

BOLETÍN MERCANTIL Nº 3

Septiembre 2010

SUMARIO

- 1. DERECHO SOCIETARIO**
- 2. DERECHO DE LOS MERCADOS FINANCIEROS**
- 3. CONTRATOS MERCANTILES**
- 4. DERECHO CONCURSAL**
- 5. COMPETENCIA DESLEAL Y PUBLICIDAD**
- 6. NORMATIVA EN TRAMITACIÓN**

BOLETÍN MERCANTIL Nº 3

Septiembre 2010

SUMARIO DETALLADO

1.- DERECHO SOCIETARIO

TEMAS ACTUALES

- La nueva Ley de Sociedades de Capital.
- Peculiar "corrección de erratas" con efectos normativos en la Ley de Sociedades de Capital y nuevos pasmos.
- La nueva normativa contable de combinaciones de negocios y cuentas consolidadas ve la luz.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- Paralización de órganos sociales como causa de disolución (STS 15-06-2010).
- El derecho de información de los socios, la razonabilidad y la buena fe (STS 26-07-2010).
- Responsabilidad de los administradores por no promover la disolución de la sociedad (art. 260.4 Y 262.5 LSA). Prescripción extintiva de la acción (STS 15-07-2010).
- Aprobación de las cuentas sin el informe del auditor. Impugnación de acuerdos de la Junta que aprueban las cuentas sin informe del auditor (STS 21-07-2010).
- Publicidad de los Registros oficiales y protección de datos (RDGRN 29-07-2010).

2.- DERECHO DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

TEMAS ACTUALES

- Todo un mundo de posibilidades al alcance de las cajas de ahorros.
- Regulación y control de la publicidad de servicios y productos de inversión y de servicios y productos bancarios.

- Circular 1/2010, de la CNMV, de información reservada de las entidades que prestan servicios de inversión.
- Directiva UCITS IV (NIVEL 2).

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- Recorte en materia de protección de datos. El TS anula varios preceptos en materia de protección de datos de carácter personal.

3.- CONTRATOS MERCANTILES

TEMAS ACTUALES

- Se modifica la ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

4.- DERECHO CONCURSAL

- La propuesta de reforma en materia del deber de solicitud de concurso y acuerdos de refinanciación.

5.- COMPETENCIA DESLEAL Y PUBLICIDAD

- Advertir masivamente de la infracción de una patente no constituye competencia desleal (STS 12-07-2010).
- Publicidad comparativa: Conclusiones del Abogado General Mengozzi; Lidl vs. Leclerc.

6.- NORMATIVA EN TRAMITACIÓN

- El Anteproyecto de Ley de contratos de crédito al consumo.

1. DERECHO SOCIETARIO

TEMAS ACTUALES

La nueva Ley de Sociedades de Capital. Por Javier Leyva

I. Consideraciones Previas

El pasado 1 de septiembre de 2010 entró en vigor el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”). Dicho texto cumple así con la previsión recogida en la disposición final séptima de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (“LMESM”), en virtud de la cual se habilitaba al Gobierno para que procediera a refundir, “regularizando, aclarando y armonizando” en un único texto: (i) La sección 4ª, Título I, Libro II del Código de Comercio de 1885, relativa a las sociedades comanditarias por acciones; (ii) la Ley de Sociedades Anónimas (“LSA”); (iii) la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (“LSRL”); y (iv) el Título X de la Ley de Mercado de Valores, relativo a las sociedades anónimas cotizadas.

La razón de dicha refundición responde –tal y como reza en la exposición de motivos- a la existencia de descoordinaciones, imperfecciones y lagunas en algunos de los preceptos contenidos en las normas legales citadas anteriormente, respecto de las cuales, doctrina y jurisprudencia habían ofrecido interpretaciones divergentes sin que existiera razón suficiente.

Y, efectivamente, la LSC no es una mera refundición en un único cuerpo de diversas normas legales, sino que ha sido el resultado de la regularización, la aclaración y la armonización de aquellos textos.

- Regularización (ajustar, reglar, poner en orden): Se ha modificado, en ocasiones, la sistemática, a la vez que se ha intentado reducir las imperfecciones de las proposiciones normativas.
- Aclaración: Se han eliminado, en la medida de lo posible, las dudas que suscitaba la interpretación de algunas normas, determinando su preciso alcance.
- Armonización: Se han suprimido divergencias de expresión, unificando y actualizando la terminología

con para superar las discordancias producidas en anteriores procesos normativos.

No obstante, tal y como se podrá ver en el siguiente apartado, el gobierno en ocasiones quizá ha ido más allá de aquello a lo que le autorizó el parlamento, aprovechando la oportunidad que se le ha brindado, aunque no estuviera habilitado para ello, para modificar algunos preceptos que todavía estamos “digiriendo”.

II. Principales Novedades de la LSC

Entre las principales novedades que se recogen en la LSC cabe destacar las siguientes:

1. Título I. Disposiciones Generales

- Art. 1: De ahora en adelante, las sociedades anónimas (“SA”), las sociedades de responsabilidad limitada (“SL”) y las sociedades comanditarias por acciones (“SCA”) serán consideradas “sociedades de capital”.
- Art. 4: El capital social mínimo de las SAs y de las SLs se redondea, estableciéndose, respectivamente, en 6.000 euros y en 3.000 euros.
- Art. 18: Se considera que existe “grupo de sociedades” cuando concurren alguno de los supuestos establecidos en el art. 42 del Código de Comercio y será “sociedad dominante” la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras.

2. Título IV. Participaciones sociales y acciones

- Art. 107.3: Se prohíbe, aunque sólo en sede de SLs, la posibilidad de que en los estatutos sociales se atribuya al auditor de cuentas de la sociedad la facultad de fijar el valor de las participaciones a los efectos de su transmisión¹.
- Capítulo VI.- Los negocios sobre las propias participaciones o acciones: En los supuestos de adquisición o suscripción por parte de una sociedad de acciones o participaciones de su sociedad dominante –autocartera indirecta- y que dichas sociedades sean de naturaleza distinta (SA y SL), será de aplicación el régimen de la sociedad filial, y

¹ Dicho apartado fue incluido por la Ley 12/2010, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas.

no el de la sociedad matriz tal y como hasta ahora venía sosteniendo la doctrina mayoritaria.

- Art. 158: Según este precepto, el Capítulo VI de la LSC –que regula los negocios sobre las propias participaciones o acciones- también será de aplicación a las operaciones sobre las participaciones o acciones de la sociedad dominante española que adquiera o suscriba su sociedad filial extranjera.

3. Título V. La Junta General

- Art. 160: La enumeración de las competencias de la junta general que antes sólo se establecía en sede de limitadas se aplica también a la SA.
- Arts. 164 y 165: Se extiende a la SL, la referencia a las dos clases de Juntas generales - ordinaria y extraordinaria- que antes sólo se preveía para la SA.
- Art. 171: Se extiende a la SA, la posibilidad de convocar por parte de cualquier socio, la junta general para el nombramiento de los administradores, en los casos de muerte o de cese de éstos, antes previsto para la SL.
- Art. 180: Los administradores de las sociedades de capital deberán asistir a las juntas generales, requisito éste, únicamente recogido anteriormente en sede de anónimas.

4. Título VI. La Administración de la Sociedad

- Capítulo III.- Deberes de los administradores: Los deberes de los administradores recogidos en la LSA se extienden a todas las sociedades de capital.²
- Art. 229.3- Las situaciones de conflicto de intereses previstas en los apartados 1 y 2 del art. 229 LSC deberán ser objeto de información en la memoria de todas las sociedades de capital, extendiéndose por consiguiente dicha obligación a la SL.

5. Título VIII. La Modificación de los Estatutos Sociales

- Art. 287- Se extiende a todas las sociedades de capital, la obligación de hacer constar en la

² El deber de fidelidad recogido en el art. 127 bis LSRL ha quedado subsumido en el art. 226 LSC relativo al deber de lealtad. Asimismo se extraen los apartados 3 y 4 del art. 127 ter y se enmarcan dentro del precepto relativo a las situaciones de conflicto (art. 229 LSC)

convocatoria de la junta general, el derecho que corresponde a todos los socios a pedir la entrega o el envío gratuito de los documentos relativos a las modificaciones estatutarias, lo que antes sólo se establecía para la SL.

- Art. 303- En los aumentos de capital con cargo a reservas, todas las sociedades de capital –y no sólo la SA- deberán someter a verificación del auditor de cuentas de la sociedad o del auditor nombrado por el Registro Mercantil a solicitud de los administradores, si la sociedad no estuviera obligada a verificación contable, el balance que sirve de base al aumento.

- Art. 304: El derecho de suscripción (SA) y asunción (SL) preferente de los socios únicamente será de aplicación en operaciones de ampliación de capital con cargo a aportaciones dinerarias. Por tanto, el derecho desaparece en los aumento de capital con aportaciones no dinerarias.

- Art. 317: Se generaliza la reducción de capital para constituir o incrementar la reserva legal o las reservas voluntarias, supuesto que sólo se contemplaba en sede de anónimas.

- Art. 323: Se exige asimismo a la SA, que el balance que sirva a las operaciones de reducción de capital por pérdidas o para dotar la reserva legal, se refiera a una fecha comprendida en de los seis meses inmediatamente anteriores al acuerdo de reducción. Este requisito temporal –el plazo de seis meses- únicamente se exigía para la SL.

- Art. 326: Se extiende a la SL, la condición de que la reserva legal alcance el 10% del nuevo capital para que se pueda repartir dividendos una vez reducido el capital.

- Art. 329: A diferencia de la LSRL donde se exigía el consentimiento de todos los socios cuando la reducción no afectara por igual a todas las participaciones sociales, en la LSC, en sede de SLA, se exige únicamente el consentimiento individual de los titulares de esas participaciones.

6. Título IX. Separación y exclusión de socios

- Art. 346: Se extienden a la SA y a la SCA, las causas de separación de socios incluidas en la LSRL.

- Art. 347: Al igual que en la SL, los estatutos sociales de la SA y de la SCA, podrán establecer otras

causas de separación distintas a las previstas en el art. 346 LSC.

- Art- 353 y ss.: En caso de separación de socios, las normas de valoración de las acciones o participaciones –previstas anteriormente en la LSRL– son comunes a todas las sociedades de capital.

