ha zanjado algunas de las dudas interpretativas fijando un criterio jurisprudencial sobre algunos de los aspectos discutidos. Por evidentes razones temporales, hasta el momento las decisiones del Tribunal supremo han versado sobre el régimen jurídico del derogado beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho del art. 178 bis LC y de la versión inicial del TRLC. No obstante, algunos de los criterios fijados por el Alto Tribunal se refiere a cuestiones que siguen plenamente vigentes. En concreto, entre otras, el Tribunal Supremo se ha referido a la extensión de la exoneración y, especialmente, a si alcanza o no al crédito de Derecho Público, a los requisitos del plan de pagos y a la noción de buena fe.

De manera paralela, se han planteado diferentes cuestiones prejudiciales al TJUE, algu-

nas de las cuales ya han obtenido respuesta. A continuación, nos referiremos a algunas resoluciones del TJUE y del Tribunal Supremo más recientes sobre la materia.

II. EXTENSIÓN DE LA EXONERACIÓN Y CRÉDITO PÚBLICO

1. El crédito público en la Ley Concursal

Clásica puede calificarse ya la discusión en torno a la extensión del antiguo beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho y, más en concreto, si esta alcanzaba o no al crédito público.

El Tribunal Supremo, en la **Sentencia 381/2019, de 2 de julio**, resolvió la cuestión en relación al antiguo art. 178 bis LC. En esta sentencia se justificaban las dudas interpretativas reconociendo que "el art. 178 bis LC es una norma de difícil comprensión, que requiere de una interpretación jurisprudencial para facilitar su correcta aplicación".

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

(contra la masa y con privilegio general), en atención a las normas concursales de preferencia entre ellos”.

2. El crédito público en el TRLC

Lejos de quedar zanjada la cuestión de manera definitiva, la aprobación del TRLC la revivió. La nueva regulación que la norma refundidora daba al BEPI y a la extensión de los efectos tanto en el supuesto de que se alcanzara conforme al régimen general como conforme al régimen especial por aprobación de un plan de pagos, renovaron la polémica sobre la afectación o no del crédito público auspiciada por la discusión sobre si el refundidor había incurrido en un *ultra vires* o exceso en delegación.

La Sentencia del Tribunal Supremo 450/2025, de 20 de marzo, cerró la discusión.

Analiza esta resolución la extensión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho reconocida en un concurso consecutivo en el que resultaba aplicable la versión inicial del TRLC, previa a la reforma operada por la Ley 16/2022.

Para ello, recuerda en primer lugar la doctrina jurisprudencial fijada en la [Sentencia del Pleno 381/2019, de 2 de julio](#), referida a la regulación contenida en el antiguo art. 178 bis LC, diciendo

“Cumplidos los presupuestos previstos en los tres primeros ordinales del art. 178 bis.3 LC, la ley permitía optar por una exoneración inmediata, conforme al ordinal 4º del art. 178 bis.3 LC, o por una exoneración en cinco años y sujeta a un plan de pagos, conforme al ordinal 5º del art. 178 bis.3 LC. Cada una de estas vías conllevaba el cumplimiento de unos requisitos propios.

3. Exoneración inmediata. En el caso de la exoneración inmediata, el ordinal 4º del

art. 178 bis.3 LC, cumplida la exigencia de que se hayan pagado los créditos contra la masa, los créditos con privilegio y, si no se hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, el 25 % de los créditos ordinarios, no establecía limitación alguna en cuanto al alcance de la exoneración de los créditos”.

El Tribunal Supremo analiza la nueva regulación de la extensión de la exoneración contenida en la versión inicial del TRLC, en concreto, la relativa a la exoneración inmediata o exoneración conforme al régimen general en la que el art. 491 TRLC al ocuparse de ello, lo regulaba de manera novedosa al establecer en el apartado 1 “Si se hubieran satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si el deudor que reuniera los requisitos para poder hacerlo, hubiera intentado un previo acuerdo extrajudicial de pagos, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos”. La nueva regulación contrastaba con la interpretación jurisprudencial sobre la extensión de la exoneración inmediata según la cual alcanzaba a todos los créditos ordinarios y subordinados pendientes, incluidos los créditos de derecho público y por alimentos.

Notable fue la discusión que provocó la nueva regulación contenida en el TRLC en torno a si nos encontrábamos ante un *ultra vires* o no. Esto es, si el refundidor se había extralimitado en su tarea, lo que concluye el Tribunal Supremo. Así, justifica *La introducción de esas excepciones donde no existían, no colma una laguna, ni aclara o precisa el sentido de la norma legal refundida, sino que altera gravemente el equilibrio de intereses ponderados en la Ley para la concesión de este beneficio, mediante el reconocimiento de un privilegio a unos acreedores del que no gozaban antes, con la consiguiente discriminación para los restantes*

acreedores y el agravamiento de las condiciones para lograr la exoneración total del pasivo del deudor concursado. No cabe invocar una armonización de normas cuando se altera gravemente el equilibrio de intereses y derechos, esto es, cuando se alteran respecto de la situación anterior las reglas que configuraban la par condicio creditorum al acudir a la exoneración inmediata.

Por ello, concluye que se ha producido esa extralimitación diciendo "En el supuesto ahora enjuiciado, la introducción de esta exclusión, en un caso de exoneración plena, de los créditos públicos constituye una extralimitación de la habilitación legal porque, al alterar el equilibrio entre los créditos existentes y la legítima expectativa que hasta entonces tenía el deudor de obtener una plena exoneración de los créditos (una vez cumplido el presupuesto de la íntegra satisfacción de los créditos contra la masa, privilegiados y, en su caso, el 25 % de los ordinarios), que alcanzaba también a los créditos públicos, se ha limitado el derecho del deudor concursado y se ha modificado el tratamiento de los créditos, respecto de la regulación anterior a la refundición".

La consecuencia de ello es que "el tribunal de instancia, si aprecia correctamente la extralimitación de la habilitación legal, puede dejar de aplicarlo, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional".

Concluye que la extralimitación "afecta al último inciso del art. 491.1 TRLC 2020, que, en caso de optarse por el sistema de exoneración inmediata, después de decir que «el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos», añade: «exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos». Por lo tanto, la consecuencia de entender que este añadido fue una extralimitación, será que se tenga por no incorporada al texto legal".

En definitiva, en el caso de exoneración conforme al régimen general, cuando se cumplan los requisitos de intento de un acuerdo extrajudicial de pagos y satisfacción íntegra de los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, se extenderá a todos los créditos pendientes.

A continuación, el Tribunal Supremo analiza en la sentencia la nueva regulación contenida en la versión inicial del TRLC de la extensión de la exoneración conforme al régimen especial de exoneración por la aprobación de un plan de pagos. Para ello recordó que, con relación a la regulación de la exoneración mediante plan de pagos contenida en el art. 178 bis apdo. 5 LC, la sentencia del pleno ya citada de 2 de julio de 2019 había entendido que los créditos públicos que no tuvieran la consideración de crédito contra la masa o privilegiado, quedaban afectados por la exoneración.

En la regulación contenida en el TRLC, el art. 497.1 reproduce el art. 178 bis apdo. 5, lo que descarta una extralimitación del refundidor. Sin embargo, reconoce el Tribunal Supremo que *Cuestión distinta es que bajo esa misma dicción legal siga operando la interpretación jurisprudencial contenida en la Sentencia de pleno 381/2019, de 2 de julio, sobre el alcance de la exoneración* en caso de optarse por la vía del plan de pagos.

