

C/M/S/ Albiñana & Suárez de Lezo

BOLETÍN MERCANTIL Nº 11

Octubre 2012 – Diciembre 2012

BOLETÍN MERCANTIL Nº 11
Octubre 2012 – Diciembre 2012

SUMARIO

1. DOCTRINA

- Las sombras de la jurisprudencia del TS en materia de responsabilidad concursal de los administradores sociales. Fco. Javier Arias Varona. Consultor CMS Albiñana & Suárez de Lezo.

2. DERECHO SOCIETARIO

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- De nuevo sobre las medidas de blindaje nacionales frente a tomas de control de sociedades estratégicas: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de noviembre de 2012. Luis Miguel de Dios.
- Sobre el desmembramiento de la condición de socio y el voto (STS de 23 de octubre de 2012). Teresa Mínguez.
- Subsistencia de los deberes de los administradores aún después de haber cesado en sus funciones. Comentario sobre la STS de 3 de septiembre de 2012. Gracia Sainz.
- Acción social de responsabilidad de administradores: requisitos. Retribución estatutaria del administrador. La obligación de reintegrar las retribuciones tóxicas. (STS de 25 de junio de 2012). Beatriz Durán.
- Denegación de inscripción de apoderamiento otorgado por uno de los administradores solidarios de una sociedad a favor del otro (RDGRN de 18 de julio de 2012). Ignacio Cerrato.
- Impugnación de acuerdos en caso de infracción por los administradores de sus deberes de buena fe para con los socios y eficacia de los datos del registro de socios (SAP de Madrid de 27 de septiembre de 2012). Andrés Recalde.

3. DERECHO DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

TEMAS ACTUALES

A) Mercados Financieros

- Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. Fernando Revuelta.
- Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos. Pablo Ruiz de Assín.
- Real Decreto 1336/2012 sobre adaptación de la normativa estatal a las nuevas obligaciones de colaboración, información y comunicación con las Autoridades Europeas de Supervisión. Pablo Ruiz de Assín.
- Circular 7/2012, del Banco de España, sobre requerimientos mínimos de capital principal.

Fernando García.

- Proyecto de Circular de la CNMV sobre el desarrollo de determinadas obligaciones de información relacionadas con la evaluación de la conveniencia e idoneidad a los clientes a los que se les prestan servicios de inversión. Fernando Revuelta.
- Orden, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la CNMV y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Rosa Cañas.

B) Mercado de Valores

- Por fin llegó la esperada modificación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores. Mariano Bautista.
- La CNMV publica una nota informativa sobre las obligaciones de notificación y publicación de las posiciones cortas.
- La CNMV impone nuevas restricciones sobre las ventas en corto.

4. CONTRATOS MERCANTILES

TEMAS ACTUALES

- Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. Marta González Araña.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- Acción del subcontratista contra el dueño de la obra. (STS de 25 de octubre de 2012). Carmen Crespo.

5. TEMAS DE ACTUALIDAD

- Nuevo Reglamento de facturación. Carlota Sancho.
- El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal. Alfredo Liñán.
- El proyecto de ley de creación del super regulador. Patricia Liñán.
- Anteproyecto de Ley de Medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria. Diego Crespo.

6. ABREVIATURAS



También puede descargar este boletín en formato PDF.

1. DOCTRINA

Las sombras de la jurisprudencia del TS en materia de responsabilidad concursal de los administradores sociales. Por Fco. Javier Arias, Consultor de CMS Albiñana & Suárez de Lezo.

1. Introducción

Uno de los aspectos más problemáticos de la actual Ley Concursal ha sido, y sigue siendo, el especial régimen de responsabilidad fijado para los administradores sociales en el actual art. 172bis LC (artículo 172.3 hasta la reforma operada por la Ley 38/2011). Es de sobra conocida la polémica interpretativa sobre la naturaleza de la responsabilidad allí sancionada, que ha centrado buena parte de las discusiones. Sin embargo, las dificultades no se limitan a ese extremo. Por una parte, porque hay aspectos del régimen que no necesariamente derivan de la decisión sobre su naturaleza jurídica (por ejemplo, la solución a los supuestos de pluralidad de administradores, o las dificultades de coordinación entre el régimen societario y el concursal –sobre ello, siguen siendo referencia necesaria los trabajos de QUIJANO, 2009 y SEQUEIRA/SACRISTÁN/MUÑOZ, 2006). Por la otra, porque arrastra problemas interpretativos derivados de otros preceptos, sobre todo los relacionados con los presupuestos de calificación culpable del concurso, por ser dos cuestiones inevitablemente conectadas.

Las dificultades de interpretación han generado una rica jurisprudencia que, sin embargo, se ha visto polarizada sobre todo por las divergentes opiniones mantenidas en diferentes Audiencias Provinciales.

Este hecho explica la utilidad de los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre el particular. No obstante, las decisiones ni se han ocupado de la totalidad de los aspectos problemáticos de la institución ni, por desgracia, han sido lo bastante claras en aquellos sobre los que ha decidido. La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2012 sirve de punto de apoyo para una reflexión necesaria sobre la jurisprudencia recaída sobre el particular desde que, hace más de un año, el Tribunal Supremo comenzó a resolver recursos de casación referentes a la responsabilidad concursal de los administradores sociales.

Las siguientes páginas se ocuparán de algunas sombras que tiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el particular, que no es todo lo precisa que debería, en detrimento de la seguridad jurídica. Para ello, se partirá de un sucinto recordatorio de las normas equivalentes en otros ordenamientos, que sirven para enmarcar el nuestro, y de las líneas centrales de la discusión referente a la naturaleza de la responsabilidad concursal de los administradores sociales.

2. La responsabilidad concursal de los administradores sociales en el contexto comparado

La recepción en la Ley Concursal de un régimen específico de responsabilidad de los administradores sociales, en caso de concurso, no debe ser vista como una extravagancia de nuestro ordenamiento. De hecho, en general puede decirse que todos los ordenamientos establecen reglas específicas de responsabilidad de administradores en los casos de insolvencia, empleando para ello técnicas diferentes que suelen partir de un planteamiento desligado del régimen propio del derecho de daños. Distintos ejemplos del derecho comparado acreditan la validez de esta afirmación.

El derecho francés es indiscutiblemente paralelo al nuestro, al menos en lo que al diseño de la responsabilidad se refiere. Así, el art. L152-2 del Código de Comercio fija una responsabilidad equiparable para el caso de que una gestión incorrecta haya contribuido a una insuficiencia de activos constatada en un procedimiento de liquidación, extendiendo esa responsabilidad a los administradores de hecho o de derecho (*action en comblement du passif*). El derecho alemán comparte con el nuestro la fijación de un deber específico de solicitud de concurso por parte de los administradores sociales no más tarde de tres semanas desde la incapacidad de pago o el sobreendeudamiento (§15a InsO) y establece normas de responsabilidad para el caso de pagos realizados tras la incapacidad de pago o el sobreendeudamiento, pero en la regulación societaria (§92 AktG y §64 GmbHG). Aunque el sistema difiere de los expuestos, también en el derecho inglés se presenta una norma propia de responsabilidad en sede concursal. Así, bajo la denominación de *wrongful trading*, la sec. 214 de la Insolvency Act 1986 declara la responsabilidad de los administradores en el caso de que, estando la sociedad en liquidación concursal, hubieran sabido antes de su inicio, o deberían haberlo hecho, que no había una perspectiva razonable de que la sociedad evitara ese resultado.

Es cierto, no obstante, que la norma específica no está presente en la totalidad de los ordenamientos. Sin embargo, allí donde no se fija de modo expreso, la jurisprudencia suele o bien adaptar las reglas de actuación de los administradores en caso de insolvencia, o bien adoptar soluciones especiales de responsabilidad en estos casos. La primera de las alternativas se muestra claramente en el derecho estadounidense. En él, sin establecerse normas especiales, se admite una alteración en los deberes fiduciarios (*duty shifting*) que, a partir de un determinado momento, no se referirán ya al interés social, sino a la necesidad de protección de los acreedores. Sin perjuicio de la polémica sobre el momento en el que se produce ese cambio (la insolvencia o su proximidad, véase RECAMÁN, 2011), lo cierto es que la construcción permite un sistema específico de responsabilidad para tales casos. Algo parecido ocurre en el derecho italiano, en el que, como se ha dicho gráficamente, donde no ha llegado la norma, ha llegado la jurisprudencia mediante una presunción que permite imputar a los administradores el déficit concursal (véase MARÍN DE LA BÁRCENA, 2011).

3. El debate sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal de los administradores sociales

El punto de partida de las diferentes resoluciones del Tribunal Supremo sobre esta materia se encuentra, indiscutiblemente, en la acusada polémica jurisprudencial relativa a la naturaleza de la responsabilidad dispuesta para los administradores sociales en el art 172bis LC que se corresponde con el art. 172.3 de la norma en su redacción original. Esta polémica se explica por las propias características del precepto y, según parte de nuestra doctrina, deriva de su naturaleza incompleta, pues fija la consecuencia (obligación de pago de las deudas), pero omite el fundamento de la misma (MARÍN DE LA BÁRCENA, 2011, p. 467). Aunque el precepto es sobradamente conocido, conviene aquí recordar su tenor literal. Según el actual artículo 172bis LC:

"[c]uando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los

administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit".

Los presupuestos básicos de la norma parecen claros: la responsabilidad requiere, por una parte, la calificación culpable del concurso; por el otro, que se haya abierto la fase de liquidación y, por último, que exista un déficit concursal, esto es, que parte de los créditos hayan quedado insatisfechos. El legislador, sin embargo, guarda silencio sobre los criterios en los que el juez ha de apoyar una decisión que, por definición es abierta en cuanto a la declaración de responsabilidad (el juez "podrá") y en cuanto a su alcance (condenar a la cobertura "total o parcial" del déficit). La discusión sobre la naturaleza jurídica obedece, en gran parte, a la búsqueda de criterios que solventen ese problema y, en ese sentido, podría decirse que la solución a las dificultades interpretativas que se presentan se ha orientado desde la perspectiva de la naturaleza de la responsabilidad. En ese enfoque, que no es seguro que proporcione soluciones eficaces (un planteamiento alternativo muy interesante se apunta en MARÍN DE LA BÁRCENA, 2011), provocó una polarización doctrinal y jurisprudencial en torno a dos respuestas posibles: o la norma es sancionadora o tiene naturaleza indemnizatoria.

Un sector doctrinal (es imposible ser exhaustivo en la cita, por lo que puede limitarse al trabajo que se cita con frecuencia como el más representativo de la tesis -ALONSO UREBA, 2003-, aunque se trata de una posición mantenida por otros -RONCERO SÁNCHEZ, ALCOVER GARAU, PULGAR EZQUERRA, SANCHO GARGALLO y otros-), al que seguirá una parte de la jurisprudencia normalmente identificada con los criterios de la Audiencia Provincial de Barcelona (tampoco la cita puede ser exhaustiva, pero puede citarse, como representativa, la SAP Barcelona de 29 de noviembre de 2007 [JUR2009\33340]), consideró que la norma debía interpretarse en términos resarcitorios. La tesis se sustenta, en esencia, en que la responsabilidad concursal es una consecuencia de un comportamiento de generación o agravación de la insolvencia, generador de un daño colectivo a los acreedores. Sobre esta base, la responsabilidad dispuesta en la norma sería característicamente indemnizatoria y debería construirse sobre la base del régimen general de responsabilidad por daños, desde una perspectiva fundamentalmente societaria. La consecuencia más relevante a estos efectos sería la conexión entre la posible condena y la determinación precisa de los daños ocasionados por el comportamiento reprochable de los administradores. Así, por ejemplo, cualquiera de los hechos determinantes de la calificación culpable no justificaría la consecuencia prevista en el actual art. 172bis LC, sino solo aquellos que hubieran provocado un daño y fueran reconducibles al presupuesto general de la generación o agravación de la insolvencia con dolo o culpa grave.

La interpretación alternativa sostuvo el carácter sancionador del precepto, mantenido tanto en un buen número de trabajos doctrinales (nuevamente, sin intención de exhaustividad, el autor más representativo de la tesis es GARCÍA CRUCES -de sus muchos trabajos sobre el particular, v GARCÍA CRUCES, 2009-, aunque la tesis es seguida por distintos autores -LLEBOT MAJÓ, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, SEQUEIRA/SACRISTÁN/MUÑOZ, VICENT CHULIÁ o GUERRERO LEBRÓN/GÓMEZ PORRÚA y otros-), como en numerosas sentencias de distintas Audiencias Provinciales, aunque suele identificarse típicamente con la posición de la de Madrid (por citar alguna resolución de las más significativas, puede verse la SAP Madrid de 5 de febrero de 2008 [LA LEY 11903/2008]). La conclusión se apoya, en este caso, en diferentes argumentos, de los que los más importantes serían dos. En primer lugar, el texto de la norma y su clara relación con el caso de la responsabilidad por no promover la oportuna disolución de las sociedades de capital (actual art. 367 LSC), que tradicionalmente se ha desligado de la naturaleza indemnizatoria y ha sido configurado como un supuesto de responsabilidad-sanción. En segundo lugar, el hecho de que la regulación concursal incorpore una obligación específica de cobertura de los daños y perjuicios (art. 172.3 LC), obligaría a interpretar la previsión del art. 172bis LC en términos diferentes, para garantizar la coherencia del régimen legal. La consecuencia más relevante de la tesis sancionadora es, lógicamente, la desconexión que habría entre la responsabilidad y las consecuencias dañosas del comportamiento de los administradores. Cabe objetar, en todo caso, que el carácter abierto de la norma de responsabilidad (podrá condenar, en todo o en parte) obliga, por elementales razones de seguridad jurídica, a buscar algún criterio para decidir su alcance y, en ello, los partidarios de esta tesis recurren en ocasiones a las construcciones propias del derecho de daños.

4. La responsabilidad concursal de los administradores sociales en las sentencias del Tribunal Supremo

El presente estudio parte, como se ha indicado con anterioridad, de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 19 de Julio de 2012 (recurso 1542/2009, ponente Ferrándiz Gabriel, [Id. CENDOJ 28079110012012100523]), aunque, en realidad, el Tribunal Supremo ha venido analizando la cuestión de la responsabilidad concursal de los administradores sociales en diversas sentencias desde principios de 2011. Sin perjuicio de un desarrollo más amplio en las páginas que siguen, puede afirmarse que la doctrina del Tribunal Supremo ha descartado la naturaleza sancionadora de la responsabilidad, en buena medida por la conexión existente con la posible eficacia retroactiva de la

norma, pero sin resolver de forma segura las derivaciones de esa tesis, se mantiene un grado bastante amplio de inseguridad jurídica en cuanto a la posible responsabilidad de los administradores sociales en caso de concurso, no solo en su imposición, sino también en el alcance de la condena.

La STS de 19 de julio de 2012 es bastante expresiva de esta situación, que deriva del hecho de que, descartada la naturaleza estrictamente sancionadora de la responsabilidad concursal a partir de la de 23 de febrero de 2011 (RJ 2011\2475), el carácter abierto del art. 172bis LC obligaría a considerar otros elementos en la condena, que no se produce automáticamente como consecuencia de la declaración culpable del concurso, pero que resultan escasamente concretados en las distintas decisiones del Tribunal Supremo. Como señala literalmente la sentencia, empleando los términos de otras precedentes (STS de 6 de Octubre [RJ 20121084]):

"la condena de los administradores de una sociedad concursada a pagar a los acreedores de la misma, en todo o en parte, el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa, no es, según la letra y el espíritu de la mencionada norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable.

[...]