7. Título X. Disolución y liquidación

En términos generales, la LSC generaliza y unifica los preceptos existentes en la LSRL relativos a la Disolución y liquidación, extendiéndose a todas las sociedades de capital. A continuación se indican los cambios más significativos relativos a este Título:

- Art. 390.1: Los liquidadores, además del balance de liquidación, deberán elaborar un informe completo sobre las operaciones de liquidación y un proyecto de división entre los socios del activo circulante.
- Art. 390.2: El plazo de impugnación que tienen los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo aprobatorio del balance final, el informe completo sobre las operaciones de liquidación y un proyecto de división entre los socios del activo circulante será de dos meses.
- Art. 398 y ss.: Se extiende a las SAs y a las SCA el régimen aplicable a los activos y pasivos sobrevenidos.

8. Título X. Sociedad Anónima Cotizada

- Art. 513.2 y 517.2: De ahora en adelante, será obligatoria la inscripción del reglamento de la junta general de accionistas y del reglamento del consejo de administración con arreglo a las normas generales (las aplicables a los actos inscribibles). Previa comunicación por parte de la sociedad a la CNMV, esta procederá a la publicación de estos documentos.
- Por último destacar, que en la LSC se han incorporado las modificaciones a la LSA y la Ley de Mercado de Valores aprobadas por la Ley 12/2010 de reforma de la Auditoría.

Peculiar “corrección de erratas” con efectos normativos en la Ley de Sociedades de Capital y nuevos pasmos. Por Andrés Recalde

A estas alturas ya nadie piensa que el estudio de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010) no vaya a dejar de deparar nuevos motivos de estupefacción a quien se adentre en su estudio. De las modificaciones de aquel texto trajo consigo hubo dos que causaron especial extrañeza cuando se publicó el BOE el 3 de julio. La primera se refería a la desaparición de la exención de someter a revisión de auditores las cuentas de las sociedades autorizadas a presentar balance abreviado (art. 263 LSC), que tanta alegría provocó entre los auditores de nuestro país. La otra era la extensión a todas las sociedades de capital de la norma que antes sólo se preveía para las sociedades de responsabilidad limitada (art. 66.1 y 2 LSRL), de acuerdo con la cual, en caso de que la retribución de los administradores no tuviera como base una participación en los beneficios, la remuneración debía fijarse para cada ejercicio por acuerdo de la junta general de conformidad con lo previsto en los estatutos, cuestión de la que ya nos ocupamos en el anterior Boletín (art. 217.2 LSC).

Ambas normas han sido modificadas, a través de la “corrección de errores” que publicó el BOE el 30 de agosto de 2010. Bueno, el BOE incluía el nuevo texto de ambas normas ¡y cerca de 50 correcciones más! No obstante, mientras muchas de las normas corregidas incluían estrictamente erratas tipográficas o sintácticas. La modificación de las dos normas a las que nos hemos referido representa, más bien, un auténtico cambio legislativo, excediéndose el BOE, probablemente, de la mera facultad de corregir errores.

La norma sobre retribución de administradores a la que nos referíamos conserva su redacción anterior, aunque incluye un nuevo inciso inicial que, como antes de la LSC, justifica la limitación de su aplicación a las sociedades de responsabilidad limitada. Con ello se atenúa la perplejidad que la extensión a todas las sociedades de capital, a través de una mera refundición gubernamental de textos legales, de una norma que vendría a suponer la necesidad de que anualmente se aprobarán los concretos términos de la remuneración para todos y cada uno de los administradores. Esta previsión podría acarrear gran rigidez y dificultaría la conclusión y el cumplimiento de los habituales contratos que suelen pactar los altos ejecutivos con las sociedades cotizadas que gestionan.

En cambio, no se modifica el ámbito de aplicación (que se extiende a todas las sociedades de capital) del primer

párrafo (art. 217.1 LSC) que incorpora una norma que originalmente se incluía en la LSRL (art. 66.1), presumiendo el carácter gratuito del cargo a falta de previsión estatutaria. La solución podría aquí compartirse, porque, aunque el art. 130 LSA no contuviera esta regla, la doctrina alcanzaba una conclusión similar.

Otra nota de este Boletín (de Javier Leyva) menciona más chascos y pasmos que crea la lectura de esta nueva Ley. Permítaseme, sin embargo, mencionar uno sólo que genera el difícil análisis del ámbito general y/o especial de aplicación de sus normas. Una buena parte de las previsiones sobre el régimen de organización y funcionamiento del consejo de administración limitan expresamente su ámbito a las sociedades anónimas (arts. 243, 244, 246, 247.2, 248). En cambio para las sociedades de responsabilidad limitada se dice que las reglas de convocatoria y constitución o el modo de deliberar y adoptar acuerdos deberán fijarse en los estatutos. ¿Quiere esto decir que si se produjera un olvido en la redacción de los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada las normas legales que regulan el funcionamiento del consejo de administración en la sociedad anónima no serían supletoriamente aplicables?

En próximos boletines seguiremos desgranando más hojas de este texto refundido que más que ley parece lechuga, cuyas hojas sorprenden, demasiadas veces, por su "amargura" a los juristas que tienen que aplicarla.

La nueva normativa contable de combinaciones de negocios y cuentas consolidadas ve la luz. Fernando García Martínez

1. Consideraciones previas

El BOE de 24 de septiembre de 2010 publicó el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas. Este Real Decreto:

1. Desarrolla los aspectos específicos de la consolidación de cuentas, regulados en la Sección III (Presentación de las cuentas de los grupos de sociedades) del Título III (De la contabilidad de los empresarios), del Libro I del Código de Comercio.
2. Modifica el Plan General de Contabilidad.
3. Modifica el Plan General de Contabilidad para PYMES.

2. Aspectos específicos de la consolidación

Las nuevas normas de consolidación recogidas en el Real Decreto, han tomado en consideración los Reglamentos (CE) 494/2009 y 495/2009 de la Comisión, de 3 de junio de 2009, en lo relativo, respectivamente, a la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 27 «Estados financieros consolidados y separados» y la Norma Internacional de Información Financiera (NIIF) 3 «Combinaciones de negocios».

Estas normas de consolidación serán de aplicación obligatoria:

- Por las sociedades dominantes españolas obligadas a consolidar, cuando ninguna sociedad del grupo haya emitido valores admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea³, salvo que al amparo de lo previsto en el artículo 43.bis del Código de Comercio optasen por aplicar las normas internacionales de información financiera adoptadas por la Unión Europea.
- Para las restantes personas, físicas o jurídicas, no obligadas a consolidar, pero que de forma voluntaria hubieran decidido hacerlo, así como cuando una norma sustantiva imponga a los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación la obligación de consolidar de acuerdo con los criterios establecidos en el Código de Comercio.

Estas normas comenzarán a aplicarse en la consolidación de los estados financieros del ejercicio 2010, no teniendo ninguna implicación fiscal.

3. Modificación del Plan General de Contabilidad y Plan General de Contabilidad para PYMES

La aprobación de nuevas normas de consolidación, en lógica correspondencia, exige revisar la regulación incluida en el Plan General de Contabilidad. El Real Decreto incluye la modificación del Plan General de Contabilidad en materia de:

- Combinaciones de negocios. Se modifica la norma de registro y valoración 19ª, que establece los criterios contables que deben aplicarse para contabilizar las operaciones de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo reguladas en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones

³ Si se hubiesen emitido valores se aplicarían las normas internacionales de información financiera adoptadas por los Reglamentos de la Unión Europea.

estructurales de las sociedades mercantiles, cuando el patrimonio que se transmite en bloque por sucesión universal constituye un negocio.

- Instrumentos financieros e Impuestos sobre beneficios. Se introducen novedades impuestas por las modificaciones introducidas en materia de combinaciones de negocios, en la norma de registro y valoración 9ª (Instrumentos financieros) y la 13ª (Impuestos sobre beneficios).
- Operaciones entre empresas del grupo. Se incorpora un nuevo apartado en la norma de registro y valoración 21ª (Operaciones entre empresas del grupo), norma que regula las combinaciones de negocios entre empresas del grupo.
- Revisión del cuadro de conciliación de cuentas y partidas, del modelo normal y abreviado de balance y de las descripciones y relaciones contables de las cuentas que se han visto afectadas por los cambios en los criterios de registro y valoración.

Al ser el Plan General Contable para Pequeñas y Medianas Empresas una norma complementaria del Plan General de Contabilidad, las modificaciones introducidas en este último exigen modificar el primero, en aras de seguir manteniendo la coherencia interna del modelo.

Las modificaciones ahora aprobadas serán de aplicación para todas las operaciones realizadas a partir del 1 de enero de 2010, existiendo implicaciones fiscales por haberse modificado las normas de registro y valoración en los estados financieros individuales de las operaciones señaladas.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

Paralización de órganos sociales como causa de disolución (STS 15-06-2010). Por Jesús Alfaro

La STS de 15 de junio de 2010 aclara la “buena doctrina” en materia de concurrencia de la causa de disolución de una sociedad basada en la paralización de los órganos sociales. Desestimando el recurso de casación, da por buena la opinión de la Audiencia Provincial que había sostenido que concurre tal causa de disolución aunque el órgano de administración esté funcionando, es decir, aunque la compañía siga desarrollando su actividad. Si el capital de la sociedad está dividido entre dos grupos de accionistas al 50 % (sea directamente o indirectamente a través de sociedades interpuestas como era el caso) y el enfrentamiento entre los dos grupos en el seno de la Junta y en el órgano de administración es duradero y no ocasional, el hecho de que los administradores sigan ocupándose de la gestión de la empresa y tomen

decisiones (aunque, a menudo, dictando órdenes y contraórdenes) no implica que se haya eliminado la causa de disolución. Es absurdo exigir a los socios que dejen quebrar la compañía para poder disolver por paralización de los órganos sociales. La Sentencia deja claro que procede la disolución siempre que el resultado más probable de las Juntas de socios sea el empate.

Esta doctrina ha de ser bienvenida porque el Juez de 1ª Instancia desestimó la demanda de disolución. A menudo, el accionista al 50 % que controla, por cualquier motivo, la gestión (porque haya vacantes en el Consejo de Administración que no se pueden cubrir, precisamente, por la falta de acuerdo o porque ese accionista es el administrador único porque el otro 50 % está en manos de dos o más personas) se opone con uñas y dientes a la disolución, precisamente porque la disolución permite a los accionistas que no están en la gestión “liberar” su inversión y terminar con las conductas desleales por parte del accionista que tiene el control de la gestión el cual, además de los dividendos, recibirá a menudo, prestaciones del patrimonio social en forma de salarios, puestos de trabajo para familiares, utilización privilegiada de activos sociales, transacciones vinculadas etc. Mandar un mensaje claro a los potenciales litigantes en el sentido de que no podrán evitar la disolución debería reducir el número de pleitos con este motivo. Y en mayor medida si los jueces otorgaran medidas cautelares del tipo del nombramiento de liquidador imparcial una vez que se presenta la demanda de disolución.