En este punto se pronuncia con un criterio claramente positivo, diciendo que, *Aunque una determinada jurisprudencia no se incorpore explícitamente el texto refundido, no por ello deja de operar y cumplir su función propia de complementar el ordenamiento jurídico, en este caso, concursal con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, resolviendo con ello que dicha jurisprudencia continuaba siendo aplicable.*

III. BUENA FE

Otro de los aspectos que ha dado lugar a una importante conflictividad ha sido el relativo a la buena fe del art. 178 bis 3 LC y 487 TRLC en su versión inicial. El Tribunal Supremo ha huido de un concepto amplio de buena fe, de manera incipiente en la **Sentencia 150/2019, de 13 de marzo de 2019** y más clara en la **Sentencia 381/2019, de 2 de julio** donde dice “la referencia legal a que el deudor sea de buena fe no se vincula al concepto general del art. 7.1 CC, sino al cumplimiento de los requisitos enumerados en el apartado 3 del art. 178 LC. La naturaleza de estos requisitos es heterogénea”.

La **Sentencia del Tribunal Supremo 863/2022, de 1 de diciembre** también se ha ocupado de ello. En concreto, del requisito para la buena fe recogido primero en el art. 178 bis 3. 2º LC y después en el ordinal 2º de su apartado 2 del art. 487 TRLC, esto es, *que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso*.

En primer lugar, recuerda que *el examen de la condición de deudor de buena fe, desde el punto de vista lógico, es previo a la verificación de la alternativa elegida y las cuestiones que pudieran surgir al hilo de los requisitos propios de cada una de ellas*. De ahí que, si no se cumple el presupuesto subjetivo por no tratarse de un deudor de buena fe, resulta innecesario el examen del resto de los requisitos para obtener la exoneración que en el procedimiento se traducía en el examen del resto de las cuestiones controvertidas.

En segundo término, reitera que nuestro derecho no acoge la noción amplia o general

contenida en el art. 7.1 CC, sino que atiende al cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos.

En el supuesto de autos faltaba el requisito de la ausencia de condena penal al haber sido condenado el deudor por sentencia firme por la comisión de un delito contra el patrimonio debido a los daños causados con ocasión de una riña vecinal en el vehículo de otra persona por un valor de 1.496,36 euros. Antes tales hechos, se plantea el Tribunal Supremo si resulta preciso que entre el delito cometido exista una vinculación o relación con la insolvencia del deudor, con su actividad económica o con la administración patrimonial. Y en este punto reconoce que en la interpretación de la norma debe atenderse a dos parámetros: *la propia gravedad del delito y su justificación respecto del efecto de privar de la exoneración del pasivo*.

Dice el Tribunal Supremo que la exigencia de la buena fe se justifica en *que algo positivo como es permitir una segunda oportunidad al deudor persona natural que deviene insolvente, no sea aprovechado por quien no lo merece al haber actuado en el plano económico de forma fraudulenta o contrariando la buena fe. Y estos comportamientos que hacen desmerecer al deudor de la exoneración de deudas es natural que guarden relación con las causas y circunstancias de la insolvencia de dicho deudor o con otras conductas que le hacen desmerecer del crédito y la confianza del mercado*.

De esta manera, se rechaza que la comisión de un delito de los recogidos en el elenco del art. 178 bis 3. 2º LC pueda ser un obstáculo para la buena fe si no existe relación o vinculación entre ese delito y la insolvencia o el crédito en el mercado, que justifique la privación a su autor de la posibilidad de acceder a la exoneración del pasivo insatisfecho.

Tras la reforma operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, que traspone la direc-

tiva de segunda oportunidad, el nuevo art. 487.1. 1º TRLC, al ocuparse de las excepciones al derecho a la exoneración, se refiera a la comisión de estos delitos, pero apostillando que la pena máxima debe ser superior a igual a tres años. En concreto se refiere ahora a "Cuando, en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración, hubiera sido condenado en sentencia firme a penas privativas de libertad, aun suspendidas o sustituidas, por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores, todos ellos siempre que la pena máxima señalada al delito sea igual o superior a tres años, salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración se hubiera extinguido la responsabilidad criminal y se hubiesen satisfecho las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito". Esto ha planteado la duda de si también cuando resulta aplicable la regulación de la nueva exoneración es preciso examinar esa vinculación o relación entre el delito y la insolvencia o el crédito o si, por el contrario, se ha positivizado ese vínculo.

La sentencia del Tribunal Supremo que estamos comentando, se refiere a esta novedad y la utiliza como justificación adicional de la tesis que sienta. Así dice que "Esta mención específica algo obvio que subyacía a la regulación anterior: no cualquier condena por un delito formalmente incluido en la relación legal merecía la privación de la condición de deudor de buena fe, sino cuando el delito tuviera una cierta gravedad, que en el caso de los delitos de daños a la propiedad ajena del art. 263 CP resulta muy relevante, pues excluiría el tipo general del apartado 1 y sí incluiría el tipo agravado del apartado 2, en el que las circunstancias que lo agravan sí hacen desmerecer de la exoneración".

Añade que, "La reforma introducida ley 16/2022, de 5 de septiembre, que traspone

la directiva de segunda oportunidad (Directiva UE 2019/1023), no resulta de aplicación al presente caso, pero corrobora el sentido de una interpretación de la norma anterior (art. 178 bis.3.2º LC) que excluye los delitos contra el patrimonio que no tengan una cierta relevancia, que de forma orientativa puede venir marcada por el hecho de que la pena máxima señalada al delito sea inferior a tres años".

Atendiendo a este argumento utilizado por el Tribunal Supremo, podemos entender que esa vinculación entre delito e insolvencia o crédito debe seguir existiendo, si bien se entiende de manera orientativa que concurre cuando el delito tiene prevista una pena igual o superior a tres años. Por ello, la comisión de un delito de los enumerados en la norma cuando la pena máxima sea inferior a tres años no será un obstáculo para la exoneración. Sin embargo, cuando la pena sea igual o superior a tres años se puede presumir esa vinculación, pero podría apreciarse la ausencia de vinculación atendiendo a las circunstancias fácticas y dejar de actuar la condena penal como impedimento a la exoneración.

IV. PLAN DE PAGOS

El plan de pagos ha sido otra de las fuentes de discrepancia interpretativa, en concreto, en cuanto a sus requisitos.

La primera vez que el Tribunal Supremo se pronunció sobre él fue en la ya citada **Sentencia 381/2019, de 2 de julio**, donde se apeló a un criterio de flexibilidad al analizar los planes de pagos. Así, "En principio, la exoneración plena en cinco años (alternativa del ordinal 5ª) está supeditada, como en el caso de la exoneración inmediata (alternativa del ordinal 4º), al pago de los créditos contra la masa y con privilegio general, aunque en este

caso mediante un plan de pagos que permite un fraccionamiento y aplazamiento a lo largo de cinco años. Sin perjuicio de que en aquellos casos en que se advirtiera imposible el cumplimiento de este reembolso parcial, el juez podría reducirlo para acomodarlo de forma parcial a lo que objetivamente podría satisfacer el deudor durante ese plazo legal de cinco años, en atención a los activos y la renta embargable o disponible del deudor, y siempre respetando el interés equitativo de estos acreedores (contra la masa y con privilegio general), en atención a las normas concursales de preferencia entre ellos”

La **Sentencia del Tribunal Supremo 295/2022, de 6 de abril** se ocupó de los requisitos del plan de pagos que el deudor debía presentar en el supuesto de acceso a la exoneración por la vía especial de aprobación de un plan de pagos. Son varias las cuestiones resueltas en ella por el Tribunal Supremo en relación al plan de pagos.