"es necesario que el órgano judicial llegue a dicha conclusión tras valorar, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que hubiera sido imputada al órgano social y determinado la calificación del concurso como culpable"

Si algo resulta característico de esta posición, mantenida en sucesivas sentencias del Tribunal Supremo, es que los términos literales que emplea suponen una construcción peligrosamente indefinida en términos de seguridad jurídica. Algo, por otra parte, que no se escapó a algunos de los Magistrados que han formado parte de la Sala en alguno de sus pronunciamientos, como pone de manifiesto el destacable voto particular de D. Ignacio Sancho Gargallo, que contiene la Sentencia de 21 de mayo de 2012, sobre el que luego volveremos por el interés que reviste¹

El punto de partida de esta situación reside, como hemos indicado, en las distintas sentencias en las que el Tribunal Supremo ha insistido en que la responsabilidad dispuesta en el art. 172bis LC no puede ser calificada como sancionadora. La formulación inicial de esta tesis se encuentra en la STS de 23 de febrero de 2011 (RJ 2011\2475) que, enfrentada a la necesidad de pronunciarse sobre la interdicción de la retroactividad de las normas sancionadoras, negó expresamente ese carácter y la recondujo, al menos en una primera lectura, al ámbito de la responsabilidad por daño².

"el artículo 172, apartado 3 [...] carece de la naturaleza sancionadora que le atribuye el recurrente, dado que en él la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales - sean de hecho o de derecho - deriva de serles imputable - por haber contribuido, con dolo o culpa grave - la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad concursada, lo que significa decir el daño que indirectamente sufrieron los acreedores [...] en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa. [...] En definitiva, [...] la mencionada norma cumple una función reguladora de responsabilidad por daño [...]."

Los pronunciamientos iniciales han ido reiterándose en sucesivas sentencias del TS, en el sentido de negar el carácter sancionador de la norma y de reconocer la discrecionalidad que retiene el juzgador a la hora de imponer las consecuencias, en términos de responsabilidad, que fija el precepto. Así sucede, con importantes matices en algunos aspectos, con las Sentencias de 12 de Septiembre [RJ 2011\6416], de 6 de Octubre [RJ 20121084] y de 17 de Noviembre de 2011 [RJ 2012\3368]. Por otra parte, y como se destaca en la Sentencia de 21 de Mayo de 2012, la discrecionalidad atribuida al juzgador no lo es solo en términos de cuantía de la condena, sino que el verbo "podrá" que emplea la norma la extiende a la posibilidad de condenar, o no. Como es obvio, la clave de esta interpretación reside en la necesidad de delimitar los criterios con arreglo a los cuales habrán de decidir los tribunales la imputación de responsabilidad y su alcance.

Una primera posibilidad es obvia. Si la norma carece de naturaleza sancionadora, cabría entender que debe serlo indemnizatoria. De ser así, lo razonable sería recurrir a los criterios propios de la responsabilidad por daños, que en este caso deberían identificarse con los sufridos indirectamente los acreedores³, exigiendo un comportamiento antijurídico de los administradores sociales (la generación o agravación de la insolvencia) que estuviera causalmente vinculado a aquellos. Este planteamiento, sin embargo, se enfrenta a indiscutibles dificultades probatorias, que disminuirían la eficacia del precepto,

incluso aunque se partiera de los tradicionales principios de facilidad probatoria y cercanía a la fuente de la prueba, reconocidos en el art. 217.6 LEC.

La conclusión indicada no es, en cambio, la que debe derivarse necesariamente de la negación del carácter sancionador de la responsabilidad dispuesta en el art. 172bis LC. Como se indica con acierto en alguna resolución judicial posterior a las diversas sentencias del Tribunal Supremo (SAP Barcelona, sección 15ª, de 24 de abril de 2012 [AC\2012\961]):

"Que esta responsabilidad no tenga carácter sancionador, como también ha afirmado la propia Sala Primera respecto de la responsabilidad del art. 262.5 TRLSA (actual art. 367 LSC), no significa que necesariamente tenga carácter indemnizatorio y sea una responsabilidad por daño y culpa; y que tenga una función de resarcimiento, como se afirma en esas resoluciones, tampoco implica que su naturaleza sea la propia de una acción de daños, como tampoco ocurre en la responsabilidad por deudas antes referida, que también cumple, indirectamente, una función resarcitoria."

La precisión tiene especial importancia a los efectos de concretar los criterios de aplicación de la responsabilidad y de resolver su principal problema, que no es otro que la determinación del criterio que permita resolver si debe declararse la responsabilidad y, en su caso, en qué medida. Un planteamiento meramente indemnizatorio de esta responsabilidad, alineado con el régimen propio de la responsabilidad de corte societario, obligaría a hacerlo siguiendo un análisis en términos de comportamiento agravado de los administradores, daño y relación de causalidad, lo que abre una brecha muy importante en la efectividad de la norma. Y es que no solo se generarían dificultades de índole probatoria, sino que en algunos de los comportamientos que sustentan la calificación culpable, no podría hablarse de una generación o agravación de la insolvencia, por efecto del comportamiento de los administradores, causante del correspondiente daño a los acreedores (al menos, si se parte de un concepto meramente patrimonial y no funcional del derecho de crédito como bien jurídico protegido por la norma de responsabilidad correspondiente –al respecto, v. MARÍN DE LA BÁRCENA, 2012-). Conviene insistir en que, como ha puesto de manifiesto la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona citada, lo único que ha indicado el TS son dos cosas. La primera, que la norma no es sancionadora, pero en ningún caso ha declarado de manera expresa que tenga naturaleza estrictamente indemnizatoria. La segunda, que la responsabilidad de los administradores no es una consecuencia necesaria de la calificación culpable, sino que exige una "justificación añadida".

Resulta llamativo, sin embargo, que las diferentes sentencias del Tribunal Supremo posteriores a la de 6 de octubre de 2011 (en la que se fija la exigencia citada) no han entrado, sin embargo, a precisar algo más en qué consiste esa "justificación añadida", se han limitado a usar una cláusula tan general que vale para bien poco, en términos de seguridad jurídica (la repetida fórmula de que el tribunal debe valorar "los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que hubiera sido imputada al órgano social y determinado la calificación del concurso como culpable"). En última instancia, parece como si el propio Tribunal Supremo negara, de partida, la naturaleza sancionadora de la norma, pero en la aplicación concreta, terminase en un sistema de este tipo, en tanto que el análisis parece omitir la necesaria precisión de los elementos que justifican la condena, más allá de la conexión existente con las causas que justificaron la declaración culpable del concurso. Recordando la clásica cita con relación al comerciante y el Código de Comercio, la naturaleza sancionadora sale por la puerta, pero entra por la ventana. Este problema es elocuentemente indicado por D. Ignacio Sancho Gargallo en su voto particular en la STS de 21 de mayo de 2012, bajo el numeral 10.

La necesidad de fijar criterios claros para la decisión judicial, en términos de seguridad jurídica, es obvia. Solo cuando se cuenta con ellos es posible una evaluación ex ante de las consecuencias del comportamiento y, sobre todo, puede llevarse a cabo una revisión estricta de las decisiones de los tribunales al respecto. La existencia de una norma formulada en términos indeterminados o abiertos requiere de un análisis técnicamente impecable, para evitar el riesgo de arbitrariedad. Y, desde luego, la tesis habitualmente repetida en las sentencias del Tribunal Supremo no parece ser lo bastante precisa. Dicho nuevamente con las palabras del voto particular de la sentencia de 21 de mayo de 2012:

"es difícil imaginar criterios claros que aporten previsibilidad a los administradores sociales sobre la incidencia que en la condena a pagar el déficit concursal puedan tener los denominados genéricamente "elementos subjetivos y objetivos de los comportamientos" tipificados en el art. 164.2 LC. Dicho de otro modo, ¿cómo se puede defender un administrador de la petición concreta de responsabilidad si no existe ninguna pauta o criterio objetivo?, ¿qué tiene que ocurrir o dejar de ocurrir en alguna de las conductas

tipificadas como culpables en el art. 164.2 LC para que no se le condene a responder del déficit concursal o para que se le condene a una parte?, y ¿qué tiene que ocurrir para que se le condene [sic] a pagar todo?"

Si el régimen básico de responsabilidad por daños, derivado del propio del derecho de sociedades, no es útil por las razones indicadas, queda por ver si entender la responsabilidad del art. 172bis LC como un caso de responsabilidad por deudas permitiría dar una respuesta más adecuada, que atendiera además a la función y finalidad del precepto.

La definición de la responsabilidad como un supuesto especial de responsabilidad por deudas libera, en este sentido, de la necesidad de construir la obligación de los administradores sobre la base del daño y la relación de causalidad. No solo no será necesario que el comportamiento del administrador haya ocasionado un perjuicio, sino que, de ocasionarlo, tampoco será preciso que la condena parta de la relación causa-efecto entre ambos. Esa independencia y, sobre todo, la identificación de la responsabilidad ex art. 172bis LC como un caso de responsabilidad por deudas, se corresponde con lo defendido para un supuesto equivalente, como es el de la responsabilidad por no promover la disolución de la sociedad. Por otro lado, la referencia expresa al déficit concursal que ahora se incluye en el precepto, desde la reforma realizada por la Ley 38/2011, contribuye a sustentar esta tesis. La SAP Barcelona, de 24 de abril de 2012 (en una curiosa función interpretativa de las decisiones del TS), lo recoge así:

"Lo que entendemos que el Tribunal Supremo ha querido afirmar no es que se trate de una responsabilidad por daños (que exigiría la prueba de la culpa y del nexo causal entre los hechos determinantes de la declaración de concurso culpable y la concreta cantidad por la que se ha producido el agravamiento o generación de la insolvencia) sino que se trata de una responsabilidad por deudas, por el déficit o descubierto generado en la sociedad. Sólo así se puede explicar que estimado el recurso en un supuesto en el que resultaba evidente que no existía o no estaba acreditado el nexo causal entre la conducta imputada (irregularidades contables) y la insolvencia, pese a lo cual se condenó al administrador al pago del descubierto o déficit."

Ese planteamiento permitiría entender que la responsabilidad dispuesta en el art. 172bis LC es, en realidad, una norma de imputación de la responsabilidad por el déficit patrimonial y no una norma de responsabilidad por daños, algo que no es exclusivo de nuestro derecho, como se ha visto con anterioridad. Esta imputación vendría justificada en la traslación del riesgo de insolvencia de los acreedores a los administradores, desde el momento en que ciertos comportamientos antijurídicos justificarían que la pérdida patrimonial propia de esa situación excede del riesgo general de la vida y, por tanto, que el riesgo de la insolvencia no puede recaer en los acreedores, sino en los administradores (en este sentido, MARÍN DE LA BÁRCENA, 2012). Tal planteamiento no elimina la necesidad de proporcionar criterios para decidir la imputación de responsabilidad, pero desde luego los desconecta de la conexión entre el comportamiento del administrador, las causas que justifican la calificación culpable y el daño (eventual e indirectamente) ocasionado a los acreedores. Y ello, sin perjuicio de que las circunstancias determinantes de la calificación culpable del concurso puedan tener un valor indiciario de cara a la responsabilidad concursal de los administradores sociales (MARÍN DE LA BÁRCENA, 2012).

La necesidad de disociar los extremos indicados se evidencia bien en el voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2012. Según se contiene en él, lo que debe ser objeto de análisis es el comportamiento de los administradores y la incidencia que el mismo haya tenido en la generación o agravación de la insolvencia. Esa debería ser la "justificación añadida" que recurrentemente cita el Tribunal Supremo, pero que concreta de forma muy imprecisa. Este punto de partida conecta con la idea de que la norma, en realidad, debe entenderse en términos de un deber general de disminución de ese riesgo a cargo de los administradores, como sucede en otros derechos (de nuevo, v. MARÍN DE LA BÁRCENA, 2012). Algo, por otra parte, coherente con el hecho de que la responsabilidad por deudas es una consecuencia añadida a la calificación culpable y que, por tanto, es admisible que un extremo que no siempre es necesario para ella, sí deba serlo para imputar la responsabilidad a los administradores. Siguiendo los términos literales del voto particular:

"el criterio de imputación de responsabilidad vendría determinado por la incidencia que la conducta del administrador o liquidador, merecedora de la calificación culpable del concurso, hubiera tenido en la agravación o generación de la insolvencia. En la mayor o menor medida en que haya contribuido a esta generación o agravación de la insolvencia, en esa misma medida debe responder, lo que ordinariamente se plasmará en la condena

a pagar un tanto por ciento del déficit concursal; si es responsable de haber contribuido a la agravación de la insolvencia, habrá que graduar estimativamente esta incidencia.”

Una construcción como la indicada proporciona pautas interpretativas más útiles, desde nuestro punto de vista, que los imprecisos términos en los que se ha manifestado el Tribunal Supremo. En particular, permite identificar con más precisión cuándo procede la condena a la cobertura del déficit y en qué medida ha de declararse. Si la responsabilidad lo es por deudas y deriva de la generación o agravación del riesgo de insolvencia, ésta sólo podrá declararse cuando el comportamiento de los administradores haya producido ese efecto. Además, la cuantía de la responsabilidad habrá de vincularse solo a la parte en que esa actuación haya incrementado, en su caso, el riesgo de insolvencia, finalmente concretado en el déficit. Así, por ejemplo, no debería condenarse a los administradores a cubrir aquella parte de los créditos que ya no podría haberse cobrado al margen de su comportamiento (por ejemplo, porque ya había una situación de insolvencia generalizada que hacía imposible el pago de las deudas de la sociedad preexistentes, lo que justificaría solo la condena a la parte de déficit generado después, pero no el anterior).

Es claro que la fijación de criterios o pautas generales no resuelve, en ningún caso, las dificultades probatorias, que seguirán presentándose en todo caso. Para cada concurso, habrá de evaluarse si lo realizado por los administradores generó o agravó la insolvencia y en qué medida. Sin embargo, el empleo de una referencia como la indicada permite anticipar más fácilmente la solución del juzgador, proporcionando una mayor seguridad jurídica que el indefinido criterio ahora presente en las sentencias de nuestro más alto tribunal. En los casos en que la prueba puede resultar más complicada (cuando debe cuantificarse en qué medida se agravó la insolvencia), puede partirse de una imputación por la totalidad y trasladarse a los administradores la carga de probar que no debe ser así, demostrando qué parte de la insolvencia (déficit) estaría presente en todo caso, al margen de su comportamiento.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALONSO UREBA, A. (2003), “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal. El art. 172.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad”, en GARCÍA VILLAVARDE / ALONSO UREBA / PULGAR EZQUERRA, Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal, Madrid, 2003, págs. 505 y sigs.

GARCÍA CRUCES, J.A. (2009), “La responsabilidad concursal”, en ROJO / BELTRÁN, La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles, Valencia, 2009, págs. 295 y sigs.

QUIJANO GONZÁLEZ, J. (2009), “Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones”, en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, 10, 2009, págs. 19 y sigs.

SEQUEIRA MARTÍN, A. / SACRISTÁN BERGIA, F. / MUÑOZ GARCÍA, A. (2006), “La relación entre el concurso y la situación de pérdidas patrimoniales graves como causa disolutoria en la Sociedad Anónima”, en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, 5, 2006, págs. 565 y sigs.

MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F. (2012), “Responsabilidad concursal”, en Anuario de Derecho Concursal, 2012 (pendiente de publicación, por lo que puede haber variaciones en el título definitivamente publicado; agradezco al autor haberme permitido acceder al original antes de su publicación).

MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F. (2011), “Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal”, en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, 15, 2011, págs. 463 y sigs.

RECAMÁN GRAÑA, E. (2011), “Los deberes de los administradores sociales en situaciones de crisis empresarial en el marco norteamericano”, en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, 17, 2011, págs. 311 y sigs.