El derecho de información de los socios, la razonabilidad y la buena fe. (STS 26-07-2010). Por Juan José Mallo.

El derecho de información que asiste a los socios previsto en el art. 86 de la ya derogada LSRL sólo se ve satisfecho si se facilitan con anterioridad a la celebración de la Junta General los documentos a que se refiere dicho precepto. El derecho no sólo se vulnera cuando se deniega la información sino también cuando se dificulta el acceso a la documentación.

Así lo ha puesto de manifiesto la Sala de lo Civil del TS en su sentencia de 26 de julio de 2010 al entender que, en la apreciación de la existencia de una restricción para ejercitar tal facultad debe atenderse a un juicio de razonabilidad, es decir, han de considerarse a las circunstancias concretas para deducir si se ha dificultado o no de modo grave el ejercicio del derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, es reiterada la doctrina jurisprudencial de esta Sala –de cuyas sentencias, destaca la de fecha 4 de octubre de 2005-, que entiende que aunque siendo instrumental del derecho de voto, el derecho de información no es sin embargo ilimitado, sino que ha de ceñirse a las cuestiones concretas sometidas a la Junta y ejercitarse de buena fe, rechazando el ejercicio que resulte abusivo o que derive en la obstaculización del funcionamiento correcto y normal de la sociedad.

En la convocatoria de fecha 4 de junio de 2002 de la Junta General Ordinaria y Extraordinaria de la sociedad recurrente, a continuación del Orden del Día, se hacía constar literalmente “Asimismo, se comunica a los socios que, reuniendo los requisitos legales, deseen ejercer el derecho de información a que se refiere el artículo 86.2 LSRL (examen de los documentos que sirven de soporte y antecedente de las cuentas anuales, por sí o en unión de experto contable), serán atendidos en el domicilio social en horario de 17.00 a 20.00 horas. En caso de que dicho horario no fuere de su agrado, rogamos nos comuniquen fechas y horas en que, en su caso, tienen previsto ejercitar tal derecho.”.

En el supuesto concreto que nos ocupa, el socio impugnante acudió al domicilio social a consultar la documentación correspondiente asistido por un asesor en el horario fijado en la convocatoria y al encontrar la oficina cerrada no pudo acceder a la documentación, lo que conllevó que no pudiera ejercitar su derecho de examen de la contabilidad. Los motivos esgrimidos en el pleito por la parte demandada carecen de consistencia para el Tribunal tanto por razones probatorias, al indicar de manera infundada que el socio conocía que el día que se presentó en la oficina ésta estaría cerrada por tener que ausentarse el administrador (lo que no impedía la presencia de otro empleado), como por constituir exigencias sin soporte estatutario ni en el Orden del Día, como es la falta de aviso con antelación a la visita.

A juicio del TS fue la parte demandada la que estableció el horario para hacer factible el deber de información, y fue ella la que no lo cumplió al tener la oficina cerrada, sin que sea apreciable la existencia de mala fe o de actuación abusiva del socio demandante por el hecho de no haber intentado acceder a la información otro día, dada la necesidad de asistirse de un asesor, por tratarse de consulta de cuentas, y el brevísimo espacio de tiempo que restaba hasta el día de la Junta.

No obstante, el TS estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto por la sociedad al dejar sin efecto la declaración de nulidad de la totalidad de los acuerdos

adoptados invocando el principio de conservación de los acuerdos en relación a la finalidad del derecho de información de los socios. La sentencia recurrida declara la nulidad de la totalidad de los acuerdos y ello supone desconocer el principio mencionado, que establece que los efectos de la falta de información no trascienden a la totalidad de los acuerdos adoptados en una Junta General, sino tan sólo a aquellos sobre los que el efecto del vicio se proyecta.

En la demanda planteada se resaltaba que la comparecencia en la oficina de la sociedad fue con la intención de examinar la contabilidad correspondiente, y por ello, al circunscribirse el ámbito del derecho de información ejercitado al examen de las cuentas anuales, a tal aspecto debe limitarse la infracción del art. 86.2 LSRL, y, en consecuencia, declararse nulo el acuerdo relativo a tal punto del Orden del Día, con exclusión de los demás.

Conviene hacer notar que el art. 272 del reciente Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, mantiene el sentido del art. 86.2 LSRL, por lo que cabe interpretar que la doctrina jurisprudencial aquí descrita se mantendrá tras la derogación de la LSRL y la entrada en vigor del nuevo texto legal.

Responsabilidad de los administradores por no promover la disolución de la sociedad. Prescripción extintiva de la acción (STS 15-07-2010). Por Eduardo Apilánez

La Sala 1ª del TS ha declarado en sentencia de 15 de julio de 2010 no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los administradores de una sociedad anónima que resultaron condenados por una Sentencia de la AP de Madrid de 17 de abril de 2006 que, a su vez, confirmó íntegramente la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 21 de Madrid, de 31 de julio de 2004.

La sociedad demandante era titular de un crédito frente a la sociedad en la que los administradores condenados ejercían sus cargos. Dicho crédito, que traía causa de un contrato de compraventa de terrenos, había sido declarado judicialmente con carácter previo. No obstante, la ejecución de la sentencia declarativa del citado crédito resultó infructuosa al carecer de bienes la sociedad deudora. Así las cosas, la demandante ejercitó, entre otras acciones, la declarativa de responsabilidad de los administradores de la sociedad deudora, con apoyo tanto en el art. 135 LSA como en el art. 262.5 LSA.

De acuerdo con lo expuesto, tanto la Sentencia de Primera Instancia como la del Tribunal de Apelación condenaron a los administradores de la sociedad deudora al pago de las cantidades reclamadas. La razón de la condena de los demandados fue la de ser administradores de la sociedad deudora y no haber promovido la disolución de ésta pese a concurrir causa para ello, de acuerdo con el art. 260.1 LSA.

El núcleo de la Sentencia del TS se encuentra en los fundamentos esgrimidos para rechazar uno de los principales motivos del recurso de casación y, en concreto, el motivo que permite a los recurrentes denunciar la infracción del art. 949, en relación con el art. 944, ambos del Código de Comercio. En este sentido, cabe recordar que el art. 949 C.com. establece que “*La acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración.*”. Pues bien, los recurrentes sostuvieron que la acción estimada contra ellos había prescrito cuando la demanda fue interpuesta.

En relación con lo anterior, el TS determinó que el art. 949 C.Com. contiene una regla especial sobre el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción que ha de ser aplicada con preferencia a las reglas generales. Así, el TS destacó que, por un lado, el inicio del plazo en cuestión precisa del cese del administrador, por más que la causa del mismo pueda ser cualquiera de las que son aptas para producirlo y que, por otro lado, no cabe equiparar el cese al abandono de hecho de la administración social. Por tanto, en contra de lo que sostuvieron al argumentar su impugnación los recurrentes, no es correcto entender que la inactividad de la sociedad y, consiguientemente, de sus administradores constituyen un cese de aquéllos en sus cargos.

**Impugnación de acuerdos de la junta que aprueban las cuentas sin informe del auditor (STS 21-07-2010).
Por María Navarro**

Es válida la aprobación de cuentas en una sociedad anónima acordada en junta general ordinaria antes de haberse emitido el informe del auditor nombrado a instancias de un socio minoritario ejerciendo la facultad del artículo 205.2 LSA (actualmente 265.2 LSC). Así lo ha considerado el TS en la sentencia de 21 de julio de 2010.

La relación de los hechos es muy sencilla: Una sociedad anónima celebró el 30 de junio de 2003 Junta General ordinaria debidamente convocada en la que se aprobaron

las cuentas anuales y la aplicación del resultado del ejercicio. Un accionista minoritario había ejercido la facultad del artículo 205 LSA de solicitar al Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas. No se señala en la sentencia la fecha en que se realizó tal solicitud por lo que entendemos que lo fue dentro del plazo legal, es decir, dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio, sin embargo, el auditor de cuentas no fue designado hasta el 26 de junio, esto es, después de la convocatoria de la Junta y aceptó el cargo después de su celebración. El accionista minoritario demanda a la sociedad solicitando que se declare la nulidad de la Junta y de los acuerdos adoptados por la infracción del artículo 205 LSA en relación con los artículos 48.2 c) y 212.2 LSA.

El juzgador “*a quo*”, si bien no niega la importancia del informe del auditor, si la relativiza en el caso, rechazando la impugnación del acuerdo en base a diversos argumentos basados en las especiales circunstancias concurrentes: (i) El auditor de cuentas fue designado cuando la Junta estaba convocada y acepta el cargo después de su celebración; (ii) con anterioridad se habían designado otros auditores que no se pusieron en contacto con la sociedad, por lo que la falta de informe es imputable a la pasividad de aquellos y no a la sociedad. Así si por un hecho no imputable a la sociedad, el auditor no acepta su encargo, no se puede concluir que la sociedad deba esperar indefinidamente sin convocar la Junta General, más aun cuando su convocatoria es obligatoria para los administradores (cabría añadir que tampoco la pasividad de los auditores es imputable al accionista minoritario); (iii) el socio impugnante no ejerció en ningún momento el derecho de información reflejado en el artículo 212 de la LSA y tampoco asistió a la Junta pese a ser convocado personalmente.

El TS reconoce que los argumentos anteriores no son suficientes para justificar la validez del acuerdo de aprobación de las cuentas sociales sin esperar al informe del auditor. Sin embargo, entiende que a la despreocupación del socio por la información sobre las cuentas debe añadirse el dato de especial relevancia de que el informe del auditor concluyó que, salvo ligeras reservas, las *cuentas reflejaban en todos sus aspectos significativos la imagen fiel del situación económica y patrimonial de la sociedad*. Finalmente, el TS deduce que no tiene justificación la anulación de un acuerdo cuando es claro que el acuerdo sustitutivo no había de variar sustancialmente respecto del anulado.

Este último argumento, es decir, la verificación y ratificación de las cuentas sociales por el auditor, es el que determina el fallo desestimatorio del Supremo al considerar que la impugnación se realiza sin más objetivo que entorpecer innecesariamente el desarrollo normal de la vida social suponiendo el ejercicio abusivo de un derecho y resultando contrario a la buena fe. En conclusión, que por encima de argumentos jurídicos la resolución del Supremo hubiera sido otra si el informe de auditoría hubiera apreciado a posteriori que las cuentas no reflejaban la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la sociedad.