En primer lugar, recuerda que en el caso de exoneración en el plazo de cinco años sujeta a un plan de pagos, conforme al ordinal 5º del art. 178 bis.3 LC, tiene como requisito específico que “accepte someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6”, lo que “ha de integrarse con lo previsto en el reseñado apartado 6”. Por ello dice, “4. En consecuencia, la concesión de la exoneración de deudas por esta vía precisa la aprobación del plan de pagos, que debe haber sido aportado previamente, ordinariamente con la solicitud, para que las partes puedan formular alegaciones en un plazo de diez días. A la vista de esas alegaciones, el juez aprueba el plan de pagos concreto, que puede ser el mismo que se hubiera propuesto por el deudor o con las modificaciones que estime oportunas el propio juzgado a la vista de las alegaciones de las partes. De tal forma que la aprobación judicial de la exoneración provisional de deudas en cinco años se concede de acuerdo con un determinado plan de pagos”. La consecuen-

cia que se da a esto es que como la oposición a la exoneración puede fundarse en la inobservancia de alguno o algunos de los requisitos del apartado 3 según el art. 178 bis apdo. 4, párrafo tercero, se puede oponer la falta de cumplimiento del relativo a la presentación de una propuesta de plan de pagos.

En segundo lugar, a pesar de que se reconoce que no se contiene en la ley una definición de plan de pagos, entiende que la propia significación de los términos empleados por el legislador, así como el contexto de la expresión y la finalidad de la institución permiten delimitar sus contornos. Se dice, a continuación, retomando el criterio de flexibilidad ya recogido en la Sentencia de 2 de julio de 2019, *Desde el punto de vista gramatical, “plan de pagos” da idea de cómo se piensan satisfacer unas obligaciones. El contexto, una exoneración de deudas en cinco años, durante los cuales han de satisfacerse una serie de obligaciones no afectadas por la exoneración, muestra que este plan ha de explicar de qué forma se realizará el pago de estas obligaciones durante estos cinco años. Y la finalidad de la institución, que es facilitar la exoneración de deudas después de que el deudor haya hecho un esfuerzo real, durante cinco años, por pagar en la medida de lo posible todos los créditos que no deberían quedar afectados por la exoneración, con arreglo al apartado 5 del art. 178 bis LC (tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia), explica que este plan tenga en cuenta los recursos con los que cuenta o puede contar el deudor, susceptibles de ser destinados al pago de los créditos, y cómo y en qué orden se irían pagando.*

Seguidamente, entiende que resulta exigible que explique el deudor en el plan con qué rendimientos podría realizar los pagos, qué créditos deberían ser satisfechos y por qué orden, así como una propuesta de pagos fraccionados para conocer los recursos de los que podrá disponer en la situación actual, contemplado las expectativas de obtener ganancias.

Buscando la efectividad, se refiere el Tribunal Supremo a que el plan de pagos debe ser una propuesta real y realista, "real en cuanto existente, porque contenga un concreto ofrecimiento de pago; y real en cuanto realista, porque este ofrecimiento se base en la realidad de los recursos disponibles, y los que presumiblemente podrían conseguirse durante ese plazo de cinco años, así como de los créditos que deberían ser satisfechos".

Para concluir, analiza el problema que se plantea en aquellos supuestos donde el concursado no cuenta en el momento de solicitar el BEPI con ningún activo ni rendimientos. Aquí establece que "el concursado debería reseñar explícitamente lo siguiente: en primer lugar, y por lo que se refiere a los recursos con los que afrontar los pagos, que no tiene activo alguno y que los que tenía fueron realizados en el concurso, cuál es su situación laboral, si cobra algún subsidio o pensión y en qué medida es inembargable, así como las posibilidades que podría tener en el futuro de generar recursos y por qué actividad; y, en segundo lugar, la relación de créditos contra la masa y privilegiados que debían ser satisfechos y el orden que se seguiría en el pago, con la previsión que podría lograrse con los recursos actuales y con los que presumiblemente podrían alcanzarse".

Para finalizar, asienta que la posibilidad de obtener la exoneración definitiva a pesar de no cumplirse de manera íntegra el plan de pagos que preveía el art. 178 bis 8 LC y 499 TRLC en modo alguno puede servir esto de pretexto para evitar el cumplimiento del requisito relativo al plan de pagos. Por ello dice "esta eventualidad no puede interpretarse en el sentido pretendido de desvirtuar el plan de pagos hasta negarle significación. Una cosa es que la ley contemple que durante ese plazo de cinco años pueda resultar imposible cumplir los pagos convenidos en el plan de pagos aprobado, merced al cual se concedió la exoneración provisional, y bajo

qué condiciones este incumplimiento podría no impedir la declaración de exoneración definitiva, y otra distinta que, como pretende la recurrente, esta posibilidad conlleve la irrelevancia del plan de pagos. El que pueda concederse la exoneración definitiva de las deudas a pesar de no haberse cumplido íntegramente el plan de pagos aprobado por el juez al tiempo de conceder la exoneración provisional, no puede interpretarse cómo que resulta innecesario un plan de pagos para lograr esa exoneración provisional".

V. EXONERACIÓN Y TJUE

Hasta el momento han sido varias las cuestiones prejudiciales que se han planteado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación a la nueva regulación de la ahora denominada exoneración del pasivo insatisfecho fruto de la reforma operada por la Ley 16/2022. En ellas se ha preguntado al TJUE sobre el acomodo de algunos aspectos de nuestra regulación a la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). En concreto, las dudas reflejadas en dichas cuestiones se refieren de manera principal a las excepciones reguladas en el art. 487 TRLC (así las planteadas en el auto del Juzgado de lo Mercantil de Alicante n.º 1 de 25 de abril de 2023) o sobre la exclusión del crédito público de la exoneración (auto de 4 de septiembre de 2023 del Juzgado de lo Mercantil n.º 19 de Madrid).

Nos referiremos a continuación a algunas de las sentencias que se han dictado hasta el momento por el TJUE, resolviendo estas cuestiones.

En relación a las referidas a la extensión de la exoneración, la **Sentencia del TJUE de 11 de abril de 2024, asunto C-687/22**, ya dijo que la relación de categorías específicas de créditos susceptibles de exclusión del EPI del art. 23.4 de la Directiva 2019/1023 no es exhaustiva.

Antes, la **Sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2024, asunto C-20/23**, había respondido que “El artículo 23, apartado 4, de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), debe interpretarse en el sentido de que la exclusión de la exoneración de deudas de una categoría específica de créditos distinta de las enumeradas en esa disposición solo es posible si está debidamente justificada en virtud del Derecho nacional.

2) El artículo 23, apartado 4, de la Directiva 2019/1023 debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros tienen la facultad de excluir determinadas categorías específicas de créditos de la exoneración de deudas, como los créditos tributarios y de seguridad social, y de atribuirles con ello un estatuto privilegiado, siempre que tal exclusión esté debidamente justificada en virtud del Derecho nacional”. En dicha sentencia ya se decía que la debida justificación no exige su constancia expresa en la norma de transposición de la Directiva, sino que puede desprenderse del procedimiento de elaboración de la norma (trabajos preparatorios, preám-

bulos o exposiciones de motivos) o puede figurar en otras disposiciones de derecho nacional distintas”.