2. DERECHO SOCIETARIO

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

De nuevo sobre las medidas de blindaje nacionales frente a tomas de control de sociedades estratégicas: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de noviembre de 2012. Luis Miguel de Dios.

El Tribunal de Justicia Europeo, en su sentencia de 8 de noviembre de 2012, ha tenido la ocasión de ocuparse, nuevamente, de los requisitos de admisibilidad de las limitaciones para la adquisición de

participaciones relevantes en el capital de sociedades consideradas como estratégicas. El Tribunal viene, así, a consolidar su doctrina en esta materia.

El Tribunal recuerda que, tratándose de sociedades que desarrollan actividades o prestan servicios públicos en los sectores de las telecomunicaciones, de la energía y del petróleo, cabe limitar la libre circulación de capitales si con ello se garantiza, en casos de crisis, la seguridad del abastecimiento o la prestación efectiva de tales servicios.

De igual modo, dicha libertad puede quedar limitada cuando así lo justifiquen los intereses generales de orden, seguridad y salud pública. Para ello, sin embargo, es necesario que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Sobre estas premisas, el Tribunal puntualiza lo siguiente:

- Los regímenes de autorización previa no son, en principio, apropiados ni proporcionados para alcanzar los objetivos citados. Así, por ejemplo, no puede considerarse como amenaza real y grave la mera adquisición de una participación que ascienda a un determinado porcentaje del capital social de una sociedad estratégica o cualquier otra adquisición que confiera una influencia significativa sobre tal sociedad.
- Los criterios por los que pueda ser denegada una autorización previa de inversión han de ser claros, objetivos y tasados, de modo que posibiliten el control por los órganos jurisdiccionales, no siendo válidas, a tales efectos, las cláusulas abiertas, tales como el interés general de garantizar la continuidad de los servicios y del suministro.
- En cuanto a los regímenes de control ex post, tales como la comprobación de determinados acuerdos sociales, el Tribunal reitera que ello solo es posible cuando se trate supuestos taxativamente enumerados, que expresen los activos estratégicos afectados y los acuerdos de que se trate. Asimismo, la intervención de la autoridad administrativa debe quedar estrictamente limitada a los casos en que peligraran los objetivos perseguidos por la restricción, estar formalmente motivada y sujeta a un control judicial efectivo, sin que quepa una facultad de apreciación demasiado amplia.

En España, más allá de la problemática de las clásicas golden shares, se ha planteado la vigencia y licitud de los blindajes estatutarios consistentes en la limitación del número de derechos de voto que puede ejercer un mismo accionista, así como, más recientemente, los requisitos procedimentales impuestos en el caso de ofertas públicas sobre sociedades cuyo valor ha resultado anormalmente alterado (ya sea por manipulación de la cotización, por fuerza mayor o por expolio o expropiación) y consistentes en la necesidad de recabar un informe de experto independiente justificativo de la contraprestación ofrecida. Respecto de las limitaciones de voto, además de ser una cuestión tratada y plenamente admitida en sede de las correspondientes instancias europeas, la discusión ha quedado completamente zanjada por la Ley 1/2012. En cuanto a la segunda de las cuestiones indicadas, no parece que la imposición de requisitos adicionales tendentes a la justificación de la valoración de la sociedad afectada pueda considerarse limitativa de las libertades fundamentales europeas. Por el contrario, se trata de una medida de protección de los derechos de los accionistas –en particular, de los minoritarios– tendente a asegurar la integridad del valor de sus inversiones.

Sobre el desmembramiento de la condición de socio y el voto (STS 6729/2012, 23 de octubre). Teresa Mínguez.

Se trata de una sentencia de la Sala Primera del TS en relación con la nulidad total por causa ilícita de dos contratos compraventa de acciones. La sentencia de instancia absolvió a los compradores estimando la nulidad del contrato de compraventa por causa ilícita. La sentencia de apelación revocó la sentencia de instancia y condenó a los demandados a pagar el precio de compra de las acciones. La parte compradora recurrió al TS en recurso extraordinario por infracción procesal y en casación. Dicho recurso fue desestimado.

De los motivos aducidos por la parte recurrente, resulta particularmente de interés, por lo que a la presente reseña se refiere, el motivo sexto del recurso de casación basado en la ilicitud de la cesión de derechos políticos de las acciones vendidas.

Sobre este particular, declara el recurrente que este tipo de cláusulas han sido declaradas contrarias a la Ley de Sociedades Anónimas, los estatutos sociales e incluso el ordenamiento jurídico por la Doctrina de la DGRN en resolución de 9 de diciembre de 1997, reproducida por la Sentencia de 28 de noviembre de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN.

Sobre los motivos alegados por el recurrente, el TS se pronuncia sin reparos.

Por una parte, niega la aplicación al caso de la citada sentencia de la AN y por otra, en relación con la

resolución de la DGRN, estima que estas resoluciones únicamente tienen valor doctrinal. No obstante, se refiere a ella estableciendo que, si bien dicha resolución destacó los inconvenientes para el normal funcionamiento de la sociedad y el desenvolvimiento de su objeto social que se derivarían de un desmembramiento de la condición de los derechos políticos a favor de no socios, reconoció la licitud de la disgregación de los derechos de asistencia y voto respecto de la condición de socio, en los supuestos de usufructo o prenda de acciones, así como el carácter relativamente abierto de los gravámenes que se pueden constituir sobre las acciones.

Asimismo, la sentencia reconoce la licitud de los pactos parasociales suscritos con el fin de regular las relaciones internas entre los socios, sin que dichos pactos estén constreñidos por los límites que imponen las reglas societarias a los acuerdos sociales y a los estatutos (STS 371/2010), sino a los límites previstos en el artículo 1.255 del Código Civil, puesto que "el hecho de que el contrato incluya pactos de "cesión" de derechos políticos no "hace inválida la venta", porque aparece como garantía del pago aplazado del precio, de forma que es posible que el accionista vendedor se reserve el control de la compañía mediante un mecanismo de bloqueo (la retención de los derechos de voto del 50% de las acciones (...)) para asegurarse el cobro".

Subsistencia de los deberes de los administradores aún después de haber cesado en sus funciones. Comentario sobre la STS nº 502/2012 de 3 de septiembre de 2012. Gracia Sainz.

La STS objeto de comentario resuelve el recurso de casación interpuesto por una sociedad anónima contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona revocando la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona.

La demanda inicial fue presentada por la sociedad anónima, el 9 de octubre de 2006, ante el referido Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, contra el que fuera su Consejero Delegado y Secretario del Consejo de Administración hasta el 17 de julio de 2005, fecha en que se produjo su renuncia voluntaria.

Los hechos sobre los que se sustentaba la demanda interpuesta, eran los siguientes:

- En el momento en que se produjo el cese del consejero delegado, éste se hallaba negociando la realización de dos proyectos por la Sociedad;
- Al cesar, el demandado se aprovechó de las gestiones que había llevado a cabo en nombre de la sociedad anónima, pues concertó la ejecución de ambos proyectos, uno por él mismo y otro por medio de otra sociedad que constituyó el 16 de septiembre de 2005 con el mismo objeto social;
- Se daban los supuestos previstos en el artículo 134, en relación con el 127 ter. 2 LSA, entonces vigente, y en los artículos 6 y 11.2 de la Ley de Competencia Desleal;
- La Sociedad había sufrido daños por causa del comportamiento del demandado e interesó una sentencia condenatoria para indemnizarla por los gastos y desembolsos que la misma había tenido que realizar durante la negociación de ambos proyectos así como por las ganancias que había dejado de percibir por la pérdida de los dos clientes.

Se alegó por la representación del demandado en la contestación a la demanda, que no se había cometido acción ilícita alguna ya que cuando se contrató con las dos entidades, ya no era administrador de la sociedad anónima y por otra parte se negaban los actos de competencia desleal que se le imputaban al no haber existido riesgo de confusión ni imitación ni aprovechamiento alguno.

El Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona estimando la demanda interpuesta, condenó al demandado al pago de la indemnización solicitada. Contra dicha sentencia se presentó recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial de Barcelona y dictó sentencia revocando la dictada en primera instancia y absolviendo al demandado del pago de cualquier indemnización.

La representación de la sociedad anónima presentó recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre la base de un único motivo: la infracción del artículo 134 LSA, en relación con los artículos 127, 127 bis, 127 ter y 127 quater de dicho cuerpo legal.

Dado que en la sentencia recaída en primera instancia fueron desestimadas las acciones fundadas en la Ley de Competencia Desleal, -estimándose únicamente las acciones que lo estaban en los deberes de lealtad y de secreto recogidos en el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas- y que dicha sentencia sólo fue recurrida por el demandado, la Audiencia Provincial consideró que había ganado firmeza el pronunciamiento relativo a la competencia desleal, de forma que esta última cuestión quedó al margen del recurso de casación.

La STS se centra básicamente en interpretar el alcance de la obligación establecida por el mencionado artículo 127 ter. apartado 2, relativa al deber de los administradores de no aprovechar en beneficio propio oportunidades de negocio de la sociedad en la que desempeñen tales funciones.

Este deber de los administradores, cuyo incumplimiento puede traducirse en una obligación de indemnización de los daños que con su comportamiento causen a la sociedad, es consecuencia de los deberes de lealtad, fidelidad y confidencialidad, inherentes al cargo de administrador, recogidos en los artículos 127 y ss. LSA entonces vigente, y que se replican prácticamente de forma literal, en los artículos 225 a 232 del vigente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. En concreto la prohibición de aprovechar de oportunidades de negocio se recoge en el artículo 228.

La STS, refrendando el carácter relativo y no absoluto de la mencionada prohibición, establece como requisito para que sea exigible el deber de abstención del administrador, que la oportunidad de negocio de que se trate, pertenezca prácticamente al activo de la sociedad.

Así, de los dos proyectos que estaban siendo negociados por el demandado antes de que se produjera su cese voluntario como Consejero-Delegado, el TS considera que se daban dichas circunstancias sólo en uno de ellos, en el que la negociación entre la sociedad y el potencial cliente estaba a punto de ser concluida a favor de aquélla, motivo por el cual la STS condena al demandado a indemnizar a la sociedad en una parte de la ganancia que la misma hubiera obtenido de no haber sido por el comportamiento antijurídico de aquél.

De la sentencia comentada, lo más destacable es, en mi opinión, que el aprovechamiento de la oportunidad de negocio se produjo una vez que el demandado había dejado de ser administrador de la Sociedad. Sin embargo, la pérdida de la condición de consejero no fue óbice para que el TS considerase exigible la obligación de abstención, al estimar que el carácter fiduciario de la relación que vincula al administrador con la sociedad, determina que aunque se hubiera producido su cese, el administrador debe continuar observando ciertos deberes de conducta impuestos desde el principio de la buena fe, de forma que si del incumplimiento de tales deberes se generasen daños para la sociedad, el administrador deberá repararlos aun cuando el mismo hubiera cesado ya en sus funciones.

Acción social de responsabilidad de administradores: requisitos. Retribución estatutaria del administrador. La obligación de reintegrar las retribuciones tóxicas. (STS 25 de junio de 2012). Por Beatriz Durán.

El pasado 25 de junio de 2012, la Sección de la Sala Civil del TS, dictó sentencia en resolución del recurso de casación interpuesto por un accionista de la sociedad contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) quien, a su vez, resolvía la sentencia inicialmente dictada por el Juzgado de los Mercantil número 2 de Pontevedra en los autos 128/2008 en relación con el ejercicio por parte del accionista demandante de una acción de responsabilidad contra el administrador único de la sociedad.

Como hechos relevantes, cabría destacar, que el capital social de la sociedad lo representan cinco accionistas de los cuales, el demandante ostenta un 32,62% y que el sistema de administración hasta el 15 de diciembre de 2004 era el de un consejo de administración integrado por seis miembros. En relación con la retribución de los consejeros, los estatutos no preveían ninguna retribución a favor de éstos, no obstante lo cual, D. Leopoldo (el demandado) percibió diferentes cantidades entre los ejercicios 2000 a 2004 por tal concepto.

En la junta celebrada por los accionistas de la sociedad en fecha 15 de diciembre de 2004, se modificó el sistema de administración de ésta, que pasó a ser el de un administrador único para cuyo cargo se designó a D. Leopoldo y por cuyo desempeño se estableció una retribución a su favor de 50.600,17 Euros y una prima del 6,5% del cash flow generado por la sociedad. Este acuerdo fue impugnado por la demandante y anulado, en base a la inexistencia de una previsión estatutaria al respecto.

Asimismo resulta relevante que en junta celebrada el 21 de octubre de 2005 por la sociedad se estableció una retribución a favor de D. Leopoldo de 350.000 Euros, actualizables anualmente, en concepto de retribución por las labores de dirección de la sociedad.

Habiendo sido este acuerdo impugnado, y posteriormente anulado y confirmado por la AP de Pontevedra, D. Leopoldo extrajo durante ese tiempo la cantidad de 350.000 Euros en concepto de retribución correspondiente al año 2005.

El accionista demandante ejercitó la acción social de responsabilidad a fin de obtener la restitución de las cantidades cobradas por D. Leopoldo. Éste se opuso a la demanda por entender que, pese a que el acuerdo impugnado fue anulado, la sentencia que lo anuló (i) no conllevaba una condena de devolución de cantidades; (ii) carecía de efectos retroactivos; y (iii) no concurrían los requisitos necesarios para exigirle responsabilidad por no haberse producido un daño contra la sociedad.

La sentencia dictada en primera instancia desestimó el recurso por entender que las cantidades cobradas por D. Leopoldo estaban amparadas por los acuerdos sociales adoptados en la junta del 21 de

octubre y por entender que parte de la retribución percibida podía ser justa por compensar los servicios prestados por D. Leopoldo a la sociedad y, por entender que la sentencia que anulaba el acuerdo impugnado no surte efectos retroactivos.

Por el contrario, en segunda instancia el Tribunal consideró que el demandado conocía que el acuerdo había sido impugnado, por lo que no estaba justificada la remuneración, e igualmente indicaba que la cantidad percibida excedía los parámetros de un ordenado empresario y un representante legal. Asimismo, el Tribunal señala que no se cuestiona la retroactividad o no de la sentencia que anula el acuerdo impugnado sino la procedencia de la reintegración de cantidades. Por todo ello, se revoca la sentencia recurrida y se estima la demanda en relación con la retribución correspondiente al año 2005.

En consideración a los motivos que a continuación se señalan, D. Leopoldo interpuso recurso de casación contra la sentencia de apelación, alegando la infracción del artículo 127 de la Ley de Sociedades de Anónimas, en relación con los artículos 133 (hoy artículo 236 del texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital) y 134, en concreto (i) por no haberse producido una infracción del deber de diligencia; (ii) por no haber sido él quien adoptó el acuerdo, sino quien lo ejecutó; (iii) por no tener conocimiento de la impugnación del acuerdo en el momento de percibir la retribución; (iv) por no acreditarse el daño sufrido por la sociedad; y (v) por que se produciría un enriquecimiento injusto a favor de la sociedad, al no acordarse la restitución del exceso percibido pro esta, sino la reintegración de la totalidad de las cantidades percibidas, sin tener en cuenta el valor de su trabajo realizado.

En relación con este motivo, la Sala entra a valorar los requisitos que han de concurrir para la estimación de la acción social de responsabilidad, estimando que estos son: (i) la existencia de un comportamiento activo o pasivo de los administradores; (ii) imputable al órgano de administración actuando como tal; (iii) que sea antijurídico, entendiendo que sea contrario a la Ley, estatutos o patrón de diligencia; (iv) que la sociedad sufra un dolo; y (v) que entre el daño sufrido y el comportamiento del administrador haya una relación de causalidad.