Publicidad de los Registros oficiales y protección de datos (RDGRN 29-07-2010). Por Andrés Recalde

Los registradores de la propiedad y mercantiles de España son unos funcionarios públicos que prestan fundamentalmente dos servicios de alta cualificación jurídica. La prestación del primer servicio lo comparten con los notarios y consiste en calificar la legalidad de los hechos, actos y negocios jurídicos, en gran medida documentados en escrituras públicas, que se les presentan para que los inscriban en los Registros de la propiedad y mercantiles. La segunda función es gestionar estas oficinas creadas con la finalidad de hacer públicos los hechos, actos y negocios inscritos. Son, por tanto, personas encargadas de los Registros que deben permitir que estos sean el instrumento a través del cual pueden conocerse situaciones jurídicas que deben ser conocidas por los terceros por su trascendencia para el tráfico.

Sobre esta tradicional e importante institución ha caído (como una losa) la normativa de protección de datos personales, cuyos principios y normas han sido invocados por algunos registradores para frenar el acceso al conocimiento de la información de sus Registros. En una situación insólita en toda Europa, los registradores parecen inclinados a veces a impedir el acceso al público de la información registral alegando su condición de “responsables” de esos “ficheros” de datos, como en la específica terminología se les conoce. La invocación de argumentos de orden constitucional y de razones tan mediáticas como la tutela de la autodeterminación informativa y de la intimidad, parecen dotar de cierta altura a un problema que, quizá, no está bien enfocado. Los problemas principalmente surgieron como consecuencia de que sorprendentemente la Ley de Protección de Datos no incluyó el Registro de la propiedad ni el Registro mercantil entre las “fuentes accesibles al público” (*vid.*, por el contrario, la sorprendente lista de las fuentes que sí son accesibles del art. 3.j LOPD). Y eso a pesar del carácter oficial de los

Registros, de su titularidad pública, de que precisamente se crearon para hacer pública la información en ellos inscrita o de los importantes efectos jurídicos sustantivos que se ligan a la presunción de que los datos en ellos inscritos son conocidos. Las normas de protección de datos se han invocado, así, para limitar de forma importante la función de publicidad de estos registros. La cuestión, luego, se “embarró” en el marco del conocido, y ya pesado por viejo, litigio que en nuestro país enfrenta a registradores y notarios, especialmente cuando estos últimos vieron frenada su pretensión de un acceso general a los datos incluidos en los registros. Al enconamiento de la discusión no pareció ser ajena la política de precios y tasas por los servicios prestados por los registradores.

La RDGRN de 29 de julio de 2010 pretende mediar en este conflicto. En ello se estima el recurso contra la decisión de un registrador que se opuso al acceso a los datos patrimoniales que constaban en el Registro mercantil, por parte de una abogada, y, a la sazón, ex cónyuge de la persona cuyos datos se pretendían consultar. El rechazo del registrador -en este, y en otros, casos- al acceso a esa información representa una actitud restrictiva en la que estos cualificados funcionarios transmutan su condición de encargados de una oficina pública encargada de hacer públicos datos relevantes, en guardianes celosos de unos datos que no se sabe para qué se les ha de entregar, si no es para que se pueda acceder a ella. En momentos en los que el gobierno tanto se preocupa en reducir gastos importantes de la Administración, conviene tener cuidado con esta actitud, no vaya a pensar que el cuerpo de registradores de la propiedad y mercantiles habría dejado de cumplir la principal función para la que se creó.

La decisión de la RDGRN parte de que los datos de carácter personal o patrimonial contenidos en los asientos registrales son públicos. Sin embargo, la normativa de protección de datos impide que sean objeto de publicidad formal o de un tratamiento automatizado con fines distintos a los de la institución registral. Esta es una verdad de Perogrullo, pero en el desarrollo de detalle se acude, luego, al diferente régimen procedimental que regula los dos Registros para distinguir el derecho de acceso en uno y otro. En efecto, las diferencias en la regulación del Registro de la Propiedad y del Registro Mercantil, permitirían matizar el distinto régimen en materia de publicidad formal.

Para el Registro de la Propiedad se atribuye relevancia a los arts. 221 y 222 Ley Hipotecaria. El primero establece

que “Los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos”. Y la reforma del segundo en 1998 deja claro que cuando los registradores transmiten la información que figura en el registro hacen un “tratamiento profesional” de los datos “asegurando, al mismo tiempo, la imposibilidad de su manipulación o televaciado”. Estas normas restringen ya la función típica del registro. Pero la DGRN insiste en esta actitud restrictiva cuando reclama que el interés del que solicita la información sea “directo” (o, en su caso, que se acredite el encargo). En cuanto al tipo de interés relevante, el concepto que se utiliza es muy amplio considerándose suficiente “cualquier tipo de interés lícito” o con “fines lícitos”. No obstante, se precisa más tarde que el interés relevante para conocer los datos registrados debe ser patrimonial, solución lógica pues la finalidad del Registro es proteger el tráfico patrimonial de los bienes registrables. De ahí que deba excluirse la manifestación de datos carentes de trascendencia jurídico-patrimonial.

En cambio, se advierte que ningún precepto permite condicionar el acceso a los datos del Registro Mercantil. Por hipótesis estos deben ser accesibles, pues se inscriben en un registro público. En efecto, el derecho a la autodeterminación informativa cede ante la función de publicidad del Registro. La DGRN señala que, en aras del principio general de publicidad, “no es necesaria dicha prueba (del interés), pues el interés del solicitante se presume” (art. 23.1 Ccom y 12 RRM). Además la DGRN rechaza el argumento de la insuficiencia, originalmente alegada por el Registrador, de un interés “realizar una investigación jurídica de sus (de la solicitante) bienes gananciales con objeto de aportarla a un procedimiento judicial”. No obstante, la afirmación de que ese interés era bastante, no era necesaria si no se requería demostrar interés alguno. Otra cosa es que ello pudiera invocarse para justificar el citado “interés” a los efectos de solicitar datos patrimoniales que constan en el Registro de la Propiedad.

Pero después de esa lógica (aunque ya restrictiva) exposición de las normas que regulan la publicidad formal en uno y otro registro, los problemas surgen cuando la DGRN advierte que este régimen se ve afectado por la normativa de protección de datos personales (fundamento 5). Si esto es correcto, lo que cabría cuestionar es que se construya la Resolución a partir de las diferencias de régimen procedimental en materia de publicidad formal, que nunca tuvo en cuenta la normativa de protección de datos. En ésta se establece, como ya

advertí, que los datos personales no podrán usarse para finalidades distintas de aquellas para las que hubieran sido recogidas (art. 4. Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal). En efecto, se dice (fundamento 6º) que “en el marco del principio general de publicidad, reforzado como se ha dicho en el ámbito del Registro Mercantil por la presunción general del interés legítimo del solicitante, los datos sensibles de carácter personal o patrimonial contenidos en los asientos registrales no podrán ser objeto de publicidad formal ni de tratamiento automatizado, para finalidades distintas de las propias de la institución registral”. Y, así, la DGRN, en aras del respeto a la normativa de protección de datos, parece hacer renacer la exigencia del interés legítimo en el ámbito del Registro Mercantil, cuando señala que la “finalidad” invocada por la solicitante era legítima y cohonorable con la “finalidad propia de la institución registral” (fundamento 6º *in fine*). Los Registradores y, aparentemente, la DGRN parecen entender que ello permitiría bloquear el conocimiento de los datos que constan en registros. Pero estos son “públicos” no sólo por su titularidad sino sobre todo por esa finalidad, que invoca la LOPD.

Es obvio que esta aplicación por la DGRN del régimen de protección de datos (como si no fuera organismo suficiente y adecuado para ello la AEPD) contradice la normativa de publicidad formal del Registro Mercantil, que no exige demostrar interés alguno para acceder a los datos del registro.

Pero en este caso la DGRN permite el acceso porque considera que el interés alegado era suficiente ¿debería considerarse que lo es también para conocer el Registro de la Propiedad? Realmente la invocación a la legitimidad del “interés” quizá no hubiese sido necesario para respetar el régimen de protección de datos. A estas alturas nadie debería dudar ya de que los fines para los que se recogieron los datos en este registro (y también en el Registro de la propiedad) era para hacerlos públicos. Y, en este sentido, se satisfacían suficientemente las exigencias de la LOPD.

La aplicación en este ámbito de la normativa de protección de datos podría realizarse de forma más acorde con las funciones de los registros. Los registradores no deberían impedir el conocimiento de los datos que constan en un registro público. Lo que quizá sí deberían hacer es rechazar la inscripción de aquellos datos que no son relevantes para los fines que cumplen los Registros, que son los de protección del tráfico jurídico patrimonial. Es cierto que esta interpretación

cuenta con el grave inconveniente de que nuestro sistema registral se corresponde con el modelo de transcripción literal del título aportado, y no al de inscripción o extracto del acto inscribible, cuando este tenga trascendencia frente a terceros. Ello facilitaría una depuración de las escrituras que incluyen a menudo datos que no son relevantes para los terceros. Sin embargo, mientras no cambie el modelo vigente en nuestro país probablemente seguirán produciéndose contradicciones entre uno y otro sector del ordenamiento, que finalmente pueden redundar en la dilución de la función de los Registros como instrumentos de publicidad y de protección del tráfico económico-patrimonial.

2. DERECHO DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

TEMAS ACTUALES

Todo un mundo de posibilidades al alcance de las cajas de ahorros. Por Abraham Nájera

El Real Decreto-ley 11/2010, en una reforma que afecta a la práctica totalidad de la Ley de regulación de las normas básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro, y a otras normas en menor medida, pretende mejorar las vías de capitalización de las cajas y avanzar en la profesionalización de su gestión y de sus órganos de gobierno.

Este segundo objetivo, cuya finalidad en el fondo es tratar de crear la confianza que facilite a las cajas el acceso a los mercados, y por tanto afecta directamente a su capitalización, se ha abordado en la reforma a través de distintas modificaciones del régimen anterior, en un intento insuficiente por mejorar la necesaria regulación de su gobierno corporativo.

Así, se ha establecido la incompatibilidad entre la condición de miembro de los órganos de gobierno de las cajas y el ejercicio de cargos políticos electos y altos cargos de las administraciones públicas, dándose un plazo de tres años para que los que se encuentren en esta situación abandonen sus puestos.

Evidentemente, ello no quiere decir que la presencia de políticos y de personas nombradas por las administraciones y entidades y corporaciones de derecho

público quede erradicada. No obstante, esta se reduce del 50% al 40% de los derechos de voto, una vez deducidos los que puedan corresponder a los cuotapartícipes, como se explicará, lo que en la práctica supone una disminución mayor de lo que aparenta.

