

BOLETÍN MERCANTIL Nº 5

Enero - Marzo 2011

SUMARIO

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

BOLETÍN MERCANTIL Nº 5

Enero - Marzo 2011

SUMARIO DETALLADO

1.- DERECHO SOCIETARIO

TEMAS ACTUALES

- Modificaciones de la Ley de Economía Sostenible en materia de sociedades:
 - 1.- Información sobre gobierno corporativo.
 - 2.- Retribución de administradores.
 - 3.- Información sobre los accionistas de las sociedades cotizadas.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- Auto del TS que rechaza paralizar la entrada en vigor de la prohibición limitaciones de voto (Auto TS 03-01-2011).
- Acuerdo de aumento del capital social de una sociedad de responsabilidad limitada realizado en parte con cargo a reservas. RDGRN 18-12-2010.

2.- DERECHO DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

TEMAS ACTUALES

- Cajas de Ahorro: Real Decreto-Ley 2/2011, para el reforzamiento del sector financiero.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- El acuciante problema hipotecario y la dación en pago como solución.
- Todavía hay entidades financieras que establecen "cláusulas de redondeo" (STS 29-12-2010).
- Control de las comisiones por descubierto cobradas por el banco a una empresa.

3.- CONTRATOS MERCANTILES

TEMAS ACTUALES

- Fabricantes vs. Concesionarios: ¿empate técnico?

- Se crea el Registro estatal de empresas previsto en La Ley sobre contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios (RD 106/3011).
- Publicada la Directiva 1011/7 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- La consideración del sexo del asegurado como factor de riesgo en los contratos de seguro constituye una discriminación. (STJUE 1-03-2011).
- Indemnización por clientela: no depende, tampoco en un contrato de distribución, de que el contrato sea de duración determinada o indefinida.

4.- DERECHO CONCURSAL

- El Consejo de Ministros remite a las Cortes la reforma de la Ley Concursal.

5.- COMPETENCIA DESLEAL Y PUBLICIDAD

- El Supremo confirma la prohibición de anunciar bebidas alcohólicas en la calle (STS 03-01-2010).

5.- NORMATIVA EN TRAMITACIÓN

- Proyecto de Ley de reforma de la Ley de Sociedades de Capital y la incorporación de la Directiva sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas.
- Proyecto de Ley de Contratos de crédito al consumo.

1. DERECHO SOCIETARIO

TEMAS ACTUALES

Modificaciones de la Ley de Economía Sostenible en materia de derecho de sociedades

I.- Modificaciones operadas sobre la Ley del Mercado de Valores y sobre la Ley de Sociedades de Capital. Por Begoña Redón e Irene Miró.

1.- Introducción:

El pasado día 5 de marzo de 2011 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, la “LES”), que tiene por objeto lograr la renovación del modelo productivo de la economía española, mediante el establecimiento de un sistema sostenible desde el punto de vista económico, social y medioambiental, a cuyo efecto introduce modificaciones legislativas en numerosos ámbitos normativos.

Entre las novedades destacan las introducidas en la Ley 24/1988, de 28 del julio, del Mercado de Valores (en adelante, la “LMV”), relativas a la información a suministrar por la sociedades emisoras.

2.- Información sobre operaciones realizadas por los administradores con la sociedad:

El apartado Dos de la Disposición Final 5ª de la LES añade un nuevo párrafo al artículo 35.1 de la LMV, en el que se exige que las sociedades emisoras incluyan en la memoria de las cuentas anuales que forman parte del informe financiero anual, información acerca de las operaciones realizadas por los administradores con la sociedad de la que son administradores o con sociedades de su grupo. Dicha exigencia constituía el contenido del apartado 2 del artículo 114 de la LMV, que queda, por tanto, derogado. Asimismo, se deroga el apartado 3 del citado precepto, por resultar redundante con el régimen de prohibición de utilización de información privilegiada.