En la valoración del amparo que la previsión estatutaria que fija una retribución a favor de los administradores alegada por D. Leopoldo, la Sala considera que ésta es insuficiente ya que la propia Ley prevé que no todas las decisiones adoptadas por la mayoría coinciden con los intereses de la sociedad, razón por la cual, se prevé la posibilidad de impugnar acuerdos sociales.

Sobre la alegación de D. Leopoldo de que las cantidades percibidas no infringen los deberes de diligencia que la Ley impone a los administradores, la Sala considera que, al no responder las cantidades percibidas por D. Leopoldo a los parámetros de un ordenado empresario, el hecho de su percepción revela que su percepción devenía perjudicial para la sociedad.

En conclusión, la Sala desestima el recurso en atención a (i) la irrelevancia de que la retribución hubiese sido acordada por una mayoría; (ii) que el hecho de que la retribución se ajuste a reglas abstractas de buen gobierno no implica que su aplicación práctica se ajuste a las exigencias de lealtad de una sociedad en concreto; (iii) el administrador no puede ampararse en la ejecución de un acuerdo adoptado por la sociedad cuando éste resulta lesivo a los intereses de tal sociedad; y por último (iv) la ausencia de enriquecimiento injusto por parte de la sociedad por coincidir el daño causado a la sociedad con la retribución percibida.

Denegación de inscripción de apoderamiento otorgado por uno de los administradores solidarios de una sociedad a favor del otro (RDGRN de 18 de julio de 2012). Por Ignacio Cerrato.

La DGRN, en su resolución de 18 de julio de 2012, acordó estimar el recurso gubernativo interpuesto por el Notario interviniente de una escritura de apoderamiento general otorgada por uno de los administradores solidarios de una sociedad de responsabilidad limitada a favor del otro, contra la nota de calificación expedida por el registrador mercantil por la que se denegó la inscripción de la mencionada escritura pública de apoderamiento.

El registrador mercantil estimó que no era inscribible tal apoderamiento en la medida en que podría crear confusión el hecho de una representación mixta, orgánica y voluntaria, ya que lo consideraba inútil por lo dudoso de su revocabilidad y por el distinto régimen de responsabilidad para el caso del administrador solidario y para el supuesto del apoderado general, basándose en la resolución de la DGRN de 27 de febrero de 2003. Por su parte, el Notario otorgante recurrió la nota de calificación alegando que los supuestos de hecho de la mencionada resolución y de la resolución que nos ocupa no comparten los presupuestos de base, ya que no se trata de un administrador que se otorga poderes a sí mismo, sino de un administrador solidario que concede poderes al otro administrador. A juicio del Notario, el poder sí que puede llegar a resultar útil para justificar la representación en determinados supuestos frente a terceros que, por desconocimiento, ignoran el contenido y alcance de la representación orgánica. Asimismo, no existe impedimento alguno para el caso de que el administrador

solidario poderdante decidiese revocar el poder, como opera en cualquier tipo de apoderamiento.

Esta circunstancia conduce exclusivamente a un retorno a la situación anterior a la concesión del poder, en la que ambos administradores tienen facultades orgánicas para representar y, lo que es más importante, vincular individualmente a la sociedad.

El aspecto más delicado de este apoderamiento sui generis radicaría en el régimen de responsabilidad aplicable. No obstante, no deberían encontrarse muchas dificultades a la hora de depurar responsabilidades: el administrador solidario poderdante será responsable por el hecho de la concesión del poder, en la misma medida que el administrador solidario apoderado será responsable en tanto en cuanto se extralimite en el desempeño de las facultades conferidas. En línea con lo anterior, cabe recordar que la condición de administrador de una sociedad supone el ejercicio de una serie de derechos (entre otros, la posibilidad de otorgar poderes) y el deber de cumplir con las obligaciones inherentes al cargo (en esencia, su deber de administrar). En este sentido, el hecho de otorgar poderes generales a favor de un tercero o, como el caso que nos ocupa, a favor del otro administrador solidario, no puede suponer de ninguna manera el abandono por parte del administrador poderdante en el desempeño de sus obligaciones. Así las cosas, el apoderamiento por parte del administrador poderdante no constituye una alternativa para liberarse de sus obligaciones para con la sociedad.

Han sido varios los pronunciamientos jurisprudenciales que abogan por la posibilidad de una coexistencia de ambos apoderamientos –voluntario y orgánico–, siempre que, en todo momento, ello se distinga claramente de la delegación de facultades, por ejemplo, por parte del Consejo de Administración a favor de un consejero, sobre la base de separar la esfera externa (representación de la sociedad) y la esfera interna (administración). En este sentido, conviene recordar lo expuesto por el TS en su sentencia de 19 de febrero de 1997, "...no hay ningún fraude a la ley que reprimir cuando el Consejo de Administración, en uso de las facultades [...] y los estatutos sociales, ha efectuado el nombramiento de un Apoderado General en la persona de un Consejero y no lo ha designado Consejero-Delegado. No hay ninguna norma imperativa que obligue a que el apoderado no pertenezca al Consejo de Administración, ni tampoco existe otra que delimite las facultades que ha de tener el apoderado para diferenciar su figura de la del Consejero-Delegado, de tal manera que la concesión más o menos amplia de los poderes califique jurídicamente su figura con independencia de la voluntad de las partes. El fraude de ley exige ante todo que el resultado conseguido vulnere una norma prohibitiva, que aquí no se ve por parte alguna".

En línea con lo anterior, la DGRN revocó la nota de calificación ya que entendió que el apoderamiento no contradecía ninguna norma imperativa. La posibilidad de que concurra la representación orgánica y la representación voluntaria está fuera de toda duda, tal y como reconocen expresamente, entre otros, el artículo 281 del Código de Comercio y los preceptos 36 y 249 de la Ley de Sociedades de Capital, o el artículo 94.1.4º y 5º del Reglamento del Registro Mercantil; preceptos que, curiosamente, no fueron mencionados en la nota de calificación expedida por el registrador mercantil.

Una vez expuestas las razones en virtud de las cuales la DGRN decidió estimar el recurso gubernativo y, en consecuencia, el apoderamiento fue debidamente inscrito en el Registro Mercantil, cabe estudiar los posibles problemas que se derivan de la concurrencia de ambas representaciones en una misma persona. El administrador apoderado deberá evitar crear confusión en relación con los terceros con los que actúe y contrate. Dado que su ámbito de actuación va a ser diferente según actúe como administrador o como apoderado, se produce un cierto espacio de inseguridad jurídica, a menos que el administrador apoderado advierta en cada momento, al actuar en sus relaciones comerciales y empresariales, en condición de qué está actuando.

En ausencia de una actitud clara y honesta por parte del administrador apoderado, el tercero en cuestión puede encontrarse en dos escenarios. Por un lado, con base en la información disponible en el Registro Mercantil y contenida en el correspondiente anuncio en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, pensará que está contratando con un administrador de la sociedad, asumiendo que sus facultades abarcan todo lo relativo al objeto social y que, siempre, serán interpretadas obligando a la sociedad. En cambio, por otro lado, suponiendo que el administrador sea un mero apoderado, el tercero contratante deberá llevar a cabo una labor de investigación para conocer los límites y condiciones de su apoderamiento.

Sin perjuicio de lo anterior, tal y como se ha indicado en párrafos anteriores, en el supuesto de que el administrador apoderado se excediera de los límites del poder voluntario que le ha sido conferido, respondería por su condición de administrador al ser titular de un apoderamiento orgánico.

El mayor riesgo que supone el acceso al Registro del apoderamiento de un administrador solidario a favor del otro administrador solidario es soportado por el tercero, quien, a menos que el apoderado actúe de buena fe en el tráfico, deberá ser el que tome las máximas precauciones y cautelas posibles con objeto de conocer qué tipo de representación ostenta el administrador o apoderado. No obstante, es

muy cuestionable que no operase, subsidiariamente, la responsabilidad orgánica del administrador solidario (apoderado) por razón de su cargo.

Está fuera de toda duda la posible confusión que podría provocar que un mismo sujeto, por un lado, esté apoderado por la sociedad para representarla frente a terceros, bien sea para un acto en concreto bien sea para el desempeño de facultades generales, y por otro lado, sea a su vez un administrador de la sociedad. No obstante, dicha circunstancia, de acuerdo con la postura adoptada por la Dirección General en su resolución de 18 de julio de 2012, no debe ser óbice para denegar la inscripción de un apoderamiento como el que nos ocupa en la medida en que el otorgamiento de este tipo de poderes no contradice ninguna norma imperativa aplicable.

Impugnación de acuerdos en caso de infracción por los administradores de sus deberes de buena fe para con los socios y eficacia de los datos del registro de socios. SAP de Madrid de 27 de septiembre de 2012. Andrés Recalde

Esta interesante SAP de Madrid estimó una demanda de impugnación interpuesta por un socio contra el acuerdo de aumento de capital en una sociedad de responsabilidad limitada. En primera instancia la demanda había sido desestimada. La anulación por la Audiencia del acuerdo se justificó porque la sociedad había comunicado el plazo de ejercicio del derecho de suscripción a través del domicilio que constaba en el libro de socios, lo cual perjudicó al único socio que no era administrador, que no pudo ejercer aquel derecho, porque no recibió el aviso al haber cambiado de domicilio. La Audiencia estimó una conducta de mala fe de los administradores mancomunados de la sociedad, ya que estos, al día siguiente de aquel en el que remitieron la comunicación sobre el inicio del plazo para el ejercicio del derecho, recibieron un aviso del socio comunicando el cambio de domicilio y en un breve plazo posterior también les llegó la devolución por correos de la comunicación remitida al primer domicilio.

El interés de la sentencia se sitúa en dos cuestiones: por un lado, en la eficacia de los datos del libro de socios a los efectos de la legitimación para el ejercicio de los derechos del socio y la carga de su actualización; por otro, la posibilidad de impugnar acuerdos contrarios al deber de los administradores de tutelar la posición de los socios.

En relación con la primera cuestión, se recuerda que la sociedad puede (y debe) reputar como socio a quien consta inscrito en el libro de socios (art. 116.2 LSC), siendo de cuenta del socio la carga de solicitar la inscripción o la de instar los cambios de los datos inexactos. La veracidad de los datos que constan en el libro es un instrumento que facilita el funcionamiento de la sociedad, correspondiendo al socio la garantía de su corrección. La sociedad se libera si cumple frente al socio inscrito o si remite las comunicaciones sociales al domicilio que consta en el libro. Pero esa eficacia absoluta de la presunción que resulta del libro de socios, tiene su límite en la buena fe, con arreglo a lo previsto respecto del ejercicio de cualquier derecho. Precisamente en el presente caso la Audiencia estimó el recurso de apelación considerando que no fue acorde con la buena fe la actitud de los administradores, que se habían amparado en que un socio no había ejercido en plazo un derecho (el de suscripción de las nuevas participaciones en el aumento de capital), siendo así que conocían que el socio no había recibido la comunicación sobre el comienzo de plazo en que podía ejercerse el derecho porque había cambiado de domicilio.

Aquella conclusión lleva a la segunda cuestión de interés que plantea la sentencia. El Derecho de las sociedades de capital establece que la impugnación de los acuerdos de la junta procede cuando estos fuesen contrarios a la ley, a los estatutos o cuando lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Si se parte de una visión cerrada de las causas de impugnación, la última cláusula sólo permitiría controlar los acuerdos de la junta en función de su repercusión sobre el interés social. Un acuerdo de la junta no podría impugnarse si no se probase que era contrario a los intereses de la sociedad, incluso aunque perjudicase a alguno o algunos socios. Hace tiempo que tiende a superarse esta visión restrictiva de las causas de impugnación, admitiéndose las demandas de aquellos acuerdos que son contrarios a los intereses de los socios, sin necesidad de demostrar su contrariedad al interés de la sociedad. El argumento para ello se sitúa en su contrariedad con la buena fe o en su carácter abusivo. Sin embargo, esta vía llevaría a la calificación de este tipo de acuerdos como nulos, ya que se infringirían principios recogidos en normas legales (art. 7 Código civil). Sin embargo, no parece proporcionado que los acuerdos que perjudican a los socios se sometan al régimen de los acuerdos nulos, mientras que los que violan el interés de la sociedad solo sean anulables. Más razonable es concluir que la vía de la lesión del interés social no sólo afecta al interés propio de la sociedad, sino también al correcto y leal funcionamiento de la persona jurídica, lo que impediría lesionar de mala fe o abusivamente el interés particular de alguno de los socios.

Aunque sea de forma no expresa, la sentencia también lleva a la conclusión de que los administradores están sometidos a un deber de neutralidad en relación con la composición societaria. Sus obligaciones

no se limitan a administrar la empresa en función de su objeto o actividad, sino también se extienden a la gestión de la persona jurídica, adoptando, a estos efectos, una posición neutral respecto de la composición subjetiva de la sociedad.

3. DERECHO DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

TEMAS ACTUALES

A) Mercados Financieros

Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. Por Fernando Revuelta.

El 15 de noviembre se publicó en el BOE y entro en vigor la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito ("Ley 9/2012"), que procede de la convalidación parlamentaria del Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto. ([Alerta sobre el RDL 24/2012](#))

Aunque en su mayor parte la Ley 9/2012 reproduce dicho Real Decreto-ley 24/2012 contiene algunas novedades que pasamos a resumir a continuación:

- En el artículo 22 de la Ley 9/2012 se introduce la posibilidad de que el Banco de España, en circunstancias extraordinarias y determinadas, podrá determinar que no es necesario proceder a la sustitución del órgano de administración para garantizar el adecuado desarrollo del proceso de resolución.
- En relación con la transmisión de activos a la SAREB se establece en su artículo 36 que no serán oponibles las posibles cláusulas estatutarias o contractuales que restrinjan las transmisibilidad de las participaciones (en el caso de sociedades) y la no responsabilidad de la sociedad transmitente por la solvencia del deudor (en el caso de que se transmitan créditos).
- Se introducen dos nuevos artículos, los artículos 37 y 38 que introducen un régimen sancionador y de supervisión de la SAREB por el Banco de España.
- En su disposición adicional séptima se crea una Comisión de Seguimiento de la SAREB. Esta Comisión de Seguimiento estará formada por cuatro miembros, uno nombrado por el Ministerio de Economía y Competitividad, que presidirá la Comisión y tendrá voto de calidad, otro nombrado por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, otro nombrado por el Banco de España, que actuará como secretario, y otro nombrado por la CNMV.
- Se amplía la normativa relacionada con el régimen aplicable a los Fondos de Activos Bancarios (FABs). Para más información puede verse la [Alerta Bancario y Financiero sobre el Banco Malo](#)

Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos. Por Pablo Ruiz de Assín.

El 17 de noviembre entró en vigor el Real Decreto 1559/2012 que establece el desarrollo reglamentario de la estructura, características y funcionamiento de la sociedad de gestión de activos que ha constituido el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB). Esta sociedad de gestión de activos se denomina SAREB y está encargada de absorber los activos problemáticos de las entidades de crédito españolas que hayan recibido o vayan a recibir ayuda financiera pública en el marco de la actual crisis financiera.

La SAREB tiene la misión de facilitar y lograr una transferencia de los riesgos asociados a esos activos problemáticos concentrándolos en una única sociedad y facilitando así su gestión y posterior venta. Así, las entidades de crédito transferirán sus activos a la SAREB para ser gestionados y posteriormente vendidos a inversores, bien de forma directa o de manera indirecta a través de los denominados Fondos de Activos Bancarios (FABs).

El Real Decreto 1559/2012 regula también el régimen jurídico de estos FABs, que quedan configurados como un nuevo vehículo de inversión integrado por conjuntos de activos y pasivos, sin personalidad jurídica propia y con un régimen legal que contiene rasgos de los fondos de titulización de activos y de los fondos de inversión.