Además, se extiende la necesidad de que los vocales con funciones ejecutivas cuenten con experiencia y conocimientos específicos para ejercer sus funciones a cuanto menos la mayoría de los miembros del Consejo de Administración, como se exige a los bancos.

Por otra parte, se generaliza a todas las cajas la obligación de elaborar un informe anual de gobierno corporativo, antes limitada únicamente a aquellas que tuvieran emitidos valores cotizados, y se crean dos nuevas comisiones: la de obra social y la de nombramientos y retribuciones (antes, de retribuciones).

Por último, se incluyen entre los acuerdos que requieren una mayoría reforzada de 2/3 en la Asamblea General aquellos relativos a cambios en la naturaleza jurídica de la entidad, integración con otras cajas y otras alteraciones en la forma de desarrollar su negocio bancario. Esto, sin embargo, parece chocar con las anteriores medidas, ya que lo normal será que para alcanzar dichas mayorías se requiera el voto favorable de los representantes de las administraciones.

En cuanto a la mejora de las vías de capitalización, la norma ha optado por no optar. En un escenario en el que la reestructuración del sector ya estaba encaminada y la inmensa mayoría de las cajas se han decantado por los sistemas institucionales de protección (SIP), como reconoce el propio Real Decreto-ley, se ha decidido dejar todas las puertas abiertas, seguramente en ese momento con la vista puesta en la cercanía de la publicación de los resultados de las pruebas de resistencia y en el aún lejano horizonte de las exigencias de Basilea III.

La regulación ya existente relativa a los SIP se ha mantenido, matizándose no obstante algunas cuestiones, como la necesidad de que la entidad central sea una sociedad anónima, un banco, cuando las integradas sean cajas de ahorros, y reforzándose el compromiso de permanencia en el sistema, facultando al Banco de España para valorar las consecuencias de la salida de las entidades.

También, como se había anunciado, se ha contemplado finalmente la posibilidad de dotar a las cuotas participativas de derechos políticos. Sin embargo, y aun en conjunción con las modificaciones en materia de

gobierno corporativo, cuya concreción requiere todavía del desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas, probablemente seguirán careciendo del atractivo que demandan los inversores, limitada aún su emisión al 50% del patrimonio de la caja.

Por último, se prevé también que las cajas puedan escoger el ejercicio indirecto de su actividad financiera a través de otra entidad de crédito. Dependiendo de si mantienen o no su control, podrán conservar su condición de cajas de ahorros o deberán renunciar a ella y transformarse en fundaciones de carácter especial que únicamente retendrían la obra benéfico social.

En definitiva, se ha desperdiciado una oportunidad única de haber determinado de forma firme el futuro de un sector necesitado de un nuevo rumbo y cuyas especiales circunstancias siguen dificultando la adopción de medidas más decisivas. Ahora tendrán que ser la situación económica y el propio mercado los que, poco a poco, las encaminen, entre todas las opciones posibles, hacia aquellas que posibiliten su viabilidad futura, aun cuando ello suponga finalmente la desaparición de las cajas de ahorros en su encarnación actual.

Regulación y control de la publicidad de los servicios y productos de inversión. Por Ana Mondedeu

El pasado 30 de junio de 2010 entró en vigor la Orden Ministerial 1717/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de servicios y productos de inversión. En el primer número de nuestro Boletín Mercantil ya se analizó el Proyecto de la referida Orden, por lo que en la presente edición se destacan las novedades introducidas en el texto definitivo:

- Con respecto a los criterios generales de publicidad, la Orden mantiene que ésta deberá ser *“clara, suficiente, objetiva, no engañosa, debiendo quedar explícito y patente el carácter publicitario del mensaje”*, pero matiza y complementa la función de la CNMV al añadir que este *“especificará, en todo caso, la forma y condiciones de difusión de los mensajes publicitarios a efecto de que ni se omita ningún dato relevante sobre los productos y servicios bancarios ni, de ningún modo, se introduzca a error a sus destinatarios.”*
- Se realizan pequeñas modificaciones con respecto al texto del Proyecto (suprimiendo, añadiendo o matizando determinados aspectos), destacando, por ejemplo, que se amplía ligeramente el contenido de la política de comunicación comercial.

- Se incluye la obligación de comunicar con carácter previo a Banco de España las medidas que se ejerzan sobre entidades sujetas a la supervisión de dicho organismo.
- Por último, se establece el plazo en que la CNMV puede efectuar los requerimientos que estime precisos *(en cualquier momento desde el inicio “hasta el fin de la actividad publicitaria, y en caso de rectificación, hasta seis meses después de finalizada la misma”)*⁴.

Circular 1/2010, de 28 de julio, de la CNMV de información reservada de las entidades que prestan servicios de inversión. Por Ana Mondedeu

Tras la entrada en vigor en el mes de febrero de 2008 del Real Decreto 217/2008, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión -cuyo objetivo primordial era completar la trasposición de MIFID- y la consecuente introducción de nuevos requisitos relacionados con el cumplimiento de las normas de conducta (categorización de clientes, clasificación de productos, test de idoneidad/conveniencia, advertencias, servicio de asesoramiento, entre otros) ha cobrado una relevancia especial la supervisión y el control de las actividades de las entidades sujetas en relación con las normas de conducta aplicables

La Circular consta de cuatro Normas, una Norma transitoria y otra final, incorporando como Anexo los estados con la información que deberá remitirse a la CNMV.

Mediante esta Circular, la CNMV, haciendo uso de su habilitación expresa, ha definido el contenido de la información reservada periódica que, en relación con la prestación de servicios de inversión, determinadas entidades deberán remitir anualmente a este organismo supervisor.

Destacamos también que la Circular establece (i) que la información deberá remitirse dentro del plazo de los dos primeros meses del ejercicio siguiente al que se refiere la información, (ii) el listado de estados que deberá remitir cada tipo de entidad y (iii) el modo de remisión que, determina, será por medios telemáticos a través de CIDRADOC/CNMV.

⁴ En el Proyecto de Orden únicamente se indicaba que podría llevarse a cabo *“en cualquier momento y en la forma y con el contenido que, en cada caso, considere necesario”*.

Por último, y con respecto a su aplicación a corto plazo, se dispone que la primera información reservada a presentar en la CNMV sea la correspondiente a 31 de diciembre de 2010 para lo que la Norma transitoria da un plazo adicional de cuatro meses respecto al plazo que inicialmente correspondería según la Circular. Adicionalmente, la Norma transitoria prevé que la información correspondiente al año 2010 únicamente se refiera al período comprendido entre el 1 y el 31 de diciembre.

Directiva UCITS IV (NIVEL 2). Por Ana Mondedeu

El pasado mes de noviembre se publicó en el DOUE la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados Organismos de Inversión Colectiva en Valores Mobiliarios (OICVM), más conocidos, por sus siglas en inglés, como UCITS (*Undertakings for Collective Investment In Transferable Securities*) (en adelante, “**Directiva UCITS IV**”).

En la primera edición del Boletín de Mercantil se analizaron las novedades más destacadas que introducía la mencionada Directiva. En esta edición pasaremos a examinar lo que se denomina el “Nivel 2” de la Directiva UCITS IV, que se compone de dos Directivas de la Comisión (2010/42/UE y 2010/43/UE, respectivamente), cuyo plazo de trasposición finaliza el 30 de junio de 2010 y dos Reglamentos de la Comisión (583/2010 y 584/2010, respectivamente) -de aplicación directa para evitar discordancias entre los Estados miembros, a causa de la trasposición-.

De manera que, tanto las Directivas como los Reglamentos establecen disposiciones de aplicación de aquellos artículos de la Directiva UCITS IV que requieren ulterior desarrollo o definición, tal y como se detalla a continuación.

Mientras la Directiva UCITS IV introdujo las siguientes novedades: (i) las fusiones transfronterizas de UCITS, (ii) las estructuras *master-feeders* (principal y subordinado) y (iii) la simplificación de los trámites de notificación para comercialización transfronteriza, la **Directiva 2010/42/UE** desarrolla:

- i. El contenido de la información sobre la fusión de UCITS, detallando las normas generales y específicas relativas al contenido de la información que debe entregarse al inversor para que pueda

tomar una decisión fundada con respecto a su inversión, así como el modo de proporcionarla.

- ii. El contenido del acuerdo y de las normas internas de ejercicio de la actividad entre el UCITS principal y el subordinado, así como los procedimientos de liquidación, fusión o escisión del UCITS principal. Se regula también el contenido de los acuerdos de intercambio de información entre depositarios y auditores y establece la legislación aplicable.
- iii. Por último, en relación con el procedimiento de notificación, se establece: (a) el alcance de la información a la que los Estados miembros deben conceder acceso, (b) el acceso al Estado miembro de acogida del UCITS a dicha información, cuya copia electrónica deberá estar disponible en un sitio web y (c) el sistema de actualización de la documentación, especificando que deberán remitirse por correo electrónico a una dirección de correo electrónico indicada por las autoridades competentes⁵.

Por otro lado, la Directiva UCITS IV también introdujo el pasaporte para la actividad de gestión de las sociedades gestoras, y la **Directiva 2010/43/UE** establece las siguientes disposiciones de aplicación:

- Los requisitos generales en material procedimental y de organización de las sociedades de gestión, así como de recursos necesarios, tanto humanos como técnicos, para poder gestionar y controlar sus riesgos.
- Las reglas de conducta -detallándose con respecto a la suscripción y reembolso, mejor ejecución, etc...-, los conflictos de interés y la gestión de riesgos de dichas sociedades.
- El contenido de los acuerdos celebrados entre depositarios y las sociedades de gestión.

El **Reglamento 583/2010** se ocupa de establecer las disposiciones de aplicación relativas a la última de las novedades introducidas por la Directiva UCITS IV: la implantación de un documento con datos fundamentales para el inversor (Key Investor Information – “KII”). El Reglamento establece:

⁵ Ver Reglamento 584/2010, más adelante donde se desarrolla aún más este punto.

- La forma y presentación de los datos fundamentales para el inversor, incluyendo lenguaje, expresión y presentación.
- El contenido específico de las secciones del documento, entre otras: objetivos y política de inversión, perfil del riesgo y remuneración, presentación de los gastos (incluyendo explicación al respecto), rentabilidad histórica, información práctica, etc...