Muy recientemente, la **Sentencia del TJUE de 28 de abril de 2025, asunto C-46/24**, resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 19 de Madrid, mediante auto de 4 de septiembre de 2023 sobre la extensión de la exoneración y el crédito público.

Lo primero que hace el TJUE es recordar que “el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el artículo 23, apartado 4, de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia debe interpretarse en el sentido de que la relación de categorías específicas de créditos que figura en él no tiene carácter exhaustivo y de que los Estados miembros tienen la facultad de excluir de la exoneración de deudas categorías específicas de créditos distintas de las enumeradas en esa disposición, siempre que tal exclusión esté debidamente justificada con arreglo al Derecho nacional [Sentencias de 11 de abril de 2024, Agencia Estatal de Administración Tributaria (Exclusión de los créditos públicos de la exoneración de deudas), C-687/22, apartado 44, y de 7 de noviembre de 2024, Corván y Bacigán, C-289/23 y C-305/23, apartado 59]”.

A continuación, resuelve las cuestiones planteadas del modo siguiente:

“1) El artículo 23, apartado 4, de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), debe interpretarse en el sentido de que

– procede apreciar, según las modalidades previstas a tal efecto en la normativa nacional de que se trate, si la exclusión de los créditos de Derecho público de la exoneración de deudas está «debidamente justificada»;

– no se opone a una normativa nacional que establece una exclusión general de la exoneración de deudas por créditos de Derecho público, basándose en que la satisfacción de estos créditos tiene una especial relevancia para una sociedad justa y solidaria, asentada en el Estado de Derecho, salvo en circunstancias y límites cuantitativos muy restringidos, siempre que esta exclusión esté «debidamente justificada» con arreglo al Derecho nacional.

2) El artículo 23, apartado 4, de la Directiva 2019/1023 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece una exclusión general de la exoneración de deudas por créditos de Derecho público, salvo en circunstancias y límites cuantitativos muy restringidos, sin que tal exclusión esté «debidamente justificada», o ni siquiera justificada, por el legislador nacional”.

En definitiva, el TJUE, reiterando que la relación que se contiene en el art. 23,4 de la Directiva 2019/1023 no tiene carácter exhaustivo y que los Estados miembros pueden excluir de la exoneración otras categorías de créditos, al responder a las concretas preguntas respecto a los créditos de derecho público, resuelve que resulta conforme con el art. 23 de la Directiva su exclusión de la exoneración si está debidamente justificada con arreglo al Derecho nacional, de manera que se opondría a dicha norma la exclusión del crédito de derecho público no debidamente justificada o no justificada.

Por su parte, la **Sentencia del TJUE de 10 de abril de 2025** (asunto C-723/23) resuelve

las cuestiones prejudiciales planteadas por medio de auto de 13 de octubre de 2023 del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Oviedo, sobre la compatibilidad con la Directiva 2019/1023 de la prohibición de haber sido el deudor declarada persona afectada por la calificación en el concurso de un tercero calificado como culpable, lo que se responde de manera positiva.

Así, dice “1) El artículo 23, apartado 1, de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que excluye el acceso a la exoneración de deudas cuando el deudor ha actuado de forma deshonesto o de mala fe con respecto a los acreedores de un tercero y, en la declaración judicial de la insolvencia culpable de ese tercero, dicho deudor ha sido declarado «persona afectada».

2) El artículo 23, apartado 2, de la Directiva 2019/1023 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece una excepción al principio de acceso a un procedimiento que puede desembocar en una exoneración de deudas no contemplada en la citada disposición y que excluye ese acceso cuando, en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración, el deudor haya sido declarado «persona afectada» en una sentencia que ha calificado la insolvencia de un tercero como «culpable», salvo que, en la fecha de presentación de la citada solicitud, el deudor hubiera satisfecho íntegramente su responsabilidad, sin que se requiera que los órganos jurisdiccionales nacionales valoren subjetivamente si ese deu-

dor actuó de forma deshonesto o de mala fe, siempre que esta exclusión esté debidamente justificada con arreglo al Derecho nacional”.

Admite, con ello, el TJUE que el art. 23.2 de la Directiva no se opone a una norma que excluya el acceso a la exoneración de deudas cuando el deudor ha actuado de forma deshonesto o de mala fe con respecto a los acreedores no del propio deudor sino de un tercero. De nuevo, apelando a la debida justificación con arreglo al Derecho nacional, se admite la compatibilidad del art. 23 apdo. 2 de la Directiva con la introducción de excepciones a la exoneración no contempladas en la norma como es la relativa a haber sido declarado el deudor persona afectada en la calificación de un tercero.

Para finalizar nos referiremos a **la Sentencia TJUE de 7 de noviembre de 2024 (recursos C-289/23 y C-305/23)**, que resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante (C-289/23) y el Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Barcelona (C-305/23), mediante autos de 25 de abril y de 2 de mayo de 2023.

Las cuestiones estaban relacionadas con el carácter exhaustivo o no de las circunstancias previstas en el art. 23 Directiva 2019/1023, restrictivas de la exoneración. También de las exclusiones a la exoneración.

El TJUE, en relación con el art. 23 de la Directiva, rechaza que la relación del art. 23.2 de la Directiva tengan carácter exhaustivo y admite que resulta compatible con él que los Estados miembros introduzcan normas restrinjan el acceso al derecho a la exoneración de deudas en mayor medida que conforme a la normativa nacional anterior, denegando o restringiendo el acceso a la exoneración de deudas, revocando la exoneración o estableciendo plazos más largos para la obtención de la plena exoneración de deudas o perío-

dos de inhabilitación más largos. En todo caso, es preciso que se cumplan dos requisitos: la clara definición de estas circunstancias y su justificación. Sobre la base de esta necesaria justificación responde a cada una de las cuestiones planteadas, como sucede en relación a la nueva exclusión del acceso a la exoneración de deudas cuando, en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración, el deudor haya sido sancionado mediante resolución administrativa firme por infracciones tributarias muy graves, de seguridad social o del orden social, o se haya dictado en su contra un acuerdo firme de derivación de responsabilidad.

Igualmente, resuelve en parte reiterando lo ya dicho, que el elenco de categorías de créditos del art. 23.4 de la Directiva no es exhaustivo, que pueden incluirse otros siempre que esté debidamente justificado y que no se opone a una norma que excluya de manera general o parcial de la exoneración las deudas por créditos de Derecho público, de nuevo, si está debidamente justificado.

En concreto, el tribunal responde: “1) El artículo 23, apartado 2, de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), debe interpretarse en el sentido de que la lista de circunstancias que figura en él no tiene carácter exhaustivo y los Estados miembros están facultados, al transponer dicha Directiva a su Derecho nacional, para establecer disposiciones que restrinjan el acceso al derecho a la exoneración de deudas en mayor medida que conforme a la normativa nacional anterior, denegando o restringiendo el acceso a la exoneración de deudas, revo-

cando la exoneración o estableciendo plazos más largos para la obtención de la plena exoneración de deudas o períodos de inhabilitación más largos en circunstancias distintas de las enumeradas en el referido artículo 23, apartado 2, siempre que esas circunstancias estén bien definidas y tales excepciones estén debidamente justificadas.