Puede leerse un comentario más detallado elaborado por el departamento de Bancario & Financiero de CMS Albiñana & Suárez de Lezo pinchando en este link:

Alerta Bancario y Financiero sobre el Banco Malo**Real Decreto 1336/2012: adaptación de la normativa estatal a las nuevas obligaciones de colaboración, información y comunicación con las Autoridades Europeas de Supervisión. Por Pablo Ruiz de Assín.**

Con la aprobación del Real Decreto 1336/2012 el legislador culmina la transposición de la Directiva 2010/78/UE, de 24 de noviembre, sobre las facultades de las Autoridades Europeas de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea, Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación y Autoridad Europea de Valores y Mercados). Se ha completado así la adaptación del esquema nacional de supervisión a las obligaciones derivadas del derecho de la Unión Europea en esta materia, incorporando para ello nuevas obligaciones de colaboración, información y comunicación de las autoridades españolas competentes (Banco de España y CNMV frente a las autoridades europeas de supervisión correspondientes).

El Real Decreto introduce modificaciones, en las líneas apuntadas anteriormente, en el Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, Desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, así como en otros reales decretos en materia de: cooperativas de crédito; creación de bancos y actividad transfronteriza de entidades de crédito; supervisión de los conglomerados financieros; requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación; recursos propios de las entidades financieras; y empresas de servicios de inversión y demás entidades que prestan servicios de inversión.

En concreto, entre otras, el Real Decreto 1336/2012 establece las siguientes novedades:

- La inscripción de las altas y bajas en los respectivos registros especiales de entidades de crédito deberán comunicarse a la Autoridad Bancaria Europea.
- La aprobación de folletos y sus posibles suplementos deberán notificarse por la CNMV a la Autoridad Europea de Valores y Mercados. Asimismo, para que los folletos aprobados por la CNMV, así como sus suplementos, sean válidos para la admisión a negociación en cualesquiera mercados regulados de los Estados miembros de acogida, la CNMV además de notificarlos a la autoridad supervisora del Estado miembro de acogida deberá notificarlo a la Autoridad Europea de Valores y Mercados.
- En el ámbito de las facultades de supervisión e inspección de la CNMV, la Autoridad Europea de Valores y Mercados podrá participar en las inspecciones in situ que se realicen de manera conjunta entre la CNMV y otra autoridad competente de la Unión Europea.
- La CNMV deberá mantener informada a la Autoridad Europea de Valores y Mercados de la existencia y contenido de los acuerdos de coordinación y cooperación que pueda suscribir con otras autoridades competentes que tengan por objeto facilitar y establecer una supervisión eficaz de los grupos encomendados a su supervisión.
- La CNMV comunicará a la Autoridad Europea de Valores y Mercados y a la Comisión Europea las dificultades que las empresas de servicios de inversión españolas encuentren para establecerse, o para prestar servicios o realizar actividades de inversión en un Estado no miembro de la Unión Europea.

Circular 7/2012, del Banco de España, sobre requerimientos mínimos de capital principal. Por Fernando García

El BOE de 11 de diciembre, ha publicado la Circular 7/2012 del Banco de España. Lo dispuesto en esta circular será de aplicación a los grupos consolidables de entidades de crédito, así como a las entidades de crédito no integradas en un grupo consolidable de entidades de crédito, que pueden captar fondos reembolsables del público, excluidas las sucursales en España de entidades de crédito autorizadas en otros países.

El contenido de la nueva circular puede resumirse así:

- Define los conceptos contables que integran la definición de capital principal, así como la forma en que han de computarse, precisando los requisitos de emisión de los instrumentos de deuda obligatoriamente convertibles para su computabilidad como capital principal. Estas definiciones se basan en las definiciones usadas y demás condiciones de emisión fijadas por la Autoridad Bancaria Europea (Recomendación de la Autoridad Bancaria Europea EBA/REC/2011/1).
- Determina como pueden ajustarse las exposiciones ponderadas por riesgo para que el

requerimiento de recursos propios de cada exposición de riesgo, no exceda del valor de la propia exposición y para que se preserve la consistencia entre el valor de las exposiciones y los componentes del capital principal.

- Establece la frecuencia y la forma de las declaraciones de cumplimiento del ratio de capital principal.

El objetivo básico de esta circular, es establecer las disposiciones precisas para la debida ejecución del régimen sobre requerimientos mínimos de capital principal exigidos en el Real Decreto-ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero, de acuerdo con las siguientes modificaciones introducidas en la materia por la disposición final séptima del Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito:

- Transformación de los requisitos del 8% de capital principal establecido con carácter general y del 10% fijado para las entidades con difícil acceso a los mercados de capitales y para las que predomine financiación mayorista, en un requisito único del 9%, que deberá cumplirse a partir del 1 de enero de 2013.
- Adecuación de la definición de capital principal, para adecuarla a la utilizada por la Autoridad Bancaria Europea (Recomendación de la Autoridad Bancaria Europea EBA/REC/2011/1), tanto en sus elementos computables como en sus deducciones.
Las medidas recogidas en la Circular son adicionales a las del proyecto de Reglamento de la UE de regulación del capital, actualmente en trámite en el Parlamento Europeo, y que, en principio estaría previsto que entrase en vigor también el 1 de enero de 2013, aunque existen posibilidades de un retraso en la entrada de este Reglamento.

Proyecto de Circular de la CNMV sobre el desarrollo de determinadas obligaciones de información relacionadas con la evaluación de la conveniencia e idoneidad a los clientes a los que se les prestan servicios de inversión. Por Fernando Revuelta.

La Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito en su disposición final tercera modificó, entre otros, el artículo 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores pretendiendo con ello mejorar la protección al inversor y evitar que se comercialicen productos complejos a inversores no profesionales.

Esta modificación ha supuesto que la CNMV pueda requerir a las entidades supervisadas que incluyan tanto en la información previa que se entregue a los inversores como en su publicidad las advertencias necesarias relativas a las características del instrumento de inversión así como que se realicen los correspondientes test de idoneidad y conveniencia a los inversores según corresponda.

Como consecuencia de lo anterior, el pasado 15 de noviembre, el Comité Ejecutivo de la CNMV decidió someter a consulta pública el proyecto de circular sobre el desarrollo de determinadas obligaciones de información relacionadas con la evaluación de la conveniencia e idoneidad a los clientes a los que se prestan servicios de inversión (el "Proyecto") con el objetivo de que las entidades de servicios de inversión recomienden servicios e instrumentos financieros adecuados dependiendo del perfil de cada inversor.

El Proyecto pretende regular ciertas recomendaciones que la CNMV ya había transmitido como buenas prácticas a las entidades que prestan servicios de inversión reguladas en el artículo 63 LMV.

En concreto, en cuanto a la evaluación de la idoneidad, la norma tercera del Proyecto establece que cada vez que las entidades presten un servicio de asesoramiento en materia de inversión (o gestión de carteras, aunque esto el Proyecto no lo dice) deberán proporcionar al cliente (o potenciales clientes, aunque tampoco lo menciona el Proyecto) una descripción de cómo se ajustan las recomendaciones que realicen a las características y objetivos del inversor.

La norma cuarta del Proyecto se centra en la evaluación de la conveniencia que deben realizar las empresas de servicios de inversión y establece que deberán entregar, cada vez que se realice una evaluación de un producto, una copia al cliente del documento que recoja la evaluación que se le ha realizado siempre y cuando presenten servicios de inversión distintos del asesoramiento en materia de inversión o de gestión de carteras.

En este sentido, la LMV en su artículo 79 bis apartado 7º faculta a la CNMV para que establezca en qué términos el cliente deberá expresar de forma manuscrita que ha sido advertido por la entidad de que el producto que va a adquirir no le resulta conveniente, o que no ha podido evaluar su conveniencia por falta de información. Así el Proyecto establece el texto específico que deberán tener las correspondientes advertencias en función de las distintas situaciones que puedan darse (falta de información, información insuficiente, no conveniente, etc.) que deberán acompañarse de la rúbrica del inversor junto con un texto concreto en función de lo que se le haya advertido.

Por último, el Proyecto establece los términos en que debe mantenerse el registro de clientes y productos no adecuados con la finalidad, entre otras, de impedir que se les pueda ofrecer de forma personalizada productos no convenientes de acuerdo a la evaluación previamente realizada.

Orden de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la CNMV y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones ("La Orden"). Rosa Cañas.

Se publicó en el BOE del 22 de noviembre y entrará en vigor el próximo 22 de mayo de 2013.

La Orden tiene por objeto desarrollar el artículo 31 y la disposición final undécima de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible en lo relativo al régimen de atención de las reclamaciones en el sector financiero, con la finalidad de proteger a los clientes en cada uno de los tres ámbitos de la actividad financiera: banca, valores y seguros.

La Orden regula el procedimiento aplicable a la presentación de quejas (por demoras, desatenciones o cualquier otra actuación deficiente) y reclamaciones (para la restitución de un interés o derecho derivada de un presunto incumplimiento) y formulación de consultas (solicitudes de asesoramiento e información relativas a cuestiones de interés general).

Los servicios de reclamaciones del Banco de España, la CNMV y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones fueron concebidos como los órganos adecuados para este propósito conforme a lo previsto en el artículo 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

La legitimación activa para presentar quejas o reclamaciones y formular consultas la ostentan (i) los usuarios de los servicios financieros, (ii) las personas físicas o jurídicas que actúen en defensa de los intereses particulares de sus clientes, (iii) las asociaciones y organizaciones representativas de intereses colectivos y (iv) las oficinas y servicios de información y atención al cliente. Estos dos últimos supuestos han de entenderse conforme a lo establecido en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Asimismo, se contempla la posibilidad de formular una reclamación o queja conjunta por parte de distintos reclamantes cuando estos se vean afectados por conductas de la misma entidad que tengan un contenido y fundamento idéntico o sustancialmente similar.

La Orden introduce un régimen de "ventanilla única" en virtud del cual cualquier reclamación o queja puede presentarse indistintamente ante cualquiera de los tres servicios de reclamaciones, con independencia de su contenido. En caso de que el servicio de reclamaciones que reciba la reclamación o queja no resulte competente para su tramitación debe remitirla al servicio de reclamaciones pertinente.

Para la admisión y tramitación de reclamaciones y quejas, la Orden establece como requisito sine qua non la acreditación de que se formularon previamente ante el departamento o servicio de atención al cliente de la entidad contra la que se reclame.

Una vez abierto el expediente por una reclamación, en el plazo de diez días hábiles se habrá de informar al interesado de los derechos que le asisten y, asimismo, se remitirá una copia de la reclamación a la entidad contra la que esta se dirija, para que en el plazo de quince días hábiles presente al servicio de reclamaciones las alegaciones que estime oportunas. El reclamante podrá pronunciarse sobre las alegaciones de la entidad en el plazo de quince días hábiles.

Transcurrido dicho plazo el organismo competente emitirá un informe motivado que dará por terminado el expediente, lo que deberá hacerse en el plazo máximo de cuatro meses a contar desde la fecha en que se presentó la reclamación. El informe deberá contener unas conclusiones claras en las que se haga constar si de la actuación se desprende quebrantamiento de normas de transparencia y protección y si la entidad se ajustó o no a las buenas prácticas y usos financieros. El informe no tiene carácter vinculante y no tendrá la consideración de acto administrativo recurrible. Los cauces a seguir para la tramitación de una queja son idénticos con algunas salvedades respecto a los plazos.

En el supuesto de que el informe emitido sea desfavorable para la entidad reclamada, esta deberá comunicar expresamente, en el plazo de un mes desde la notificación del informe, la aceptación o no de los presupuestos y criterios manifestados, así como aportar la justificación documental de haber rectificado su situación con el reclamante.

Si de las actuaciones practicadas así se dedujese, aquellos expedientes en los que se aprecien indicios de incumplimiento o quebrantamiento graves o reiterados de normas de transparencia y protección de la clientela serán remitidos a los servicios de supervisión correspondientes.

Las consultas habrán de ser contestadas por el servicio de reclamaciones competente en el plazo de un mes desde la fecha de formulación de la consulta, precisando en sus conclusiones los derechos del

solicitante en materia de transparencia y protección de la clientela, así como los cauces legales existentes para su ejercicio. La contestación a la consulta tiene carácter meramente informativo.

La falta de emisión del informe o de contestación a la consulta dentro del plazo establecido no supondrá, en ningún caso, la aceptación del motivo de la reclamación o queja, ni la aceptación de los motivos expresados en la consulta.

B) Mercado de Valores

Por fin llegó la esperada modificación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores. Mariano Bautista.

Ha pasado bastante desapercibida la reciente modificación del artículo 108 LMV que ha llevado a cabo la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, publicada en el BOE del 30 de octubre, con entrada en vigor al día siguiente.

Esta norma ha traído de cabeza desde su promulgación, no solo a fiscalistas sino también a los que nos dedicábamos, e intentamos seguir dedicándonos a la compraventa de empresas. Efectivamente eran muchas las operaciones de compraventa de acciones o participaciones sociales de sociedades que, respondiendo a una verdadera transacción mercantil que pretende la trasmisión de un negocio o actividad, se veían envueltas en una disposición que primero les acusaba de intentar eludir un impuesto y que en la mayoría de los casos incrementaba, salvo malabarismos arriesgados, el coste del comprador, y por tanto de la operación, en un seis o un siete por ciento.

La Hacienda encontró un filón que aunque inicialmente iba dirigido a las compraventas de bienes inmuebles que eludían el pago del impuesto de transmisiones patrimoniales vendiendo las acciones o participaciones sociales de las sociedades tenedoras del inmueble que se pretendía vender, se extendió a verdaderas operaciones de compraventa de empresas o negocios. La DGT siempre interpretó este precepto de forma restrictiva obviando su carácter finalista de norma antielusión. Esto dio lugar a casos absurdos que hemos sufrido impotentes al ver que en muchas ocasiones ese sobre coste daba al traste con la operación o la encarecía injustificadamente: compraventas de sociedades cuyo activo principal eran concesiones administrativas (inmueble según el apartado 10 del artículo 334 del Código Civil), transmisiones de sociedades con activos en parques eólicos o fotovoltaicos (inmuebles también en este caso por "incorporación" o por "destino" según el mismo artículo CC) o simplemente la venta de una actividad hotelera que teniendo por objeto la transmisión efectiva de un negocio que afecta a trabajadores, proveedores y clientes, y que supone no solo la venta de inmueble sino la de un negocio en funcionamiento con marcas, arrendamientos o incluso un fondo de comercio. En muchos casos estos activos no estaban contabilizados por la sociedad pero si estaban incluidos en el precio satisfecho por el comprador, pero al superar el inmueble el cincuenta por ciento del activo queda sujeta al gravamen de la venta de inmuebles y no al inexistente de las ventas de acciones o participaciones. Si bien es cierto que se llevó a cabo una modificación del artículo mediante la Ley 36/2006 que aclaró determinados conceptos, al final supuso un mayor endurecimiento de la norma cuando se exigió la valoración de los inmuebles al valor real y no al neto contable. Esta norma, técnicamente muy pobre, fue siempre generadora de una gran inseguridad jurídica.