En último lugar, el **Reglamento 584/2010** define todavía con mayor detalle lo relativo a la simplificación de la notificación de comercialización transfronteriza. En concreto, establece:

- La forma y el contenido del modelo del escrito de notificación que habrá de utilizar el UCITS (recogido en el anexo I del Reglamento) y del certificado que deberán emplear las autoridades competentes para confirmar que la entidad cumple con la Directiva UCITS IV (recogido en el anexo II del Reglamento).
- El correo electrónico como cauce de comunicación entre autoridades.
- Y, por último, el procedimiento para las verificaciones *in situ* e investigaciones y para el intercambio sistemático de información entre autoridades competentes.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

Recorte en materia de protección de datos. El TS anula varios preceptos en materia de protección de datos de carácter personal. Por Pedro Merry

La Sala Tercera de lo contencioso-Administrativo del TS, resolviendo los 3 recursos contencioso administrativos presentados por la Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo, la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito y el Experian Bureau de Crédito, S.A., ha anulado importantes preceptos y planteado no menos importantes cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, relativos al estricto y desproporcionado marco legal que rige en España la protección de datos de carácter personal.

Ciertamente se han anulado algunos de los preceptos y cuestionado otros tantos, que sin duda causaban mayores estragos entre las empresas, especialmente las

empresas del sector de telecomunicaciones, banca y gestoras de bases de datos de morosos.

Entre los artículos anulados debemos destacar aquella norma del Reglamento LOPD, la cual venía a establecer una limitación a la inclusión de datos de morosos en bases de datos gestionadas por entidades de crédito. Dicha limitación establecía que, si existía un principio de prueba que, de forma "indiciaria", contradijera alguno de los requisitos legales para ser incluido en tales bases (existencia de una deuda previa y vencida y que no hubieran transcurrido seis años desde la fecha en que hubo de procederse al pago de la deuda o del vencimiento de la misma o del plazo concreto si esta fuera de vencimiento periódico), no podría procederse al tratamiento de tales datos. Era esta sin duda una manera de esquivar la inclusión de muchos morosos en ficheros. El riesgo de mantener este precepto activo en nuestra normativa, daría pie a una situación tan absurda como que un deudor demandado, por el hecho de aportar una mera prueba indiciaria, pudiera exigir la exclusión de sus datos en el respectivo fichero de morosos. Sin duda, un contrasentido. Y es que la prueba de indicios es una prueba admitida en nuestro derecho, pero no lo es menos que no es equiparable a la prueba de presunciones. Sin duda juega un papel relevante en el ámbito cautelar, pero ha de reconocerse que la redacción de la norma, al no concretar qué principios de prueba exige (documental, pericial, etc.), junto a la dificultad de apreciación del grado exigible de la prueba indiciaria, origina una inseguridad jurídica que debía corregirse.

Por otro lado y, en la misma línea del precepto anterior, el alto Tribunal ha reconocido la procedencia de la cuestión prejudicial planteada respecto del precepto nacional que limita el tratamiento de datos de morosos, a los obtenidos de los registros y las fuentes accesibles al público establecidos al efecto o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento. Entiende el Supremo que esta restricción supone un obstáculo a la libre circulación de los datos de carácter personal no querido, en principio, por la norma comunitaria, aunque señala el Auto que el único obstáculo europeo es "el interés de los derechos y las libertades fundamentales del titular de los datos" y recuerda, no obstante, que la Directiva 95/46/CE prohíbe a los Estados miembros restringir de forma generalizada el tratamiento de los datos personales atendiendo, en particular, al derecho a la intimidad.

Así, tras acordar que "no cabe que los Estados miembros impongan mayores restricciones que las previstas por el

legislador comunitario", los magistrados han estimado la cuestión prejudicial planteada.

Por otro lado, se ha declarado nulo el precepto que imponía una obligación que, en la práctica, afectaba a todas las empresas que trataran datos de carácter personal, independientemente de su sector y que obligaba a adoptar importantes medidas de recopilación de consentimientos y archivo de los mismos. El texto reglamentario, a diferencia de la Ley, obligaba al responsable del fichero o tratamiento a conservar el soporte en el que constara el cumplimiento del deber de informar mediante medios informáticos, telemáticos o en papel siempre que se garantizara que en dicha automatización no había mediado alteración alguna de los soportes originales.

Así, el TS ha interpretado que obligar a las empresas a que tengan que acreditar el cumplimiento de su deber de informar mediante una prueba que, necesariamente, deba constar documentalmente o en medios informáticos o telemáticos, constituye una obligación ex novo adicional al deber de información previsto en la LOPD. Nuevamente un Reglamento que iba más allá que la ley en lo que se refiere a la restricción de derechos.

Sobre este cambio, debe puntualizarse que subsiste en la norma la carga de la prueba frente al responsable del tratamiento de la existencia del consentimiento del afectado por cualquier medio de prueba admisible en derecho y, por tanto, la nulidad de este precepto no debe ser entendida como la oportunidad para dejar de guardar prueba del cumplimiento de su obligación de informar a los afectados cuando recaban sus datos.

En definitiva, estos pasos deben tomarse como un triunfo del sector empresarial, que deberá esperar a ver resueltas las cuestiones prejudiciales planteadas para de forma contundente, proclamar una gran victoria, o quizás en silencio, una pequeña derrota. Esperemos pues, a la opinión de Europa acerca de unas cuestiones que, no debe olvidarse, se integran en la normativa de protección de datos más severa que existe en el Viejo Continente.

3. CONTRATOS MERCANTILES

TEMAS ACTUALES

Se modifica la ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Por Ángel Vizcaíno

El 6 de julio fue publicada en el BOE la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de octubre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. La nueva Ley entró en vigor el día siguiente al de su publicación.

También modifica la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

La nueva Ley trata de paliar los efectos de la crisis económica, que se han traducido en un aumento de impagos, retrasos y prórrogas en la liquidación de facturas vencidas, que está afectando a todos los sectores. En términos generales, obliga al pago en un plazo máximo de 60 días entre empresas y de 30 días para operaciones entre empresas y Administraciones Públicas desde el año 2013. Desde nuestro punto de vista, esta prohibición de pactos contractuales sobre la fecha de pago que se aplica a todos los contratos entre empresas constituye una restricción brutal de la libertad contractual y de empresa y la necesidad de cortar los abusos no es justificación suficiente.

Plazos de pago en el sector privado

En lo que se refiere a los plazos de pago entre empresas, se fija un plazo máximo de 60 días para el pago por parte de las empresas a sus proveedores. Este plazo de pago no podrá ser ampliado por acuerdo entre las partes.

El plazo de 60 días será desde la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios aún en el caso de recepción de la factura antes que los bienes o servicios o aunque se haya dispuesto de un procedimiento de comprobación.

Este plazo de 60 días se ajustará progresivamente para aquellas empresas que vinieran pactando plazos de pago más elevados, de acuerdo con el siguiente calendario transitorio que culminará el 1 de enero de 2013: En el año

2010 y 2011 las empresas deberán pagar a sus proveedores en 85 días, en 75 días en 2012 y, finalmente, en 60 en el año 2013. Este calendario transitorio no será de aplicación a los productos de alimentación frescos y perecederos, para los cuales el plazo de pago de 30 días establecido en la Disposición Adicional Primera de la Ley 15/2010 tendrá efectos inmediatos.

Las constructoras de obra civil que mantengan vivos contratos de obra con las diferentes Administraciones Públicas, con carácter excepcional, y durante dos años a contar desde la fecha de entrada en vigor de la Ley, podrán acordar con sus proveedoras y/o subcontratistas los siguientes plazos máximos de pago de conformidad con el siguiente calendario de aplicación: 120 días hasta el 31 de diciembre de 2011, plazo que se reducirá a 90 días el año 2012 y a 60 días el año 2013.

Por otra parte, la Ley refuerza el derecho a percibir indemnización, se amplía la posibilidad de que las asociaciones denuncien prácticas abusivas en nombre de sus asociados y se promueve la adopción de códigos de buenas prácticas en materia de pagos.

Plazos de pago en el sector público

En el ámbito del sector público, el plazo de pago se reduce a un máximo de 30 días. La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato. Pero esta medida no se aplicará hasta 2013, siguiendo un período transitorio para su entrada en vigor (en el año 2010 el plazo de pago será de 55 días, 50 días para el 2011, 40 días para el año 2012 y 30 días a partir del año 2013).

Se propone un procedimiento efectivo y ágil para hacer efectivas las deudas de los poderes públicos que ha entrado en vigor el día 6 de julio de 2010. Transcurrido el plazo mencionado anteriormente, los contratistas podrán reclamar por escrito a la Administración contratante el cumplimiento de la obligación de pago y, en su caso, de los intereses de demora. Si, transcurrido el plazo de un mes, la Administración no hubiera contestado, se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago y los interesados podrán formular recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, pudiendo solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda. El órgano judicial adoptará la medida cautelar, salvo que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago o

que la cuantía reclamada no corresponde a la que es exigible, en cuyo caso la medida cautelar se limitará a esta última.

Consecuencias de las infracciones

En caso de infracción de la norma de prohibición de pacto de un plazo mayor al establecido en la Ley, ello implicaría la nulidad de la cláusula donde se establezca un plazo mayor. La nueva Ley suprime cualquier autonomía de las partes como hemos comentado y establece directamente un plazo máximo desde la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios para el pago, no pudiendo ser dicho plazo ampliado por las partes. Sin embargo, contradictoriamente y al igual que la anterior redacción en la Ley 3/2004, la nueva Ley considera nulas todas aquellas cláusulas que difieran en cuanto al plazo de pago cuando estas tengan un contenido abusivo en perjuicio del acreedor. Según la Ley, para considerar si una cláusula es abusiva, y por tanto nula para el acreedor se tendrá en cuenta, entre otros factores, si el deudor tiene alguna razón objetiva para apartarse del plazo de pago establecido en la Ley y si dicha cláusula sirve principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor. Parece que estamos ante una contradicción en la Ley ya que el legislador dice que no se puede ampliar el plazo establecido en la Ley para luego decir indirectamente que por razones objetivas dicho plazo podría ampliarse por pacto.

En caso de que las partes incumplan los plazos establecidos en la Ley respecto al pago, el deudor incurriría en mora debiendo pagar el interés que resulte del contrato y, en defecto de pacto, el tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más siete puntos porcentuales.

Asimismo, cuando el deudor incurra en mora y sea responsable del retraso en el pago, el acreedor tendrá derecho a reclamar al deudor una indemnización por todos los costes de cobro debidamente acreditados que haya sufrido a causa de la mora de éste.