2) El artículo 23, apartados 1 y 2, de la Directiva 2019/1023 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, al transponer esa Directiva, impone el pago de los créditos públicos no privilegiados a raíz de un procedimiento concursal para poder acogerse a la exoneración de deudas, excluye el acceso a la exoneración de deudas en circunstancias en las que el deudor haya tenido un comportamiento negligente o imprudente, sin haber actuado, no obstante, de forma deshonesto o de mala fe, y excluye el acceso a la exoneración de deudas cuando, en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración, el deudor haya sido sancionado mediante resolución administrativa firme por infracciones tributarias muy graves, de seguridad social o del orden social, o se haya dictado en su contra un acuerdo firme de derivación de responsabilidad, salvo que, en la fecha de presentación de esa solicitud, dicho deudor hubiera satisfecho íntegramente sus deudas tributarias y sociales, siempre que esas excepciones estén debidamente justificadas con arreglo al Derecho nacional.

3) El artículo 23, apartado 2, de la Directiva 2019/1023 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que excluye el acceso a la exoneración de deudas en un supuesto específico, sin que el legislador nacional haya justificado debidamente tal exclusión.

4) El artículo 23, apartado 4, de la Directiva 2019/1023 debe interpretarse en el sentido de que la relación de categorías específicas

de créditos que figura en él no tiene carácter exhaustivo y de que los Estados miembros tienen la facultad de excluir de la exoneración de deudas categorías específicas de créditos distintas de las enumeradas en esa disposición, siempre que tal exclusión esté debidamente justificada con arreglo al Derecho nacional.

5) El artículo 23, apartado 4, de la Directiva 2019/1023 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional de transposición que establece una exclusión general de la exoneración de deudas por créditos de Derecho público, basándose en que la satisfacción de estos créditos tiene una especial relevancia para una sociedad justa y solidaria, asentada en el Estado de Derecho, salvo en circunstancias y límites cuantitativos muy restringidos, al margen de la naturaleza de esos créditos y de las circunstancias que los han originado, y que, por consiguiente, restringe el alcance de las disposiciones nacionales sobre exoneración de deudas que eran aplicables a esta categoría de créditos antes de adoptarse tal normativa, siempre que esta exclusión esté debidamente justificada con arreglo al Derecho nacional.

6) El artículo 23, apartado 4, de la Directiva 2019/1023 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece una regla general de exclusión de la exoneración de deudas por créditos de Derecho público, en la medida en que concede un trato privilegiado a los acreedores públicos con respecto a los demás acreedores, siempre que tal exclusión esté debidamente justificada con arreglo al Derecho nacional.

7) El artículo 23, apartado 4, de la Directiva 2019/1023 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que contempla una limitación de la exoneración de deudas para una categoría específica de créditos mediante el establecimiento de

un tope por encima del cual queda excluida esa exoneración, sin que ese tope se fije en función del importe de la deuda en cuestión, siempre que tal limitación esté debidamente justificada con arreglo al Derecho nacional.

8) La Directiva 2019/1023 debe interpretarse en el sentido de que, cuando un legislador nacional decide ejercer la facultad regulada

en el artículo 1, apartado 4, de dicha Directiva y extiende la aplicación de los procedimientos que permiten la exoneración de las deudas contraídas por empresarios insolventes a las personas físicas insolventes que no sean empresarios, las normas que devienen aplicables a esas personas físicas en virtud de tal extensión deben ajustarse a las disposiciones del título III de la citada Directiva”.

► **Cuestión de actualidad. A debate**

¿LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO PRODUCE COMO EFECTO LA TERMINACIÓN Y ARCHIVO DEL PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN DE LA HOMOLOGACIÓN DE UN PLAN DE REESTRUCTURACIÓN?

Nos preguntamos los posibles efectos que puede tener la declaración de concurso respecto al incidente concursal de impugnación del plan de reestructuración homologado del mismo deudor pendiente de resolución. En concreto, si la declaración de concurso conlleva una sobrevenida carencia de objeto y procesalmente deriva en el necesario archivo del incidente de impugnación o si, por el contrario, la impugnación debe seguir su curso, trasladándose al concurso una vez resuelta los efectos de la sentencia que ponga fin a la misma, utilizándose hasta dicho momento las reglas sobre especial reconocimiento de créditos en el concurso. En concreto, las relativas a los créditos contingentes.

La cuestión se plantea al hilo del auto dictado por la Audiencia Provincial de Sevilla el pasado 15 de enero de 2025 en el que se desestimó el recurso de reposición frente al auto de 21 de noviembre de 2024 del mismo órgano en el que se resolvió archivar el procedimiento de impugnación de la homologación de un plan de reestructuración por haber sido declarado el concurso del deudor.

María del Mar Hernández Rodríguez

Javier Antón Guijarro

José María Blanco Saralegui

Enrique Sanjuán y Muñoz

EN OPINIÓN DE ENRIQUE SANJUÁN Y MUÑOZ
MAGISTRADO ESPECIALISTA EN MERCANTIL
CGPJ. AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA
PROFESOR DE DERECHO MERCANTIL UNIVERSI-
DAD DE MÁLAGA

El Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 21 de noviembre de 2024, dictado en un supuesto de reestructuración con una homologación judicial impugnada, ha despertado no solo interés sino la posibilidad de análisis de un supuesto no planteado hasta

el momento. Realmente ha sido el Auto de 15 de enero de 2025, resolviendo un recurso de reposición contra el citado Auto el que nos da las claves de dicha discusión.

Lo primero que cabe destacar es que el primero de los Autos acordó dar por terminado el procedimiento de impugnación del plan de reestructuración y su archivo, al haberse declarado el concurso de la sociedad a quien afectaba dicho plan ya homologado por el juez de lo mercantil. El propio Auto que resuelve la reposición recoge que dicha impug-

nación del plan iba destinada a dejar ineficaz el mismo.

Es decir, antes de que se resuelva la impugnación (aunque ya admitida a trámite) y después de la homologación judicial, el deudor que presentó el plan de reestructuración que fue aprobado y homologado judicialmente, fue declarado en concurso de acreedores. Puesto de manifiesto ante la Audiencia Provincial se procede al archivo del procedimiento de impugnación del plan.

Por un acreedor se presentó recurso de reposición partiendo de que la declaración de concurso no podía privar de efectos a un plan de reestructuración que debía entenderse vigente y afectaba a créditos suyos contra la concursada. La idea es que el propio plan establecía un régimen de reclamación de los créditos de dicho acreedor y que por tanto al mismo debía atenderse. De otra forma si resultaba que se deja sin efecto el plan el mismo no operaría y la forma de cobrar se sujetaría al principio *par conditio creditorum* del procedimiento concursal conforme al Libro I del TRLCon 1/2020.

La Audiencia Provincial resuelve el citado recurso, llegando a la conclusión de que una vez declarado el concurso no continúa vigente el plan de reestructuración (FJ IV) puesto que el mismo estaba destinado solo a la fase preconcursal. Entendía que ello haría una contradicción entre lo que resuelva el juez que homologó y el juez del concurso que, por otro lado, tiene competencia exclusiva y excluyente conforme al artículo 2 TRLCon. No obstante, y al mismo tiempo de afirmar esto nos dirá que todo ello será "...sin perjuicio de lo que pueda resolver el Juez del Concurso sobre los efectos no reversibles de ese plan o sobre la protección de terceros hipotecarios de buena fe".