La modificación operada por la Ley 7 /2012 reconoce, por fin, que esta fue una medida especial antielusión fiscal de las posibles transmisiones de valores, que solo sean una cobertura para una transmisión de inmuebles, mediante la interposición de figuras societarias. Se ratifica en la exención general del gravamen en las transmisiones de acciones por IVA y por el ITPAJD, a menos que se trate de una operación que persiga eludir su pago por la transmisión de los inmuebles de las entidades a los que representan los valores transmitidos. Básicamente, se presume que hay elusión fiscal, salvo prueba en contrario, cuando mediante la transmisión de acciones se obtenga el control directo o indirecto (o se amplíe el mismo) de una entidad cuyo activo esté formado en al menos el 50 por ciento por inmuebles radicados en España que no estén afectos a actividades empresariales o profesionales. La afección de los inmuebles a la actividad empresarial o profesional, es la novedad que rompería la presunción y permitiría acogerse a la exención.

Aunque ya la jurisprudencia había dibujado este camino finalista de la norma, bienvenida sea esta reforma que en estos momentos, necesario más que nunca, proporcionará seguridad jurídica a las operaciones de compraventa de empresas, al menos en cuanto a los impuestos indirectos que las gravan.

La CNMV publica una nota informativa sobre las obligaciones de notificación y publicación de las posiciones cortas.

En el mes de octubre la CNMV ha publicado una nota sobre las obligaciones de notificación y publicación

de las posiciones cortas netas contempladas en el Reglamento 236/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de marzo de 2012 sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago (El Reglamento).

La CNMV ha incluido un nuevo servicio en su sede electrónica para que las entidades obligadas a notificar posiciones cortas netas puedan realizar este trámite, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento. Las citadas entidades deberán registrarse previamente y así disponer de las claves y contraseñas necesarias para hacer uso de este servicio.

El registro de usuario podrá llevarse a cabo desde el 24 de octubre y la presentación de las notificaciones por esta vía a partir del próximo 1 de noviembre, en el siguiente enlace de la página web de la CNMV:([Pinchar aquí](#))

A partir del 1 de noviembre están disponibles los formularios de notificación y cancelación de posiciones cortas en la web de la CNMV ([Pinchar aquí](#))

La CNMV impone nuevas restricciones sobre las ventas en corto.

El 1 de noviembre la CNMV ha publicado el acuerdo de imponer, con efectos inmediatos y por el plazo de 3 meses, restricciones sobre las ventas en corto y operaciones similares al amparo del artículo 85.2 J) LMV y del artículo 20 del Reglamento (UE) nº 236/2012m en atención a las circunstancias excepcionales concurrentes.

Se impone la prohibición cautelar de realización por cualquier persona física o jurídica de operaciones que creen un instrumento financiero o estén vinculadas a un instrumento financiero, y cuyo efecto, o uno de cuyos efectos, sea conferir una ventaja financiera a dicha persona física o jurídica en caso de que disminuya el precio o valor de las acciones admitidas a negociación en un mercado secundario oficial español para las que la CNMV es considerada autoridad competente.

La prohibición se mantendrá por un periodo de 3 meses desde el momento de su publicación y hasta el cierre del 31 de enero de 2013 inclusive, pudiendo prorrogarse de conformidad con el artículo 24 del Reglamento (UE) Nº 236/2012 o levantarse si se considerase necesario.

Se excluyen de la prohibición cautelar las actividades de creación de mercado en los términos previstos en el Reglamento (UE) Nº 236/2012. La CNMV llevará a cabo una supervisión de las actividades de creación de mercado contempladas en dicha excepción, en los mercados de valores españoles.

Se excluyen asimismo de la prohibición las siguientes operaciones:

- La creación o incremento de posiciones cortas netas derivadas de operaciones cuya finalidad principal no es la generación de una exposición económica positiva ante la caída el precio de una acción sino que se enmarcan en la práctica de operaciones corporativas que tienen por finalidad un objetivo industrial o empresarial. En este caso, la ejecución de dichas operaciones requerirá la previa autorización por la CNMV.
- La creación o incremento de posiciones cortas netas en el marco de un proceso de estabilización conforme a lo previsto en el capítulo III del Reglamento (CE) nº 2273/2003 de la Comisión, de 22 de diciembre de 2003, por el que se aplica la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a las exenciones para los programas de recompra y la estabilización de instrumentos financieros.
- La creación o incremento de posiciones cortas netas cuando el inversor que adquiere un bono convertible tiene una posición neutral en términos de delta entre la posición en el elemento de renta variable del bono convertible y la posición corta que se toma para cubrir dicho elemento.
- La creación o incremento de posiciones cortas netas cuando la creación o incremento de la posición corta en acciones esté cubierta con una compra equivalente en términos de proporción en derechos de suscripción.

4. CONTRATOS MERCANTILES

TEMAS ACTUALES

Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. Marta González Araña

El Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios trata de profundizar en la línea legislativa que se ha ido desarrollando en los

últimos tiempos (por ejemplo, con la aprobación del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos), con el fin de reforzar el marco de protección de los deudores que, sin entrar en el ámbito de aplicación del mencionado Real Decreto-ley 6/2012, se han encontrado en una situación de incapacidad para hacer frente a sus obligaciones hipotecarias a causa de la crisis económica.

El objetivo fundamental del real decreto, tal y como se recoge en su exposición de motivos, consiste en la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los procedimientos de ejecución hipotecaria por los cuales se adjudique al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos, impidiendo que se proceda al lanzamiento que culminaría con el desalojo de esas personas. Dicha suspensión será de aplicación a los procesos de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de este real decreto-ley, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento. La concurrencia de las condiciones para la aplicación de la suspensión podrá acreditarse por el deudor hipotecario en cualquier momento del procedimiento.

Para que la suspensión sea de aplicación, será necesario que el deudor hipotecario cumpla con dos tipos de requisitos, que podrá acreditar en cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria y antes de la ejecución del lanzamiento, ante el juez o el notario encargado del procedimiento:

- Debe tratarse de una unidad familiar de especial vulnerabilidad, entendiéndose como tal:

- Familias numerosas, unidades familiares monoparentales con dos hijos a cargo, de las que forme parte un menor de tres años, o en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33% o que esté en situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente y de forma permanente la realización de una actividad laboral.
- Unidades familiares en las que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones por desempleo.
- Unidades familiares con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral.
- Unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género en el caso de que la vivienda objeto de lanzamiento constituyan su domicilio habitual.

- Adicionalmente, deberán concurrir las siguientes circunstancias económicas:

- Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples.
- Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda (cuando la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por, al menos, 1,5).
- Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.
- Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para su adquisición.

Dado que el efecto suspensivo de este real decreto no se extiende a los desahucios ya ejecutados, se encomienda al Gobierno que promueva con el sector financiero la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer vivienda en régimen de arrendamiento a aquellas personas que hubiesen sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario, cuando concurren en ellas las circunstancias previstas en el artículo 1 del presente real decreto-ley.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

Acción directa prevista en el artículo 1.597 del Código Civil (STS de 25 de octubre de 2012, Sala de lo Civil, Sección 1ª). Por Carmen Crespo.

La STS de 25 de octubre, versa sobre la acción directa prevista en el artículo 1.597 del Código Civil. Para facilitar mejor su comprensión, conviene recoger muy sintéticamente, los hechos acontecidos y el íter procesal del asunto.

SVG encargó -en su condición de dueña de la obra- a la contratista SEOP la construcción de dos edificios de viviendas, para lo cual esta última procedió a su vez a subcontratar a PRENOR la construcción de las estructuras de hormigón. Con fecha 12 de marzo de 2008, PRENOR (subcontratista) comunicó a SVG mediante burofax la existencia e importe de la deuda que mantenía SEOP (contratista) frente a la propia PRENOR (subcontratista) a esa fecha. Por su parte, SVG (dueña de la obra) comunicó el 13 de marzo de 2008 a SEOP (contratista), mediante burofax, su voluntad de resolver los contratos que les unían ante el retraso acumulado en la ejecución y la imposibilidad de entregar la obra en el plazo pactado. PRENOR (subcontratista) demandó a SVG (dueña de la obra), en ejercicio de la acción directa, el 19 de marzo de 2008, reclamando la cantidad máxima adeudada por SVG (dueña de la obra) a SEOP (contratista) a la fecha de la reclamación (12 de marzo de 2008). El 7 de abril de 2008, SEOP (contratista) es declarada judicialmente en concurso voluntario.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda del subcontratista en atención a que, a excepción de dos facturas, el resto de las cantidades reclamadas no resultaban exigibles en el momento de la reclamación dirigida a la dueña de la obra, al no haber vencido el plazo contractualmente previsto al efecto, o en el caso de las retenciones, por tener previsto un plazo de garantía de un año. En cuanto a las dos facturas vencidas, se desestima asimismo la demanda, entendiéndose que no hubo previa intimación al deudor para que se constituya en mora, requisito exigible para el éxito de la acción directa prevista en el artículo 1.597 del Código Civil.

La subcontratista interpuso recurso de apelación, distinguiendo en el recurso entre facturas ya vencidas y facturas con un plazo de vencimiento posterior al requerimiento extrajudicial. Con respecto a estas últimas, se alegó que la situación de insolvencia del contratista era indiscutible a la fecha en que tuvo lugar el requerimiento, operando en tal caso la consecuencia prevista en el artículo 1.129 del Código Civil, ("perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo [...] cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda"). En el caso de las facturas ya vencidas, la subcontratista sostuvo que no era necesaria intimación alguna para constituir en mora al deudor, al tratarse de obligaciones mercantiles, máxime tras la entrada en vigor de la Ley 3/2004 de 29 diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

La Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª), en su Sentencia número 61/2010 de 11 de febrero, desestimó íntegramente el recurso interpuesto, distinguiendo varias situaciones. En primer lugar, para las facturas con un plazo de vencimiento posterior al requerimiento extrajudicial, la Audiencia Provincial recordaba, en el contexto del art. 1129 del Código Civil, que es opinión unánime de la doctrina civilista que la anticipación del vencimiento en ningún caso podrá extenderse a los demás codeudores solidarios. Tratándose de solidaridad pasiva, la unidad de deuda no excluye la pluralidad de lazos o vínculos, siendo así que cada uno de los deudores solidarios juega un papel de deudor principal con derecho a beneficiarse del término pactado en la obligación, pues cada uno de ellos puede oponer en su defensa las excepciones objetivas o comunes, tal y como señala el artículo 1.148 del Código Civil.

En segundo lugar, y en lo relativo a facturas ya vencidas, la Audiencia consideraba que no resultaba de aplicación ni el artículo 63 del Código de Comercio, puesto que la acción ejercitada por la demandante era de naturaleza civil, y no mercantil, ni los artículos 3 y 5 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, al valorar que la mora contenida en este precepto se refería únicamente a los intereses a devengar en las obligaciones reguladas por dicha ley.

Además, la Audiencia Provincial recordaba que la acción directa es inmune respecto del concurso del contratista que actúa como deudor principal, siempre que la reclamación se hubiera efectuado antes de la declaración judicial de concurso, como sucedía en el caso.

La sociedad subcontratista interpuso recurso de casación, resuelto por el TS, en la Sentencia ahora comentada. Nuestro Alto Tribunal, sin entrar en su análisis en la infracción del artículo 1.129 del Código Civil declara haber lugar al recurso de casación sobre la base de la infracción del artículo 63 Código de Comercio, así como de los artículos 3 y 5 de la Ley 3/2004.

En este sentido, el TS considera que el impago de dos facturas supone, en aplicación de los citados preceptos, que el deudor principal debía las cantidades correspondientes a las mismas, de manera que la demanda fundada en la acción directa debe ser acogida- además se ha demostrado que ni el día del vencimiento ni tampoco en fechas posteriores, el contratista deudor hubiera satisfecho dichos débitos- y, en consecuencia, condena a SVG al pago de la cantidad máxima adeudada por SEOP a PRENOR en la fecha de la reclamación, fijada en 122.158,59.-€, más los intereses legales desde tal fecha.

El TS declara que la acción directa tiene la finalidad de evitar que, colocados los materiales y ejecutada la obra por el subcontratista, pueda verse beneficiado el propietario de la misma, sin tener que responder por el incumplimiento del contratista en su obligación de pago frente al que ejercita la acción, ni agotar las posibilidades de cobro con el contratista; la desestimación de la demanda en este punto no cabe fundarla, como hace la Audiencia Provincial, en una necesaria reclamación formal al contratista, la

cual sólo puede dar lugar a que el subcontratista se dirija contra el propietario de la obra si resulta infructuosa.

5. TEMAS DE ACTUALIDAD

Nuevo Reglamento de facturación. Por Carlota Sancho.

El pasado 1 de diciembre se publicó en el Boletín Oficial del Estado el "Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación". El objetivo de este Real Decreto no es otro que transponer la última normativa comunitaria en materia del Impuesto sobre el valor añadido y de facturación, recogida ésta en la Directiva 2010/45/UE, de 13 de julio de 2010 por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor añadido.

Según se resume en las disposiciones generales del Real Decreto con este Reglamento, cuya entrada en vigor está prevista para el 1 de enero de 2013, se busca:

- garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, en especial reducir las cargas administrativas de los sujetos pasivos, al sustituir la obligación de expedir facturas en determinados casos y fijar un plazo para hacerlo.
- garantizar la igualdad de trato entre las facturas de papel y las facturas electrónicas, al introducir la definición de las facturas electrónicas y eliminar la obligatoriedad de que se expidan por un medio específico.
- armonizar la facturación así como facilitar las transacciones económicas y contribuir a la seguridad jurídica de los agentes económicos en las operaciones intracomunitarias, al aclarar los casos en que se deben aplicar las normas de facturación contenidas en el reglamento.

1. La falta de obligación de expedir facturas en determinados casos y el plazo

El artículo 2º del Real Decreto y el 3º del Reglamento establece determinados casos en los que se elimina la obligación de justificarlos mediante expedición de factura. En términos generales se establece que deja de ser obligatorio en el caso de determinadas prestaciones de servicios financieros y de seguros siempre y cuando se realicen fuera del territorio de aplicación del Impuesto y del territorio de la Unión Europea y se refiera a operaciones sujetas y exentas del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Por otra parte y aunque sigue rigiendo la norma de que las facturas se expidan en el momento de realizarse la operación, cuando el destinatario de la operación sea un empresario o profesional o en la entrega de bienes comprendidas en el artículo 75 de la Ley del IVA, se contempla una expedición tardía cuyo límite se sitúa antes del día 16 del mes siguiente al de producirse el devengo del Impuesto correspondiente o en el que se inicie el transporte o expedición de los bienes con destino al adquirente.

2. Las facturas de papel y las facturas electrónicas

El artículo 9 del Reglamento define la factura electrónica como "aquella factura que, cumpliendo los requisitos establecidos en el propio Reglamento, haya sido expedida y recibida en formato electrónico". A su vez, el artículo 8 define los medios de expedición de facturas, sin tasar cuál deberá ser utilizado para las electrónicas siempre y cuando permita garantizar al obligado la autenticidad de su origen, la integridad de su contenido y su legibilidad.

Aunque el Reglamento reconoce expresamente que el sistema de intercambio electrónico de datos ("EDI") así como la firma electrónica avanzada son tecnologías que garantizan la autenticidad del origen y la integridad del contenido de las facturas electrónicas, su empleo no se considera obligatorio. El hecho de optar por uno u otro medio (en papel o electrónico) está sujeto únicamente al previo consentimiento por parte de su destinatario.

3. Los tipos de facturas

Para facilitar el funcionamiento de los pequeños y medianos empresarios así como de los profesionales, se establece un sistema de facturación basado en dos tipos de facturas: factura completa u ordinaria y factura simplificada.

La factura simplificada, que viene a sustituir a los denominados "tiques", tiene un contenido mínimo más reducido (vid art 7º) y de acuerdo con el artículo 4º se puede expedir:

- (i) cuando su importe, IVA incluido, no exceda de 400 euros;
- (ii) cuando se trate de facturas rectificativas; o

(iii) cuando su importe, IVA incluido, no exceda de 3.000 euros y se refiera a aquellos supuestos para los que se venía autorizando el uso de tiques en lugar de facturas como ventas al por menor o servicios de tintorería, lavandería u hostelería entre otros.