4. DERECHO CONCURSAL

La propuesta de reforma en materia del deber de solicitud de concurso y acuerdos de refinanciación. Por Juan Ignacio Fernández Aguado.

La Ley Concursal, después de la reforma del pasado mes de marzo del año pasado, persigue incentivar la suscripción de convenios anticipados que eviten la liquidación de la empresa en concurso, facilitando que las empresas que vayan al concurso hayan tenido la oportunidad de consensuar con sus principales acreedores un futuro convenio que impida la liquidación.

A estos efectos, se prevé la excusa del deber de solicitar la declaración de concurso al deudor que, en estado de insolvencia actual, hubiera iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y lo hubiera puesto en conocimiento del juez competente en el indicado plazo de los dos meses desde que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia.

Dicho aplazamiento será de tres meses, tras los cuales el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente. Se establece así un plazo para fomentar un acuerdo con los acreedores sobre el convenio anticipado, al momento mismo de la presentación de la solicitud del concurso.

Nada regula sin embargo sobre los efectos que los acuerdos de refinanciación preconcursal, u otro tipo de convenios, que se pudieran alcanzar durante este plazo, tendrían sobre la obligación de solicitar, o no, el concurso.

Por otro lado, se flexibilizan los requisitos para poder hacer la propuesta de convenio anticipado, así como el régimen de mayorías para alcanzar las adhesiones necesarias, todo ello referido al momento mismo de la presentación de la solicitud del concurso. En este sentido:

- Las causas que impiden presentar propuesta anticipada de convenio son únicamente el haber sido condenado en sentencia firme por ciertos delitos de naturaleza económica, y el incumplimiento de la obligación de depósito de cuentas anuales en alguno de los tres ejercicios anteriores.
- Se permite que el umbral de adhesiones para la admisión a trámite de la propuesta pueda estar integrado por cualquier clase de acreedores,

bastando para ello la décima parte del pasivo declarado por el propio concursado.

A la luz de esta regulación, se ha planteado en la práctica la cuestión relativa a si realizada la comunicación al Juzgado competente de la existencia de negociaciones para lograr las adhesiones necesarias respecto de una propuesta anticipada de convenio, es posible eludir la presentación de la solicitud del concurso (en virtud de los acuerdos que se hayan podido alcanzar durante dicho periodo de negociaciones). La cuestión hoy en día es controvertida, no existiendo una doctrina jurisprudencial clara y pacífica a este respecto, por lo que realizada la notificación al Juzgado no se puede descartar la necesidad de tener que solicitar necesariamente la declaración del concurso. La “evolución” que se ha podido apreciar sobre este tema se puede sintetizar de la siguiente manera:

- 1) En el momento inicial de la publicación de la reforma, parecía claro que la intención del legislador era distinguir dos situaciones diversas: (i) los acuerdos de refinanciación (disposición adicional 4ª) como acuerdos que cumpliendo los requisitos de la Ley no pudieran ser objeto, en principio, de una acción revocatoria concursal; (ii) la potenciación de las propuestas anticipadas de convenio, desde el momento mismo de la solicitud, evitando que puedan interferir en su negociación las solicitudes bien motivadas por evitar acciones de responsabilidad, bien porque algún acreedor se adelanta y solicitara el concurso necesario (supuesto del art. 5.3 en su nueva redacción).
- 2) La cuestión que se suscitó, inicialmente, fue la de si en el curso de esas negociaciones para la obtención de adhesiones suficientes para la propuesta anticipada de convenio, se llegaba a una situación tal que hiciera desaparecer la situación de insolvencia misma, si procedería, aun en este caso, la presentación del concurso voluntario, tal y como parece desprenderse de la literalidad del artículo 5.3 en su nueva redacción.
- 3) De esta primera “alteración” de la literalidad de la reforma, se da un paso más dirigido a convertir el plazo del artículo 5.3 en un auténtico plazo de “blindaje”, para renegociar la refinanciación, en su sentido tradicional o bien protegida por lo dispuesto en la disposición adicional 4ª.

El fundamento jurídico último en el que se ampara esta evolución es la redacción dada en el artículo 15.3 que

incluye el inciso "... si no lo presentara el deudor" de donde se quiere concluir que podría entenderse que no es necesario, en todo caso, presentar el concurso.

En la propuesta de anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal parece ponerse fin a esta cuestión al modificarse la dicción de ambos preceptos. Se introduce un nuevo artículo 5 bis por el que el deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que dentro del plazo de dos meses desde que conociera o hubiere debido conocer de su situación de insolvencia, ponga en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación (entendido este en un sentido estricto) o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta ley.

Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado el deudor haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente, a menos que hubiera desaparecido el estado de insolvencia.

En la materia relativa a los acuerdo de refinanciación, la propuesta de anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal, además, deroga la disposición adicional 4ª introducida en marzo del año pasado, incorporando su contenido en el artículo 71 del texto de la Ley Concursal, relativo a las acciones revocatorias. Con el fin de alentar este tipo de acuerdos, se adiciona un nuevo privilegio general consistente en los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación preconcursal.

5. COMPETENCIA DESLEAL Y PUBLICIDAD

**Advertir masivamente de la infracción de una patente no constituye competencia desleal (STS 12-07-2010).
Por Jesús Alfaro**

El TS ha confirmado las sentencias de instancia que desestimaban una demanda por competencia desleal interpuesta por un fabricante de genéricos frente a una compañía farmacéutica titular de una patente que había enviado una circular advirtiendo de que la primera estaba

infringiendo una patente de la segunda. La clave, a nuestro juicio, está en que el TS no encuentra que "*La facultad fue ejercitada sin incurrir en ninguna afirmación falsa o incorrecta*",

El objeto del proceso, que versa sobre competencia desleal (Ley de CD 3/1991, de 10 de enero), se reduce en casación a dos supuestos de ilícito competencial - actos de engaño del art. 7º y cláusula general de buena fe objetiva del art. 5º -, en relación con la actuación de una entidad titular de un derecho de patente (PFIZER S.A.) consistente en la remisión de ciento cincuenta comunicaciones a diversas distribuidoras farmacéuticas de un producto genérico fabricado por RATIOPHARM ESPAÑA, S.A. (en el proceso actora-recurrente), en las que se les advierte de que dicho genérico viola aquel derecho de patente y se les requiere para que cesen en la comercialización, con base en el art. 64.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes

La entidad PFIZER, S.A. remitió las comunicaciones con base en el art. 64.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes en el que se establece que "todos aquellos que realicen cualquier otro acto de explotación [distinto de los del apartado 1 del propio artículo, como sucede en el caso de distribución comercial] del objeto protegido por la patente solo estarán obligados a indemnizar los daños y perjuicios causados si hubieran sido advertidos por el titular de la patente acerca de ésta, convenientemente identificada y, de su violación, con el requerimiento de que cesen en la misma, o en su actuación hubiera mediado culpa o negligencia". El precepto configura una facultad para el titular de la patente, que en un proceso sobre reclamación de indemnización de daños y perjuicios por violación del derecho de patente se convierte en una carga procesal -"imperativo del propio interés-", de modo que su ejercicio dentro del ámbito legal no puede dar lugar a un ilícito. La facultad fue ejercitada sin incurrir en ninguna afirmación falsa o incorrecta, y no es de ver cuál ha podido ser la representación errónea que se han podido formar los destinatarios de las comunicaciones.

El que los mismos como consecuencia de la advertencia se hayan abstenido de adquirir o distribuir el producto genérico, lo que por lo demás no forma parte de la base fáctica de la resolución impugnada, es connatural al requerimiento, y, por ende ineludible; y no obsta para que a su vez la parte interesada pueda contrarrestar el efecto con las garantías adecuadas, y todo ello sin perjuicio claro está de las reclamaciones que en su día procedan si la actuación del requirente careciere de fundamento.

Publicidad comparativa: Conclusiones del Abogado General Mengozzi; Lidl vs. Leclerc. Por Jesús Alfaro

Es un supuesto de publicidad comparativa (cuánto cuesta llenar el carro de la compra en una y otra cadena de supermercados). Las Conclusiones se presentaron el pasado 7 de septiembre. Se trata de una cuestión prejudicial:

“el órgano jurisdiccional remitente solicita en sustancia al Tribunal de Justicia que confirme o rechace una jurisprudencia nacional francesa que excluye la licitud de la publicidad comparativa de productos alimenticios que, por su naturaleza, no se consideran susceptibles de comparación”.

Lo único bueno de la armonización comunitaria en esta materia es, a nuestro juicio, que los Estados no pueden añadir nuevas restricciones a la libertad de las empresas basadas en el carácter engañoso o agresivo de las prácticas comerciales (no pueden aplicarse disposiciones nacionales más rigurosas en esta materia). El litigio:

*“del que conoce el juez nacional afecta a dos sociedades que gestionan supermercados. Se trata, respectivamente, de la sociedad Lidl y de la sociedad Vierzon. Esta última, que opera bajo el rótulo Leclerc, publicó el 23 de septiembre de 2006 en un diario local un **anuncio que comparaba los recibos de caja de compras realizadas en cuatro supermercados distintos**. Las listas de los productos adquiridos y sus respectivos precios incluían treinta y cuatro productos de cada uno de los supermercados. Se trataba de productos de uso habitual, sobre todo alimenticios, en gran medida equivalentes. No se indicaban las marcas de los distintos productos. El **precio total de cada «carro de la compra» configurado de ese modo mostraba que el supermercado Leclerc era el más barato de todos**, siendo el importe total de todos los productos relacionados, de 46,30 euros. El supermercado Lidl ocupaba el segundo lugar con un precio total de 51,40 euros. Los otros dos supermercados afectados resultaban aún más caros. La presentación de las cuatro listas de productos y de sus precios estaba acompañada de un eslogan que destacaba que los supermercados Leclerc son los más baratos.*

La verdad es que la cuestión prejudicial se las trae. Fíjense lo que preguntó el Juez francés

«¿Debe interpretarse el artículo 3 bis de la Directiva 84/450/CEE, en su versión modificada por la Directiva 97/55/CE, en el sentido de que no es lícito realizar una

*publicidad comparativa mediante los precios de productos que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad, es decir, que presenten un grado de sustituibilidad recíproca suficiente, por el único motivo de que, **cuando se trata de productos alimenticios, el carácter comestible de cada uno de éstos y, en cualquier caso, el placer que se obtiene al consumirlos varía completamente según las condiciones y los lugares de su fabricación, los ingredientes utilizados y la experiencia del fabricante?»***

El Abogado General comienza por recordar que la publicidad comparativa es buena para la competencia y los consumidores y la jurisprudencia del TJ en tal sentido (“interpretar las disposiciones de la directiva a favor de la publicidad comparativa, si bien protegiendo a los consumidores frente a una eventual publicidad engañosa”). Recuerda igualmente, que sólo hay publicidad comparativa si se hace referencia “aunque sólo sea implícitamente, a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por éste. Ni siquiera es necesario que se efectúe una comparación propiamente dicha entre los bienes y servicios del anunciante por un lado y los de su competidor, por otro”). De los 8 requisitos de la Directiva para afirmar la licitud de la publicidad comparativa, el Abogado General considera relevantes, para el caso, dos: que se trate de productos comparables - “que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad”, lo que no debe “interpretarse de forma excesivamente rigurosa” bastando con que se trate de productos “suficientemente intercambiables para el consumidor”. Y que la comparación sea objetiva, esto es, que vaya referida a características esenciales del producto.