Esta aparente contradicción puede resolverse partiendo de que lo que a lo mejor se

intentaba afirmar es que una vez declarado el concurso los efectos del plan (que es eficaz mientras no se resuelva otra cosa) los determina el juez del concurso conforme a la normativa vigente y mientras el concurso no fuere declarado el plan surtía sus efectos. Esto puede verse a través de lo que recoge el artículo 671.2 TRLCon en una interpretación amplia. El citado precepto recoge que si se da el incumplimiento de un plan (el apartado primero nos habla de plan homologado) teniendo como causa la insolvencia, cualquier persona legitimada podrá solicitar la declaración de concurso. Aunque el primer apartado (con la excepción de la posibilidad de excepción de la resolución para los créditos públicos que recoge el segundo párrafo) nos dice que una vez homologado, no se podrá pedir la resolución del plan de reestructuración por incumplimiento, ni la desaparición de los efectos extintivos o novatorios de los créditos afectados, salvo que el propio plan previese otra cosa, lo cierto es que el segundo relaciona el incumplimiento y el concurso como hemos visto.

Desde el punto de vista de dicho precepto hablaríamos entonces de planes homologados judicialmente (1), que estarán sometidos a sus propias normas resolutorias(2), pues en su defecto no es posible (3) que el incumplimiento nos lleve a la resolución del plan ni a la desaparición de los efectos extintivos o novatorios de los créditos afectados; en cualquier caso eso será salvo que (4) el incumplimiento nos lleve a un supuesto de insolvencia en cuyo caso lo que nos dice es que cualquiera (que esté legitimado) podrá pedir la declaración de insolvencia.

Este supuesto es particular pues no nos dice el precepto que se resuelva o se modifique nada del plan, sino que se puede declarar la insolvencia y por tanto sujetarse a sus normas. Es el caso en que el juez del concurso decidirá cuáles son los efectos que derivan de dicho plan de reestructuración, en tanto

a su contenido. Es coherente al sistema que así sea. Y la Audiencia Provincial distingue dos supuestos en el artículo. Por un lado, en caso de que no haya insolvencia y por tanto la posibilidad de obligar a su cumplimiento; y por otro en el caso de insolvencia, en donde ve injusto que se mantengan los efectos novatorios. Existe cierta contradicción entre esto y la regla del sometimiento al concurso que posteriormente se afirma y que hemos relatado.

No obstante lo anterior, lo cierto es que aquí es el deudor el que ha ido a concurso de acreedores y que el plan fue homologado y comenzó a ejecutarse. Y que el plan fue impugnado pero que dicha impugnación no ha sido resuelta y sin embargo se ha dejado sin efecto el citado plan. Con ello lo que sí ha ocurrido es que en la práctica se ha producido una ineficacia completa del plan al margen de la impugnación y de las causas que la norma prevé.

Al archivar el procedimiento y al mismo tiempo declarar sin efecto el plan y decidir que los acreedores afectados recuperan completamente sus derechos, salvando solo los efectos no reversibles (con obiter dicta sobre el derecho indemnizatorio) y a los terceros hipotecarios (de igual forma que lo recoge el 661.3 TRLCon), en realidad lo que se ha hecho es declarar la ineficacia del mismo como si de un supuesto del artículo 661.2 TRLCon se tratara.

No entraremos, por falta de espacio, en la herramienta puesta en manos de los deudores que tanto ha querido evitar, como problema el oportunismo hold-up (que algunos llaman hold-out) la Directiva UE 2019/1023, en tanto una vez alcanzado el plan de reestructuración, todavía puede poner sobre la mesa (sin posibilidad ahora del 612 o 637) el ir al concurso si no se llegan a otros acuerdos facilitadores de la insolvencia.

Por otro lado, lo cierto es que dejar sin eficacia un plan partiendo de la declaración de concurso tampoco parece una solución acorde con la normativa vigente, sin perjuicio de lo que en realidad ocurra o deba ocurrir en el concurso de acreedores al que se somete pero partiendo de su contenido. Pensemos por ejemplo en los intercreditor agreements recogidos hoy en el artículo 435.3 como pacto de subordinación relativa válido entre acreedores que se recogiera en dicho plan.

El legislador resumía en el actual 661 los efectos de la declaración de incumplimiento (sin declaración de tal) de los planes de refinanciación que los anteriores artículos 628 y 629 (antes de la reforma de la Ley 16/2022) desarrollaban. Pero sin embargo el nuevo precepto, en la libertad que se ha querido de forma absoluta establecer bajo la autonomía de la voluntad, no prevé nada de esto. De hecho el artículo 16 de la Directiva ya anunciaba que los recursos contra una decisión confirmatoria de un plan de reestructuración no tendrían efectos suspensivos sobre la ejecución de dicho plan (con excepciones respecto de decisiones judiciales que protejan el interés de partes), por lo que el planteamiento de una impugnación (aunque no sea recurso en sí mismo) tampoco debería dejarlo sin efecto, cuando dicha impugnación se archiva por cualquier razón.

Todo ello además sin tener en cuenta que, dependiendo de la aprobación consensual o no consensual, la eficacia del plan necesitará o no homologación en función del contenido (art 635 TRLCon) y que según los supuestos la eficacia bilateral, multilateral (acuerdo marco o no) o de arrastre también depende del contenido del plan de reestructuración aprobado y que por lo tanto esto será una cuestión a tratar en el concurso de acreedores desde ese contenido y desde la eficacia del mismo una vez resuelta definitivamente la impugnación que en el caso concreto se ha archivado.

EN OPINIÓN DE JAVIER ANTÓN GUIJARRO
MAGISTRADO ESPECIALISTA EN MERCANTIL
CGPJ. AUDIENCIA PROVINCIAL DE OVIEDO

Un plan de reestructuración se concibe en el Libro II del TRLC como un instrumento dirigido a garantizar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo, y evitar el concurso del deudor (art. 633-10ª TRLC). Y su homologación judicial produce unos efectos que le son propios y que difieren de los que vienen anudados a otros instrumentos semejantes como puede ser el convenio concursal. Esta diferencia puede ser apreciada con mayor claridad si atendemos a lo que constituye el contenido típico de un convenio concursal, como son las quitas y esperas (art. 317-1 TRLC), pues las quitas en un convenio concursal aprobado judicialmente no suponen propiamente una novación extintiva de las obligaciones a las que vienen referidas sino (como recuerda la [STS 229/2016, de 8 abril](#)) una suerte de compromiso por parte de los acreedores afectados de no reclamar ese pago –*pactum de non petendo*– cuya eficacia queda sometida al condicionante que viene dado por el cumplimiento íntegro del convenio. Como señala la citada Sentencia del Alto Tribunal *si el convenio se incumple y se abre la fase de liquidación, desaparecen estos efectos sobre los créditos (art. 140.4 LC). Si el convenio se cumple parcialmente, en la liquidación se tendrán por legítimos los pagos parciales efectuados, salvo que se probara la existencia de fraude, contravención del convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores (art. 162.1 LC). Mientras que si el convenio se cumple íntegramente, y así se declara conforme al art. 139 LC, los créditos quedarán definitivamente extinguidos*. Esta eficacia meramente provisional del convenio tiene también su reflejo contable.