Todas las novedades que incorpora el Reglamento vienen en definitiva a favorecer las operaciones económicas, especialmente las transacciones intracomunitarias, ya que, entre otros factores, contribuyen a reducir costes para los empresarios y profesionales.

El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal. Por Alfredo Liñán.

1. Introducción

La tipificación del delito de administración desleal ha venido arrastrando, desde sus inicios, una confusión respecto del tipo penal aplicable, ya que la conducta de distracción de fondos del administrado en su perjuicio es incardinable en el tipo penal de apropiación indebida – en su modalidad de gestión desleal del patrimonio – del artículo 252 C.P. y del delito societario de del artículo de 295, el cual fue introducido en el Código Penal en 1995.

El origen de esta confusión se remonta a la STS de 2 de febrero de 1998 (Caso Agencia Trust), donde se enjuicia la conducta del consejero delegado de una entidad financiera de la que se habían distraído 600 millones de pesetas. No obstante, al no poderse demostrar el destino de los 600 millones, la defensa alegaba que a dicha conducta no le era aplicable el artículo 252 C.P. (art.535 del C.P. de 1973), ya que a la fecha de los hechos no estaba vigente el delito societario de administración desleal.

2. Apropiación indebida vs. Administración desleal

El argumento esgrimido por la defensa era prosperable ya que el tipo penal de apropiación indebida castiga al que se apropie o distraiga dinero, efectos valores o cualquier otro activo patrimonial que haya recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca la obligación de entregarlo o devolverlo, o negaren haberlo recibido. En este tipo de conducta se exige un ánimo específico en el autor, el animus rem sibi habendi (el de apropiarse de la cosa e incorporarla al patrimonio). El hecho de que no se hubiera demostrado que los 600 millones habían sido apropiados por el acusado, facultaba la interpretación de la atipicidad de la conducta.

Por otro lado, no podría aplicarse el artículo 295 C.P., que no exige dicho ánimo apropiatorio, ya que no estaba vigente en el momento de la comisión de los hechos, y era imposible la aplicación retroactiva del tipo penal. La STS de 2 de febrero 1994, utilizando una interpretación precedente del Tribunal Supremo de 7 y 14 de marzo de 1994, estableció que *"lo cierto es que en el art.535 CP derogado se yuxtaponían --como siguen yuxtaponiéndose en el art. 252 del vigente-- dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. En esta segunda hipótesis el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su status.*

En dicha sentencia, el Tribunal Supremo reconocía que era previsible que determinados comportamientos de administración desleal se solaparan en los artículos 252 C.P. (modalidad gestión desleal del patrimonio) y el 295 C.P., *porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan.* La solución propuesta en ese momento fue aplicar el concurso de normas del artículo 8.4 C.P., y dado que a la misma conducta le eran aplicables dos tipos penales, se debería optar por la apropiación indebida ya que estaba castigada de un modo más grave. Esta solución, "temporal" se ha venido aplicando de un modo más que cuestionable – con algún que otra variación en función del ámbito aplicable – hasta la fecha.

Lo que se propone con la reforma es precisamente delimitar dos tipos de administración desleal, una del administrador en el ámbito societario y otra de aquel que distrae el patrimonio ajeno utilizando algún tipo de mandato o encomienda del perjudicado.

3. El nuevo delito de administración desleal.

La propuesta del Ministerio de Justicia en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal es modificar el artículo 252 C.P. (la apropiación indebida pasa ahora a tipificarse en el artículo 253) y reformularlo para incorporar la punición de la gestión desleal del patrimonio ajeno fuera del ámbito societario y sin exigir ánimo apropiatorio alguno.

El artículo 252.1 C.P. establecería lo siguiente:

Serán punibles con las penas del artículo 249 [6 meses a tres años] o, en su caso, con las del artículo 250 [pena de prisión de 1 a 6 años], lo que teniendo facultades para disponer del patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas, y de esa manera causen un perjuicio al administrado.

Así, se observa que el sujeto activo del delito sería aquel que tiene facultades para disponer del patrimonio ajeno. Pero esas facultades deben tener su origen en la ley, en un nombramiento de autoridad (por ejemplo un administrador concursal o liquidador) o en un negocio jurídico (depósito, guarda, custodia, gestión de activos, etc.). Estos sujetos activos han de infringir las facultades excediéndose en el ejercicio de las mismas. Este requerimiento sería deseable que se concretase, pues el término excederse es lo suficientemente indeterminado para causar problemas interpretativos, pues el mismo es un elemento del tipo penal, y su existencia o no (la del exceso) podrá determinar la punibilidad o no de la conducta. Esta debe causar un perjuicio cuantificable al patrimonio del administrado, por lo que el perjuicio sólo se ha de causar al sujeto pasivo (no al de un tercero) para ser típico, configurándose como un delito de resultado.

El artículo 252 C.P. en su punto segundo se configura del modo siguiente:

Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar.

En este segundo párrafo, la indeterminación de la conducta típica es mucho mayor, pues lo que se que castiga es el quebrantamiento del deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos, causando un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar. En este segundo párrafo se incluye un nuevo sujeto activo que será el derivado de una especial relación de confianza que se suma a los que tengan dicho deber por emanar el mismo de la ley, de un nombramiento o de un negocio jurídico. Esta especial relación de confianza supone un nuevo elemento que debería ser concretado en el proceso legislativo, pues cuesta trabajo plantearse que de una relación de confianza surjan deberes jurídicos, que son la base y el fundamento de la configuración del sujeto activo del delito.

Este delito sólo puede cometerse de manera dolosa, pero si se actúa además con ánimo de lucro, la aparición de dicho elemento subjetivo del injusto se considera una agravante, imponiendo la pena en su mitad superior. Ello implica que el tipo básico no exige ánimo de lucro, por lo que el mero hecho no administrar adecuadamente los bienes y causar un perjuicio, podría ser considerado suficiente para considerar perfeccionado el delito.

En el apartado 4, se contempla un tipo atenuado (multa de 1 a 6 meses) en atención a la escasa gravedad del hecho, cuando el valor de los bienes sea inferior a 1000 €.

4. Conducta típica

El nuevo delito de administración desleal persigue castigar este tipo de actuaciones fuera del ámbito societario, dejando para cuando se cometan en el seno de una sociedad y por el administrador de hecho o derecho la aplicación del artículo 295 C.P.

No obstante, la indeterminación de la conducta típica puede provocar que se utilice este tipo penal para intentar castigar determinadas actuaciones de gestión patrimonial que deberían quedar extramuros del Derecho Penal. Esta preocupación no resulta baladí cuando se comprueba cómo se interpreta el perjuicio patrimonial en la Exposición de Motivos del Anteproyecto.

Así, podemos comprobar que el prelegislador considera que la norma precisa que el perjuicio patrimonial del tercero existe cuando se causa una disminución del patrimonio; cuando se crea una situación de peligro de pérdida del mismo, pues el valor económico del patrimonio se ve disminuido cuando la integridad patrimonial está expuesta a una situación relevante de peligro.

Esta interpretación del tipo penal resulta ciertamente preocupante, amén de errónea, pues asimila el perjuicio (delito de resultado) a la puesta en peligro del patrimonio pues ello, según la Exposición de Motivos, provocaría la disminución del valor del mismo. Si la intención es castigar este tipo de conductas, cualquier decisión empresarial o de gestión (podría poner a las Gestoras de fondos en el ojo del huracán) podría ser objeto de reproche penal si supone una disminución del valor del bien administrado.

Algo totalmente desproporcionado y ya resuelto en el ámbito mercantil con la teoría del Bussines

Judgment Rule, que aplicada al derecho español puede resumirse en el axioma de que El "incumplimiento o cumplimiento defectuoso, de la obligación de administrar no puede determinarse en función de los resultados". Si la decisión la ha tomado el administrador de un modo informado y defendible, no es ilegal ni se puede inferir que exista conflicto de intereses entre los de este y su administrado, no resulta plausible que a pesar de que dicha decisión origine la pérdida de valor del bien o el activo, pueda considerarse penalmente punible únicamente por el resultado.

Afortunadamente, al determinar con ejemplos la Exposición de Motivos lo que ha de considerarse administración desleal se concretan las conductas que serían punibles al fundamentarse en una actuación del administrador a todas luces ilícita. Los ejemplos propuestos son la venta no autorizada de elementos patrimoniales a cambio de un valor inferior al real; la concesión no autorizada de créditos sin garantías; la contratación de servicios que no se prestan, o la contratación de los mismos por un precio inferior al real de mercado, la falta de cobro de los créditos por el administrador; la realización de operaciones no autorizadas con perjuicio del administrado; o la creación de cajas negras que se mantienen fuera del conocimiento y control del titular del patrimonio del administrado.

5. Conclusiones

La tipificación de un delito de administración desleal distinto del concebido para el ámbito societario era una demanda que desde hace tiempo se venía solicitando por los profesionales del Derecho Penal.

No obstante, la indeterminación de la conducta y de los deberes que han de ser quebrantados hace necesario que el tipo penal sea objeto de enmienda en aras a concretar todo lo posible el comportamiento que se considera punible, pues de otro modo se corre el riesgo en que este tipo penal se convierta en un delito en el que quepa todo tipo de administración o gestión que causa un perjuicio al administrado.

Y ello debido a que los términos de excederse en el ejercicio o quebrantar el deber de velar por los intereses, que serían el desvalor acción, el resorte necesario que permitiese la intervención del Derecho Penal, son lo suficientemente etéreos para que todo perjuicio en el patrimonio ajeno pueda considerarse típico al relacionarlo con una desafortunada decisión del administrador. Algo que se debería evitar, pues no todo perjuicio patrimonial conlleva, obviamente, el indicio de un posible comportamiento delictivo.

El proyecto de ley de creación del súper regulador. Patricia Liñán.

El pasado octubre, el Gobierno presentó ante el Congreso, su Proyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC"), que prevé la fusión, en uno solo, de la Comisión Nacional de la Competencia y de los siete organismos reguladores sectoriales existentes en la actualidad. A saber, Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comité de Regulación Ferroviaria y Comisión Nacional del Sector Postal, Comisión Nacional del Juego y Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, además del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

El objetivo perseguido con la integración es, evidentemente, ahorrar costes. Pero también, según se lee en la Exposición de Motivos, se busca un mejor funcionamiento del organismo fusionado, reduciendo el riesgo de que se adopten decisiones contradictorias en aquellos ámbitos en los que las funciones de unos y otros organismos se solapan. El tercer objetivo declarado es la búsqueda de sinergias no ya en el plano material sino en el de los conocimientos técnicos de cada una de las áreas, buscando lo que la Exposición de Motivos califica de "visión integrada".

Dos observaciones. La primera es que la Exposición de Motivos sobrevalora los supuestos problemas de inseguridad jurídica derivados de decisiones contradictorias adoptados por distintos organismos. Lógicamente, estos problemas sólo puede producirse entre, por un lado, los organismos reguladores sectoriales y, por otro, un órgano supervisor transversal como es la CNC. No puede decirse que, hasta la fecha, los conflictos hayan sido de tal intensidad que justifiquen una integración como la que se proyecta. La segunda observación es que la referencia al objetivo relativo a la "visión integrada", además de no ser un prodigio de claridad, carece de suficiente fundamento. En particular, cuando una de las mayores críticas al Proyecto es, precisamente, la pérdida de especialización como resultado de la asunción por un único órgano de funciones decisorias en materias tan variadas, que van desde controlar concentraciones empresariales bajo las normas de competencia a, por ejemplo, la gestión del censo promocional a efectos de la legislación sobre protección de datos. Por lo demás, la Exposición de Motivos explica que la unificación está en línea con lo que está ocurriendo en varios países de nuestro entorno. No dice, sin embargo, que sigue habiendo muchos más países europeos (de hecho, todos menos Estonia y Países Bajos) que mantienen la separación entre distintos organismos o, al menos entre autoridad de competencia, por un lado, y organismos reguladores, por otro.

Entrando ya la parte dispositiva del Proyecto, la nueva CNMC asume buena parte de las competencias que venían correspondiendo a los organismos que integra. El Proyecto dedica su capítulo segundo a

listar -con poca sistemática, por cierto- todas estas competencias. No obstante, las disposiciones adicionales séptima a undécima prevén una asunción importante de competencias por parte de la Administración General del Estado en materias relevantes relacionadas con los sectores regulados.

Lógicamente, esta atribución de funciones a varios ministerios de competencias que correspondían inicialmente a los organismos reguladores independientes ha recibido duras críticas. Incluso la Comisión Europea habría amenazado a España con iniciar un procedimiento de infracción en relación con la pérdida de funciones de los reguladores independientes.

En cuanto a la estructura, la CNMC estará compuesta por dos órganos de gobierno, el Presidente y el Consejo, quien tiene atribuidas las funciones resolutorias, consultivas, de promoción de la competencia y de arbitraje. La estructura se completa con cuatro direcciones de instrucción (de Competencia, de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, de Energía y de Transportes y del Sector Postal).

A los nueve miembros del Consejo –incluidos al Presidente y al Vicepresidente- y a los cuatro Directores los designa el Gobierno, lo que no ha ayudado a acallar las críticas sobre la pérdida de independencia del futuro super regulador. Poco ha servido el hecho de que se contemple, como novedad, la facultad del Congreso de vetar –por mayoría absoluta- a los candidatos propuestos por el Gobierno.

Finalmente, se prevé que la Ley pueda estar aprobada a principios de año. La Comisión tendrá que estar en funcionamiento, como máximo, en el plazo de cuatro meses desde su entrada en vigor. En este plazo, se tendrá que aprobar el Estatuto Orgánico, constituir la Comisión, nombrar a su personal directivo, elaborar su reglamento interno para entonces proceder efectivamente a la integración de los medios materiales y personales que le corresponden.

Según la disposición transitoria quinta, los procedimientos iniciados antes de su entrada en vigor serán resueltos por los órganos de la CNMC a los que correspondan estas funciones conforme a la nueva Ley (nada se dice de los procedimientos que pasarán a ventilarse ante los distintos Ministerios). Se contempla expresamente la posibilidad de ampliar los plazos de resolución con motivo de la creación de la CNMC, en previsión de las dificultades que, con toda seguridad, traerá la transición a este nuevo régimen.

Anteproyecto de Ley de Medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria. Diego Crespo

Para un análisis más desarrollado, puede consultar la alerta elaborada por el Despacho en el siguiente enlace: [Alerta](#)

El pasado 19 de octubre el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (MAGRAMA) presentó para su estudio en Consejo de Ministros un borrador de Ley de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria. Se trata de una primera propuesta de regulación de las relaciones entre las empresas que participan en la cadena de distribución alimentaria, desde los productores (agricultores, ganaderos, etc.), pasando por la industria (transformación y envasado), hasta los distribuidores mayoristas y minoristas.

Con ella se pretende dar respuesta a la falta de mecanismos jurídicos eficaces para perseguir las prácticas abusivas derivadas, principalmente, del ejercicio del poder de compra de algunos de estos operadores (en particular, de la gran distribución), siendo evidente que el antecedente más inmediato, aunque ello curiosamente es silenciado en la Exposición de Motivos, lo constituye el Informe elaborado por la Comisión Nacional de Competencia sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores alimentarios, de octubre de 2011 (Informe de la CNC)⁴. Ello se explica muy posiblemente por la necesidad de incluir en el ámbito de aplicación de la norma al poderoso e influyente grupo de los productores (no se olvide que la iniciativa parte del MAGRAMA y no del Ministerio de Economía y de Competitividad), quienes, aunque normalmente no se relacionan con la gran distribución, sí se ven afectados por algunas de sus prácticas (i.e. uso de productos gancho, comercializándolos a precios muy reducidos, incluso a pérdida, lo que debilita la imagen de la categoría y añade una “excesiva” presión sobre los precios en el conjunto de la cadena). Y ello sin perjuicio de la presión que pueden sufrir directamente de la industria transformadora y envasadora.