3.- Modificaciones en materia de informe anual de gobierno corporativo:

El apartado Tres de la Disposición Final 5ª de la LES introduce un nuevo artículo 61 bis en la LMV, con la rúbrica “Del informe anual de gobierno corporativo”, por efecto del cual quedan derogados los artículos 116 y 116

bis del mismo texto legal, relativos al informe anual de gobierno corporativo y a la información adicional a incluir en el informe de gestión de la sociedad, respectivamente. De acuerdo con el nuevo artículo 61 bis de la LMV, el informe anual de gobierno corporativo deberá incluir una amplia información que hasta ahora contenía el informe de gestión:

En relación con la estructura de propiedad de la sociedad:

- Información de los valores emitidos por la sociedad que no se negocien en un mercado regulado comunitario, con indicación, en su caso, de las distintas clases de acciones y, para cada clase de acciones, los derechos y obligaciones que confiera.
- Información relativa a las normas aplicables a la modificación de los estatutos de la sociedad.

En relación con la estructura de administración de la sociedad:

- Información sobre las facultades de los miembros del consejo de administración y, en particular, las relativas a la emisión o comprar de acciones.
- Información de los acuerdos significativos que haya celebrado la sociedad y que entren en vigor, se modifiquen o concluyan en caso de que el control de la sociedad cambie a raíz de una oferta pública de adquisición, excepto cuando su divulgación resulte seriamente perjudicial para la sociedad. LA excepción no se aplicará si la sociedad está obligada a dar publicidad de esa información.
- Información de los acuerdos entre la sociedad y sus cargos de administración y dirección o empleados que conlleven indemnizaciones en caso de que éstos dimitan o sean despedidos de forma improcedente o si la relación laboral llega a su fin con motivo de una oferta pública de adquisición.

Asimismo, el informe anual de gobierno corporativo debe contener dos nuevos apartados con:

- Información acerca de cualquier restricción a la transmisibilidad de valores y cualquier restricción al derecho de voto; esta mención no deja de desconcertar, dado que con carácter general las

restricciones de voto o a la transmisibilidad de las acciones no son posibles en las sociedades cotizadas.

- Y una descripción de las principales características de los sistemas internos de control y gestión de riesgos en relación con el proceso de emisión de la información financiera.

4.- Información relativa a la composición del consejo de administración y sus componentes

El nuevo apartado 7 del artículo 61 bis de la LMV exige que la información relativa a la composición del consejo de administración, sus comisiones delegadas y la calificación de sus consejeros se elabore con sujeción a las definiciones que el Ministerio de Economía y Hacienda, o la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, la “CNMV”) con habilitación expresa de aquel, establezcan. En particular, el precepto prevé que dichas definiciones se refieran a las distintas categorías de consejeros: ejecutivos, dominicales e independientes. De esta forma, el carácter vinculante de las definiciones contenidas en el Código Unificado de Gobierno Corporativo, aprobado por acuerdo de la CNMV de fecha 22 de mayo de 2006 (en adelante, el “CUBG”) ¹ encuentra apoyo en una norma legal. Pero, al mismo tiempo, se extiende el peculiar fenómeno de regulación de la sociedad anónima cotizada al margen del régimen general aplicable a este tipo societario.

En cuanto a la categoría de consejero independiente, el artículo 61 bis de la LMV, en línea con lo establecido en el epígrafe 5 del apartado III del CUBG, dispone que para la definición de dicha categoría deberán tenerse en cuenta aspectos tales como la designación del consejero en cuestión por una Comisión de Nombramientos en atención a sus condiciones personales y profesionales o como el hecho de que puedan desempeñar sus funciones sin verse condicionados por relaciones con la sociedad, sus accionistas significativos o sus directivos.

Asimismo, se prevé que el Ministerio de Economía y Hacienda, o la CNMV con habilitación expresa de aquel, determine las condiciones que deberá cumplir un consejero para poder ser considerado como independiente y de los supuestos en que dicho consejero no podrá ser calificado como tal. A tal efecto, podrán ser

tenidos en cuenta, entre otros, los siguientes supuestos de exclusión:

- Haber sido empleados o consejeros ejecutivos de sociedades del grupo.
- Ser o haber sido socio del auditor externo o responsable del informe de auditoría.
- Ser cónyuges, personas ligadas por análoga relación de afectividad, o parientes hasta de segundo grado de un consejero ejecutivo o alto directivo de la sociedad.