Por su parte los planes de reestructuración se conciben con un contenido mucho más amplio al poder afectar tanto al activo como

al pasivo, e incluso a sus fondos propios (art. 614 TRLC), debiendo destacar como elemento diferenciador que en caso de homologación judicial el plan de reestructuración desplegará unos efectos *extintivos o novatorios de los créditos afectados* sin que se pueda pedir la resolución del plan por incumplimiento ni la desaparición de tales efectos, salvo que el propio plan previese otra cosa (art. 671-1 TRLC). De lo anterior se desprende que los efectos que despliegan las medidas contenidas en el plan, tras su homologación judicial, son definitivos y no aparecen condicionados a un eventual incumplimiento posterior, al contrario de que lo acontece con el convenio concursal, de manera que sus efectos se extienden *inmediatamente* a todos los créditos afectados, al propio deudor y, si fuera sociedad, a sus socios, aunque el auto no sea firme (art. 649 TRLC), pudiendo llevarse a cabo desde el momento de su homologación los actos de ejecución del plan (art. 650 TRLC). El despliegue de tales efectos supone que desde el momento de la homologación del plan los créditos afectados quedarán novados o extinguidos en la parte correspondiente, los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento quedarán, en su caso, resueltos, y a su vez podrán nacer nuevos créditos que se hayan generado durante la fase de negociación, como pueden ser los derivados de las garantías reales constituidas en favor de algunos de los créditos afectados, o los de la financiación interina y nueva financiación.

Este esquema legal ni siquiera se verá afectado por el hecho de la posterior declaración de concurso del deudor (art. 671-2 TRLC). De esta manera en el concurso deberán ser reconocidos los créditos con los efectos extintivos o novatorios contemplados en el plan homologado, y asimismo deberán ser reconocidos los créditos nacidos de cualquier otra operación de reestructuración aprobada por el plan. El propio legislador está aceptando que los efectos del plan homologado

continuarán vigentes tras el concurso, y en tal sentido introduce mecanismos específicos de protección para poner a salvo de una eventual rescisión concursal, entre otros créditos, los derivados de la financiación *interina*, de la nueva financiación, y de las operaciones para la ejecución del plan, siempre que se cumplan determinadas condiciones (arts. 667 a 669 LTRC). Precisamente porque el plan homologado puede dar lugar a la aparición de esos nuevos créditos –todo ello con la consecuencia de que en caso de concurso posterior van a interferir en la clasificación crediticia de que gozaban los créditos preexistentes al plan– se permite la impugnación con efectos limitados de los acreedores afectados e incluso a los no afectados, pues tendrán un interés legítimo en evitar que su posición crediticia se pueda ver perjudicada (art. 670 TRLC).

Bajo este diseño entendemos que la declaración de concurso no puede llevar aparejada la terminación y archivo del procedimiento de impugnación del plan de reestructuración que estuviera en tramitación en ese momento. La impugnación carece de efectos suspensivos (art. 660 TRLC) por lo que deberá seguir su curso hasta Sentencia. Hemos de tener en cuenta que una Sentencia estimatoria de la impugnación no conlleva necesariamente la ineficacia del plan pues, a salvo de los casos del art. 661-2 TRLC, simplemente declarará la no extensión de sus efectos frente a quien hubiera instado la impugnación, subsistiendo los efectos de la homologación frente a los demás acreedores y socios (art. 661-1 TRLC). Por lo tanto el crédito que titule el acreedor impugnante deberá ser reconocido como crédito contingente (art. 262 TRLC) mientras se ventile la impugnación. Y si la impugnación se formula por la falta de concurrencia de las mayorías necesarias o por la formación defectuosa de las clases, podrá ocurrir que la totalidad del contenido del plan pierda su eficacia. Pero en cualquiera de tales casos habrá que es-

perar hasta el dictado de la Sentencia definitiva que resuelva la impugnación para poder determinar los términos en los que el plan de reestructuración extiende su eficacia, y ello por más que se hubiera declarado en concurso al deudor. Es por todo ello que no podemos compartir la conclusión que alcanza el Auto de 15 enero 2025 dictado por la Audiencia Provincial de Sevilla (Secc. 5ª) acordando el archivo de la impugnación por haberse declarado ya el concurso del deudor.

**EN OPINIÓN DE JOSÉ MARÍA BLANCO SARALEGUI
MAGISTRADO ESPECIALISTA EN MERCANTIL CGPJ
EN EXCEDENCIA
ABOGADO**

La cuestión planteada tiene un interés indudable. En efecto, reestructuración y concurso están configurados como remedios *alternativos* a la insolvencia. De hecho, en la fase preconcursal pura –la comunicación de inicio de negociaciones regulada en los artículos 585 y siguientes del Texto Refundido de la Ley Concursal (el “**TRLC**”)– el objetivo no es otro que *alcanzar un plan de reestructuración que permita superar la situación en que se encuentra* (vid. art. 585 TRLC), que no es otra que la insolvencia probable, inminente o actual.

Nótese, sin embargo, que las negociaciones para aprobar un plan de reestructuración pueden o no ir acompañadas de medidas protectoras de la integridad del patrimonio, como las generadas por los instrumentos preconcursales, muy singularmente la protección frente a solicitudes de concurso necesario, la paralización de ejecuciones o la prohibición de resolver contratos, con todas las matizaciones respecto al carácter necesario de los bienes y de los contratos que prevé la ley.

De cualquier manera, si el deudor que está en estado de insolvencia actual no consigue aprobar un plan de reestructuración en el plazo de tres meses (o de seis, si ha pedido su prórroga), deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente (vid. art. 611.1 TRLC). De esta forma, el concurso de acreedores y la constatación de la insolvencia –con el consiguiente despliegue de todos sus efectos– pasa por ser el fracaso de la reestructuración, y se plantea entonces como solución *sucesiva*, más que alternativa, para esta.

Así, que el concurso se declare cuando un plan de reestructuración no se aprueba o no se homologa, es la solución natural. Lo que se nos plantea en la pregunta no es –o no debería ser– la situación habitual: que un deudor haya conseguido aprobar e incluso homologar un plan de reestructuración (en el caso de la homologación, por precisarse para alguno de los efectos previstos en el artículo 635 TRLC) y que, en el escaso íterin temporal (teórico) en que se procede a la impugnación de dicha homologación, cae en concurso, generalmente de forma voluntaria. Cuando esto sucede así, puede constatarse con facilidad que ni siquiera con las medidas adoptadas con la reestructuración había la menor garantía de viabilidad.

La cuestión que se suscita es si ese incidente de impugnación de la homologación carece, o no, sobrevenidamente de objeto. Los argumentos que se dan por la Audiencia Provincial de Sevilla en su auto de 15 de enero de 2025 no me parecen suficientes para concluir que una declaración de concurso, por sí sola, ha de dejar sin efecto la impugnación de la homologación. Algunos de los razonamientos son discutibles y otros, en mi opinión, manifiestamente erróneos, pero abundaremos un poco en dos de los preceptos que resultan aplicables.

Es sabido que el artículo 649 TRLC establece la eficacia inmediata del auto de homologación;

y que el artículo 661 TRLC regula dos efectos distintos para el caso de estimación de las impugnaciones del plan, en función de cuál sea la causa de impugnación que haya sido acogida.

- a) Con carácter general, la sentencia estimatoria de la impugnación declarará la no extensión de los efectos del plan únicamente frente a quien hubiera instado la impugnación, subsistiendo los efectos de la homologación frente a los demás acreedores y socios. En este caso, si los efectos no se pueden revertir, el impugnante tendrá derecho a la indemnización de los daños y perjuicios por parte del deudor.
- b) Como excepción, cuando la estimación de la impugnación se haya basado en la falta de concurrencia de las mayorías necesarias o en la formación defectuosa de las clases, la sentencia declarará la ineficacia del plan.