Las principales propuestas se resumen a continuación:

- La obligación de formalizar por escrito los contratos si se superan determinados umbrales.
- La prohibición de determinadas prácticas que se consideran abusivas:
 - Modificaciones sobrevenidas en los contratos impuestas por una de las partes, si bien se aceptan las acordadas de mutuo acuerdo.

- Exigencia de pagos adicionales, salvo excepciones previstas expresamente en el contrato.
- Limitación de la posibilidad de exigir información comercial sensible y prohibición de utilizar la información intercambiada en el marco de la relación comercial existente para otros fines no contemplados en la misma –en particular, para favorecer la marca de la distribución (MDD)– y de desvelarla a otros operadores.
- Realizar una gestión desleal en relación con la comercialización del conjunto de marcas, con el objetivo implícito de condicionar la gestión de las MDD en relación con las marcas de fabricante (MDF).
- Las prácticas denominadas de “copycat” o de aprovechamiento, mediante imitación, de la iniciativa empresarial ajena en relación con el lanzamiento de nuevos productos, formatos, envases, etc.

Nada se dice sobre el destinatario real de estas prohibiciones –salvo en el caso de la gestión de marcas– aunque no cabe duda de que, conforme al espíritu de la ley, este es la gran distribución.

- El establecimiento de un régimen sancionador con multas a los incumplidores.
- La adopción de un Código de Buenas prácticas de adhesión voluntaria.

Se trata, sin duda, de una primera iniciativa, ciertamente loable, y que va en la línea de las recomendaciones del Informe de la Comisión Nacional de la Competencia al que antes aludíamos.

Sin perjuicio de todo ello, lo cierto es que la norma es poco rigurosa, plagada de preceptos innecesarios, simples recordatorios de normas ya vigentes, y de reglas incompletas o que, en nuestra opinión, no comprenden adecuadamente la realidad práctica que pretenden regular. Todo ello sin hablar de lo que consideramos errores manifiestos en relación con el ámbito de aplicación o de la previsión de un régimen sancionador que solo puede conducir al absurdo.

Muy brevemente, sobre el diseño de la norma, no es cierto que el ordenamiento español carezca de herramientas para actuar contra las prácticas que están en la base del texto que comentamos (buen ejemplo de ello es la cantidad de remisiones a otros preceptos ya en vigor). Lo que sucede es que no son eficaces por distintos motivos, entre los cuales no es el menor de ellos la situación de debilidad de quien debería exigir la tutela frente al abuso.

En cualquier caso, no se entiende la necesidad de preceptos que se limitan a recordar la vigencia de otros: la prohibición de modificación unilateral de los contratos (art. 12), que es un principio básico de nuestro derecho privado (art. 1205 Código civil); la libertad de las partes para establecer el contenido de derechos u obligaciones del contrato (art. 9.1.f) que es la manifestación principal de la autonomía privada (art. 1255 Código civil); la norma que prohíbe el aprovechamiento indebido de la iniciativa empresarial ajena en (art. 14.2) o la prohibición de usar para fines no autorizados la información comercial secreta facilitada por una de las partes en el marco de la relación comercial (art. 13). No es solo por economía legislativa que el nuevo texto merece una dura crítica. Es que este sistema introduce el riesgo de que la remisión no sea perfecta y provoque dudas sobre la vigencia de una u otra previsión legal, conduciendo a conclusiones erróneas sobre la aplicación de la legislación general sobre defensa de la competencia, régimen de marcas o regulación de la competencia desleal en casos no contemplados expresamente en el texto.

Si el problema está en que falta tipificación de prácticas abusivas, por una parte, y de mecanismos eficaces de tutela, por la otra, lo que hay que hacer es responder a esa necesidad de forma coherente y eficaz. Esto es lo que la norma no hace (no hay más que evaluar el importe de las sanciones).

Es cierto que en algunos casos determinadas prácticas son difíciles de perseguir con el sistema actual, por lo que cabe pedir al legislador que las tipifique específicamente (el problema del conocido copycat es un buen ejemplo⁵). Pero en otros hay que dotar a los afectados de medios de tutela eficaces y, si es el caso, combinar la tutela en el plano jurídico privado, con un sistema de controles administrativos. Resolver, en definitiva, el problema principal en estas situaciones: el enforcement de las normas.

El planteamiento que precede permite entender que podría haber un modo alternativo de abordar la cuestión más eficaz. En vez de proceder a la reproducción de reglas jurídicas presentes ya en el ordenamiento:

- Tipifíquense las prácticas que se quieren atajar empleando una cláusula general prohibitiva del abuso del poder de compra, acompañada de una enumeración no exhaustiva de supuestos concretos; esta técnica es muy común en el Derecho español (p. ej. en materia de competencia

desleal o de prácticas desleales con consumidores).

- Inclúyase un sistema de control equivalente al que hay para las condiciones generales, sancionándose la nulidad de la cláusula correspondiente y reconociendo un derecho de acción colectiva a las asociaciones correspondientes.
- Fíjese la obligación de formalizar por escrito los contratos para asegurar la prueba de las condiciones pactadas (art. 8) pero con cuidado respecto del ámbito de aplicación de esta obligación, pues la redacción actual puede entorpecer la contratación en ciertos sectores.
- Si se quieren evitar las prácticas de abuso, establézcanse plazos mínimos de vigencia del contrato, que eviten el riesgo de la coerción por la parte más fuerte de la relación a través de la denuncia unilateral que caracteriza a los contratos indefinidos⁶.
- Y a todo eso, añádase un régimen sancionador de derecho administrativo claro y eficaz. Como hemos dicho, este debería ser uno de los contenidos más relevantes de la ley pues su eficacia va a depender de la del sistema administrativo de control y sanción de los comportamientos prohibidos. Por ese motivo es incomprensible la escasa calidad técnica de esta parte de la ley, quizás la que más sonroja al jurista durante la lectura. Los defectos, además, lo son de planteamiento y de ejecución técnica⁷.

En definitiva, los párrafos precedentes evidencian el juicio crítico que merece el texto proyectado. No obstante, se debe partir de que el planteamiento de partida es aceptable y, para algunos de los "operadores" de la cadena alimentaria, necesario. Hay un buen número de situaciones en esta cadena que, es obvio, no se solucionan con las normas existentes. Ante ello, es razonable una iniciativa del legislador que busque atajarlas y que lo haga, además, empleando instrumentos que parecen más eficaces que la tutela puramente privada. En ese sentido, puede compartirse la existencia de un interés público en el mejor funcionamiento de un mercado tan sensible e importante y, por tanto, la asignación a la administración de una función de protección articulada sobre la base de una tipificación específica y un régimen de inspección y sanción propio del derecho administrativo.

En cualquier caso, es recomendable un mayor rigor en la elaboración de las propuestas legislativas, evitando la inclusión de preceptos inútiles o prescindibles que pueden incluso inducir a confusión en la aplicación de la norma, el descuido de cosas tan relevantes como la delimitación del ámbito de aplicación, malinterpretaciones de los supuestos de hecho que trata de regular o, en fin, contemple con tan poco cuidado el régimen sancionador asociado.

Esperamos que los defectos que hemos evidenciado a lo largo de estas páginas se tomen como lo que son, una propuesta constructiva para la mejora del texto proyectado, promoviendo la mayor calidad de una regulación que, sin duda, resulta de extrema trascendencia en un mercado tan sensible como el considerado.

6. ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
IIC	Instituciones de Inversión Colectiva.
LC	Ley Concursal
LIIC	Ley de Instituciones de Inversión Colectiva
LMV	Ley del Mercado de Valores
LPI	Ley de Propiedad Intelectual
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
TS	Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

Notas

¹ Conviene reproducir aquí la cita literal de las manifestaciones recogidas en el voto particular de D. Ignacio Sancho Gargallo.

Como bien señala, "la relevancia de la cuestión [...] va más allá de una discusión doctrinal, pues afecta directamente a la seguridad en el tráfico jurídico"

² La sentencia tiene una cierta dosis de ambigüedad al recurrir a una regla que tradicionalmente ha sido vista como una "sanción civil", como la obligación de promover la adecuada disolución de la sociedad, si bien argumentando el carácter impropio de su naturaleza sancionadora, lo que impediría su calificación como tal, a los efectos de quedar sometida a la prohibición del efecto retroactivo de ese tipo de normas.

³ La identificación de la responsabilidad con una responsabilidad indemnizatoria de los daños sufridos, indirectamente, por los acreedores como consecuencia del comportamiento de los administradores parece manifestarse, por ejemplo, en la STS de 23 de febrero de 2011, que se refiere expresamente a esta circunstancia ("lo que significa decir el daño que indirectamente sufrieron los acreedores" –el énfasis es nuestro-).

⁴ Como se dice en el resumen ejecutivo del citado Informe: El Informe realiza además recomendaciones específicas para minimizar los efectos de las prácticas más problemáticas. En concreto, se recomienda la formalización por escrito de las relaciones comerciales y el establecimiento de límites a las modificaciones retroactivas de las condiciones contractuales, así como asegurar la previsibilidad y transparencia de los pagos comerciales y circunscribir la exigencia de información sensible por el distribuidor al contexto de su relación con el fabricante y al cumplimiento de plazos que estén justificados por las necesidades propias de dicha relación comercial. Asimismo, se advierte a los grandes distribuidores de que determinadas prácticas, como las cláusulas de cliente más favorecido o la solicitud a los fabricantes de información comercial sensible de otros distribuidores son más susceptibles de constituir infracciones de la normativa de competencia.

⁵ Por lo demás, la propuesta del Anteproyecto es claramente deficiente por cuanto consiste en incluir un precepto perfectamente prescindible que, en síntesis, viene a decir que están en vigor la Ley de Defensa de la Competencia, la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Marcas. Y luego, cuando se da cuenta que, en realidad, el legislador parece no entender lo que ha querido regular. Lo que requiere protección no es lo que allí se recoge sino, como decíamos, la práctica del llamado copycat. Es decir, una imitación parasitaria del producto de fabricante que, respetando la tutela que da el derecho de marcas, por cómo se hace (diseño del producto, envases, colores, ubicación en lineales, etc.) supone un aprovechamiento del prestigio del líder o genera la confusión al consumidor del mismo. En el fondo, un comportamiento eventualmente sancionable como desleal pero que, en la práctica, suele ser difícil de encuadrar en los tipos regulados. Por cierto, un comportamiento para el que la revelación de información sensible y su uso para las finalidades no previstas (por ejemplo, anticipar la ubicación de un producto de nuevo lanzamiento) es una herramienta imprescindible para obtener este resultado (lo que demuestra el carácter accesorio, en algunos casos, de la exigencia de información sensible del fabricante por el distribuidor, v. art. 13.3). En definitiva, que este precepto, tal y como está, no vale para nada y que, para lo que se necesita protección, habría que redactarse de nuevo teniendo en cuenta lo que se ha indicado.

⁶ Tal y como está redactado, el Capítulo I del Título II en el que se prevé la obligación de la formalización de los contratos por escrito se aplicaría también a actores que, en realidad, nada tienen que ver con los problemas que pretenden atajarse, como los agentes, operadores logísticos o meros transportistas, que también se encuadran en la definición de "operadores" que se propone. Y si esto es un error evidente que seguramente será corregido, más preocupante nos parece que la norma abarque las relaciones en el canal de hostelería, restaurantes y cafeterías (HORECA). Para aquellas empresas con una presencia importante en este canal (bebidas espirituosas, vino, cerveza, refrescos, agua embotellada, leche, café, aceite, etc.), la obligación de formalizar por escrito afectaría a cientos de miles de contratos (téngase en cuenta que hay más de 300.000 establecimientos entre hoteles, cafeterías, restaurantes y bares), lo que constituiría una enorme carga administrativa totalmente desproporcionada en relación con los objetivos perseguidos por la norma. Es probable que este inconveniente se pretendiera evitar mediante la norma que establece la exclusión de las relaciones por una cuantía económica mínima. Pero la cuantificación que se utiliza en el apartado 3 del artículo 2 para determinar el ámbito de la ley, es totalmente inapropiada. Y esto no solo por resultar manifiestamente inconcreta (no se sabe si hay que tomar como referencia la facturación de la sociedad, del grupo, en España, etc.), sino también por el límite tan reducido propuesto (el importe de 2.500 euros, que entendemos se refiere al importe total de la relación durante ¿un año? es excesivamente reducido y convierte la formalización por escrito en una obligación a todas luces desproporcionada). Y ello al margen de que el límite de facturación del 10% no siempre es un referente válido para evaluar el poder relativo del comprador (por ejemplo, para productos determinados de un vendedor con una facturación muy alta por productos no alimentarios)

⁷ En su planteamiento porque lo mínimo que puede esperarse de un régimen sancionador es que sea eficaz, y eso es muy discutible si todos los incumplimientos se califican como leves y las sanciones aplicables a este tipo de

infracciones solo alcanzan una cuantía máxima de 3.000 euros para comportamientos cuyos agentes facturan anualmente más de un millón de euros. Similares consideraciones podrían hacerse, por ejemplo, en torno a que no se contemple el frecuente supuesto de los grupos o la ausencia de una garantía de anonimato en la denuncia de las prácticas o de sistemas de legitimación colectiva.

Y en cuanto a los de ejecución, baste señalar, a modo de ejemplo, que el art. 23 tipifica todas las infracciones sancionables como leves (la gravedad solo se produce en caso de reincidencia o doble reincidencia), siendo así que no puede tener el mismo alcance incumplir las obligaciones de conservación de documentos, que imponer pagos no fijados contractualmente; que la tipificación de las infracciones en el art. 23 no incluye en muchos casos ninguna previsión sobre a quién debe imputarse la infracción por lo que, en defecto de previsión, cabría la posibilidad de sancionar a las dos partes; que el cálculo de las sanciones (art. 24) es incomprensible y parece poco meditado (no puede partir de una cifra tan ridícula y tener un diferencial tan grande con la sanción máxima ni desligarse de los beneficios obtenidos con la infracción, resultando más adecuado recurrir a porcentajes de la facturación del infractor o, si se quiere, a los beneficios obtenidos con la infracción); que sobre el procedimiento sancionador la norma se limite a hacer una referencia genérica a "la Administración pública competente", a resolver los problemas competenciales (que de aprobarse, seguro que generarán conflictos con las CC.AA.) y a escalar la competencia sancionadora en función del importe de la sanción (abarcando, en justa correspondencia con el diferencial contemplado en el art. 24, desde el Director General de la Industria Alimentaria al Consejo de Ministros). Este último, se trata, quizá, del aspecto más problemático de la sección y, al mismo tiempo, el más desconcertante para una norma originada en la propia Administración Pública. El texto legal deja en el limbo si hay un expediente previo, quién lo instruye y, en especial, que determine el órgano que finalmente deberá decidir la imposición de la sanción. Porque, ante una infracción grave, ¿quién decide su importe teniendo en cuenta que en función del mismo varía la competencia para imponerla?

Si usted tiene alguna idea o sugerencia, por favor póngase en **contacto** con nosotros.

Si no quiere recibir información vía correo electrónico, por favor pinche en el [link](#).

CMS Albiñana & Suárez de Lezo
Génova, 27
28004 Madrid
España
T: (34) 91 451 93 00
F: (34) 91 442 60 45

www.cms-asl.com [Aviso legal](#) [Declaración de privacidad](#)