Que lo que se comparen sea una “lista” de productos no es un problema. Y que sean alimentos, tampoco: ni la Directiva recoge excepciones ni se vé por qué habría de hacerlo. Y también le parece obvio que la Directiva “no exige que los productos alimenticios comparados tengan las mismas características de sabor” Y reproduce una observación de la Comisión “si la publicidad comparativa únicamente pudiese realizarse entre productos iguales o cuyas características coincidiesen íntegramente, perdería gran parte de su sentido, que es precisamente comparar productos distintos poniendo de manifiesto sus cualidades (y defectos)”.

Por último, aborda el posible carácter engañoso de tal publicidad comparativa. Primero, el hecho de que el anuncio de Leclerc no citara las marcas no convierte esa publicidad en engañosa (con referencia al asunto *Pippig*)

porque hay suficiente sustituibilidad entre los productos con independencia de que se trate de las mismas o diferentes marcas (habría engaño si la falta de indicación de las marcas imposibilitara la identificación de los productos comparados). Sería engañosa si la publicidad insinuase *“de forma engañosa, que el producto ofrecido a un precio considerablemente más bajo es de la misma marca que el producto más caro”*. Por último, hace referencia al supuesto del art. 17.2 b LCD, es decir, a las ofertas-señuelo que sean *“susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento”* porque pudieran producir *“en los consumidores el convencimiento erróneo de que todos los productos del anunciante son menos caros que todos los productos de sus competidores”*.

6. NORMATIVA EN TRAMITACIÓN

El Anteproyecto de Ley de contratos de crédito al consumo. Por Ángel Ruiz

Aunque actualmente, por razones de la crisis económica, no existe ni mucho crédito ni demasiado consumo, en el mes de diciembre de 2009 vio la luz el Anteproyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo (en adelante, *“el Anteproyecto”*).

Como suele ser habitual, la actuación del legislador no surge por iniciativa propia y, en este caso, el Anteproyecto trae causa de una Directiva comunitaria, en particular, de la Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986 (en lo sucesivo, *“la Directiva”*).

Como se está convirtiendo en una costumbre, en esta ocasión nuestro país también se retrasa en la incorporación a su ordenamiento de las disposiciones comunitarias, debiendo haberse transpuesto el contenido de la Directiva antes del 11 de junio de 2010 y a la fecha de redacción de esta reseña (septiembre de 2010) aún se encuentra lejana en el calendario la fecha en la que el objeto del Anteproyecto resulte publicado en el Boletín Oficial del Estado con forma de Ley.

Una de las consecuencias de la aprobación del Anteproyecto consistirá en la derogación de la actual Ley

7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, que tuvo su origen en la Directiva comunitaria que ha sido derogada por la reciente Directiva que ha consistido en el germen del Anteproyecto.

En realidad, si se compara la exposición de motivos de la vigente Ley y del Anteproyecto, las finalidades de ambas normas prácticamente coinciden. Los objetivos a perseguir son, por un lado, la protección a los consumidores y, por otro lado, facilitar que los consumidores puedan comparar diferentes ofertas de financiación dirigidas al consumo. En relación a esta última finalidad, el Anteproyecto pretende ser más ambicioso que la actual normativa puesto que pretende que el consumidor pueda comparar ofertas provenientes de empresas de diferentes Estados, mediante la homogeneización de la información a suministrar al consumidor con carácter previo a la formalización del contrato (lo que el Anteproyecto denomina *“Información normalizada europea sobre el crédito al consumo”*).

Ciertamente esto último puede resultar un poco ambicioso puesto que cuesta imaginar a un consumidor medio comparando ofertas de financiación de entidades financieras de diferentes Estados Miembros, aunque resulta positivo que exista la posibilidad de hacerlo.

El ámbito de aplicación del Anteproyecto pretende ser amplio, aunque también lo es en la actual normativa. La futura norma se aplicará a los contratos celebrados entre un consumidor final y un prestamista que concede o se compromete a conceder un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o *“cualquier medio equivalente de financiación”*. Incluso se aplicará a las facilidades de descubierto que tengan que reembolsarse en un plazo superior a un mes. No obstante, quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma aquellos créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria, los de escasa cuantía (inferior a 200 Euros), los concedidos gratuitamente (sin intereses) siempre que el plazo de devolución no sea superior al año y aquellos créditos semi-gratuitos que deban reembolsarse antes del transcurso de tres meses y por los que únicamente se deban pagar unos gastos mínimos.

Para proteger al consumidor, el Anteproyecto le reconoce el derecho a reclamar la entrega de una oferta vinculante con carácter previo a la formalización del contrato, regula la información básica que deberá figurar en la publicidad de este tipo de contratos y también desarrolla el contenido que debe tener la *“Información normalizada europea sobre el crédito al consumo”* que el consumidor debe recibir con carácter previo a la celebración del

contrato, aunque el contenido de este documento se reduce, y se facilita a posteriori, cuando el servicio financiero se contrata a distancia. El objetivo primordial de este documento consiste en que el consumidor conozca el coste total del crédito, de tal forma que pueda comparar ofertas y adoptar una decisión meditada. La comparación de ofertas se facilita unificando la fórmula matemática que se utiliza para calcular la Tasa Anual Equivalente, lo cual hace la Directiva y, por tanto, el Anteproyecto.

Otras medidas de protección del consumidor son más débiles puesto que el prestamista se puede negar a entregar una copia del proyecto de contrato de crédito simplemente alegando que, en el momento de la solicitud, no se encuentra dispuesto a celebrar el contrato con el consumidor. Por otra parte, en el artículo 11 del Anteproyecto se prevé que sea el propio prestamista o el intermediario quien explique al consumidor la información precontractual, con lo que ese asesoramiento no se espera que vaya a ser muy objetivo.

Otras medidas del Anteproyecto resultan más útiles para el consumidor como la imposición de la obligación al prestamista de informar al consumidor de la base de datos consultada y de los resultados de la consulta en los que la entidad se haya basado para denegar el crédito.

El Anteproyecto también se ocupa de los supuestos en los que se declara la nulidad o se resuelve un contrato de compraventa para cuyo pago del precio se ha acudido a un crédito al consumo y también reconoce el derecho de los consumidores a oponer a los tenedores de las letras de cambio y de los pagarés las mismas excepciones de pago que tengan frente a los proveedores de los bienes o servicios a los que entregaron esos títulos valores.

Por último, comentar que una novedad importante del Anteproyecto consiste en el reconocimiento al consumidor del derecho al desistimiento del contrato de crédito al consumo, tal y como sucede en otras operaciones con consumidores.

CMS Albiñana & Suárez de Lezo, C/ Génova, 27 – 28004 Madrid – España
T +34 91 451 93 00 – F +34 91 442 60 45 – madrid@cms-asl.com

CMS Albiñana & Suárez de Lezo es una de las firmas de abogados con más historia y prestigio del mercado español, con oficinas en Madrid, Sevilla y Marbella. Combinamos tradición y vanguardia, especialización y cercanía como valores para lograr la máxima satisfacción de los clientes.

Con cerca de 90 abogados, nuestra finalidad es mantener una relación estrecha de trabajo con el cliente para comprender y anticipar sus necesidades y estar a su entera disposición para llevar a cabo sus objetivos de negocio.

Como Despacho multidisciplinar, ofrecemos a través de nuestras distintas áreas de experiencia un servicio completo de asesoramiento legal y fiscal que cubre todas las necesidades de nuestros clientes.

CMS Albiñana y Suárez de Lezo pertenece a la organización CMS que integra a los principales despachos europeos independientes y cuya ambición es la de ser reconocida como la mejor firma de servicios legales y fiscales en Europa.

www.cms-asl.com | www.cmslegal.com

Los despachos miembros de CMS son: CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Italia); CMS Albiñana & Suárez de Lezo, S.L.P. (España); CMS Bureau Francis Lefebvre (Francia); CMS Cameron McKenna LLP (Reino Unido); CMS DeBacker (Bélgica); CMS Derks Star Busmann (Holanda); CMS von Erlach Henrici Ltd. (Suiza); CMS Hasche Sigle (Alemania) y CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH (Austria).

Las oficinas CMS son: **Ámsterdam, Berlín, Bruselas, Londres, Madrid, París, Roma, Viena, Zúrich,** Aberdeen, Argelia, Amberes, Arnhem, Beijing, Belgrado, Bratislava, Bristol, Bucarest, Budapest, Buenos Aires, Casablanca, Colonia, Dresde, Dusseldorf, Edimburgo, Estrasburgo, Frankfurt, Hamburgo, Kiev, Leipzig, Liubliana, Lyon, Marbella, Milán, Montevideo, Moscú, Múnich, Praga, Sao Paulo, Sarajevo, Sevilla, Shanghái, Sofía, Stuttgart, Utrecht, Varsovia y Zagreb.

Si no desea seguir recibiendo en el futuro este documento, envíe un correo electrónico a la dirección Cms-asl@cms-asl.com con el texto "BAJA".

Los asuntos tratados o reseñados en este Boletín han sido seleccionados de acuerdo con criterios subjetivos del Departamento Mercantil de CMS Albiñana & Suárez de Lezo, no siendo nuestro objetivo ni presentar una revisión completa de la actualidad mercantil ni realizar un examen exhaustivo de los asuntos tratados por lo que los comentarios vertidos no constituyen, en ningún caso, la opinión legal de CMS Albiñana & Suárez de Lezo.

© CMS Albiñana & Suárez de Lezo, S.L.P. (2010). Todos los derechos reservados. El derecho de cita respecto al contenido de este Boletín no autoriza a la transformación o modificación de los contenidos y opiniones publicados en él