Teniendo en cuenta que un plan homologado afecta inmediatamente al deudor, a sus socios y a los acreedores, no es ni mucho menos igual titular en el concurso un crédito de cien que un crédito de cincuenta, si es que este fue sometido a una quita de un 50 % y arrastrado como consecuencia de la homologación. En tal caso, el acreedor impugnante tiene un evidente interés legítimo en acudir al concurso con su crédito pleno y no reestructurado. Igual interés tendrán todos y cada uno de los acreedores si el motivo de impugnación *sub iudice* es la correcta formación de las clases o la falta de mayorías, pues en tal caso decae por completo el plan.

Por tanto, y aunque dependerá mucho de quién impugna y cuál sea el fundamento de la impugnación, me parece que existe interés legítimo, por regla general, para que, incluso declarado el concurso, la impugnación prosiga; sostener que, constatada la situación de insolvencia, esta extermine, anule, o simplemente haga pasar de página los ejercicios realizados por el deudor antes para evitarla,

no es la solución que generalmente se haya de adoptar, aunque en el caso concreto habrá de examinarse si la declaración de concurso deja *por completo* sin interés legítimo al impugnante, haciéndole decaer en su derecho.

EN OPINIÓN DE MARÍA DEL MAR HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

**MAGISTRADA ESPECIALISTA EN MERCANTIL CGPJ
SECC 28ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE
MADRID**

La respuesta a la cuestión que se nos plantea fuerza necesariamente a efectuar una reflexión sobre los efectos de la estimación de la impugnación de un plan de reestructuración y las consecuencias que la declaración de concurso del deudor tiene sobre el plan de reestructuración homologado, para determinar si cuando la primera se encuentra pendiente de resolución, la declaración de concurso determina la carencia sobrevenida de objeto y ha de suponer su terminación y archivo.

No podemos dejar pasar por alto la disfunción que supone la declaración de concurso de un deudor que presupone su situación de insolvencia actual o inminente configurada como presupuesto objetivo, con la cercana homologación de un plan de reestructuración respecto al mismo deudor respecto al cual penda la resolución de una impugnación. El Preámbulo de la Ley 16/2022 se refiere a los planes de reestructuración como *un instrumento preconcursal dirigido a evitar la insolvencia, o a superarla*. Además, una de las causas de impugnación del plan homologado es precisamente que el plan no ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo. Dejaremos para otra ocasión la reflexión sobre el posible carácter confesorio que la declaración de concurso

voluntario pudiera tener respecto a la concurrencia de este motivo de impugnación de los planes de reestructuración.

La posibilidad de atacar el plan de reestructuración homologado se articula a través del novedoso desde el punto de vista procesal, trámite de impugnación ante la Audiencia Provincial que conoce de ella en primera y única instancia. Su impugnación carece de efectos suspensivos (art. 660 TRLC) por lo que la eficacia del plan, que se produce desde el momento en que es homologado (art. 649 TRLC), no se ve afectada.

La estimación de la impugnación, con carácter general tiene unos efectos limitados exclusivamente respecto al impugnante, puesto que según dispone el art. 661 TRLC, la sentencia en ese caso *declarará la no extensión de los efectos del plan únicamente frente a quien hubiera instado la impugnación, subsistiendo los efectos de la homologación frente a los demás acreedores y socios*. Para salvar las disfunciones que se puedan producir por la conjunción de la eficacia inmediata del plan desde su aprobación con la carencia de efectos suspensivos de la impugnación y los efectos de su estimación, se añade en dicho precepto que *si los efectos no se pueden revertir, el impugnante tendrá derecho a la indemnización de los daños y perjuicios por parte del deudor*. La regla general del carácter subjetivamente relativo de los efectos de la estimación de la impugnación tiene una excepción en la que las consecuencias son absolutas y conllevan la ineficacia del plan. En concreto, cuando la estimación de la impugnación se haya basado en la falta de concurrencia de las mayorías necesarias o en la formación defectuosa de las clases.

Junto a esta impugnación, se prevé otra en el art. 670 TRLC de efectos más limitados que está destinada a combatir con carácter exclusivo la protección en el ulterior concurso de la financiación interina, la nueva financiación y

los actos, operaciones o negocios realizados en ejecución del plan. Por lo tanto, se trata de una impugnación *ad cautelam* cuya estimación se proyecta única y exclusivamente en el concurso de acreedores del deudor.

Al margen de las posibles impugnaciones del plan homologado, sus efectos son irreversibles incluso en el caso de incumplimiento, con dos excepciones. En primer lugar, la excepción que con relación al crédito de derecho público se prevé en el art. 671 TRLC. En segundo término, cuando se prevea en el propio plan otra cosa. Por ello, los acreedores afectados por el plan, en el caso de que este sea incumplido por causa de insolvencia del deudor, únicamente tendrá la vía de solicitar su concurso necesario. En cambio, una vez homologado un plan de reestructuración, no se podrá pedir su resolución por incumplimiento, ni la desaparición de los efectos extintivos o novatorios de los créditos afectados, con las dos excepciones anteriores y salvo que se estime una impugnación (art. 671 TRLC).

Lo anterior supone que, de declararse el concurso de acreedores del deudor respecto al que se homologó un plan de reestructuración, los efectos novatorios o extintivos que en los créditos produjo el plan se mantienen inalterados por lo que los acreedores verán reconocidos en el concurso los créditos resultantes del plan. Igualmente, que la financiación interina, la nueva financiación y los actos, operaciones o negocios realizados en ejecución del plan homologado, si los créditos afectados por el plan de reestructuración homologado representasen al menos el cincuenta y uno por ciento del pasivo total, no serán rescindibles en el ulterior concurso.

El juego de las reglas anteriores me lleva a entender que la declaración de concurso del deudor carece de efectos procesales en el incidente concurso de impugnación del plan de reestructuración ni supone una carencia sobrevinida de objeto.

Frente a ello, el impugnante mantiene un claro interés legítimo en la resolución de la impugnación como exclusivo instrumento para excluir de manera relativa la eficacia del plan, en el caso general de que la estimación de la impugnación tenga como efecto la no extensión del plan únicamente frente a quien hubiera instado la impugnación, o de manera absoluta, cuando la estimación de la impugnación se base en la falta de concurrencia de las mayorías necesarias o en la formación defectuosa de las clases y se declare la ineficacia total del plan.

Incluso cuando en el primer y general caso, donde las consecuencias de la estimación de la impugnación son relativas y afectan exclusivamente al impugnante, no se puedan revertir los efectos del plan a pesar de la estimación de la impugnación, el impugnante tendrá derecho a la indemnización de los daños y perjuicios por parte del deudor, por lo que se mantiene su interés legítimo en la resolución de la impugnación.

Mientras no se resuelva la impugnación, el crédito del impugnante o, en su caso, de todos los afectados por el plan si la eventual estimación de la impugnación pudiera conllevar la ineficacia total del plan, deberán reconocerse en el concurso con el carácter de contingentes en aplicación del art. 262 TRLC en relación con el art. 261.3 de la misma norma.

La misma respuesta considero que ha de darse cuando lo atacado sea la protección en el ulterior concurso de la financiación interina, la nueva financiación y los actos, operaciones o negocios realizados en ejecución del plan. Recordemos que la calificábamos antes de impugnación *ad cautelam* en tanto que su estimación se proyecta única y exclusivamente en el concurso de acreedores del deudor, lo que supone que subsista el interés legítimo del impugnante.

Contacto

vLex Networks SL

Oficina Madrid:

Edgar Neville 6
28020 Madrid

Oficina Barcelona:

C/ Pallars 194
Oficina 02-101
08018 Barcelona

T: 932 722 685

www.vlex.es

Síguenos en las redes sociales