Por último, cabe destacar, en relación con el informe anual de gobierno corporativo, que la obligación de las cajas de ahorro de publicar dicho informe sigue regulándose en el artículo 31 bis de la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de regulación de las normas básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro (introducido por el Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorro) y demás normativa de desarrollo, que no se han visto modificados por la LES.

II.- Retribución de los administradores. Por Phillip Schönnebeck

La Ley de Economía Sostenible prevé la inclusión en la Ley del Mercado de Valores de los criterios de transparencia contenidos en el Código Unificado de Buen Gobierno relativos a la remuneración de los consejeros de las sociedades cotizadas. De esta manera, aquellas previsiones dejan de ser meras recomendaciones de voluntario cumplimiento, para convertirse en normas imperativas que todas las sociedades cotizadas deben satisfacer.

En su capítulo III, que incluye las medidas de reforma del mercado financiero, la Ley de Economía Sostenible prevé la incorporación en la Ley del Mercado de Valores de un nuevo artículo 61 ter, por el que las sociedades cotizadas estarán obligadas a elaborar, junto con el Informe Anual de Gobierno Corporativo, un Informe Anual sobre las Remuneraciones de los Consejeros. La Ley obliga a difundir este informe y a someterlo a votación a la Junta General ordinaria de accionistas con carácter consultivo y como un punto separado del orden del día.

El mencionado informe debe incluir una información completa, clara y comprensible sobre la política de remuneraciones de la sociedad aprobada por su Consejo

¹ El carácter vinculante de las definiciones del Código Unificado de Buen Gobierno, previsto en el apartado I de su Anexo I (“Principios Básicos”) en relación con la información a remitir por las sociedades cotizadas, ha sido siempre un aspecto discutido.

para el año en curso, así como, en su caso, la prevista para años futuros. Además, se debe incluir un resumen global de cómo se aplicó la política de retribuciones durante el ejercicio, incluyendo de manera detallada una referencia a las retribuciones individuales devengadas por cada uno de los consejeros.

El cambio legislativo, oficialmente, viene motivado por varios acuerdos y normas internacionales que pretenden incrementar la transparencia y mejorar el gobierno corporativo. Entre ellas se debe mencionar la Recomendación de la Comisión Europea, publicada el 30 de abril de 2009 (C/2009/3177), que complementa las Recomendaciones 2004/913/CE y 2005/162/CE en lo que atañe al sistema de remuneración de los consejeros de las empresas que cotizan en bolsa; y, por otra, las conclusiones de foros económicos internacionales como el G-20. No obstante, conviene recordar que la obligación de informar, de forma completa e individualizada, ya venía recogida en las recomendaciones del Código Unificado de Buen Gobierno. Por ello, es de presumir que el cambio legislativo viene también motivado por el escaso cumplimiento de esas recomendaciones, tal y como se ha mostrado reiteradamente en los informes anuales de la CNMV sobre el cumplimiento del Código de Buen Gobierno.

Como consecuencia de la inserción del nuevo artículo 61 ter en la Ley de Mercado de Valores, las sociedades ya no pueden limitarse a dar la información relativa a la remuneración de los consejeros de una forma global o agregada, tal como venía siendo práctica habitual, dado que ahora existe un deber legal de desglosar esa información de forma individualizada y en relación con las cantidades percibidas por cada uno de los consejeros.

En lo que se refiere a la votación de la Junta General ordinaria de accionistas, el acuerdo consultivo constituye una forma nueva de actuar por parte de este órgano, cuya alcance y compatibilidad con la normativa vigente todavía no parecen del todo claros. Las dudas surgen, por ejemplo, a la vista de lo establecido en el artículo 159.2 de la Ley de Sociedades de Capital, en el que se establece que los acuerdos de la Junta General vinculan a todos los accionistas, así como en los artículos 217 – 219 de la misma Ley que prevén competencias importantes de la Junta General en el ámbito de la remuneración de los administradores. En comparación, parece que la votación de la Junta General, según la redacción del nuevo artículo 61 ter, no vincula ni a la sociedad ni a los consejeros. Por esta misma razón también parece que la votación de la Junta General se encuentra limitada a un simple “sí” o “no” al informe de

remuneración, sin posibilidad de introducir cambios. Detrás de ello parece estar la pretensión de bloquear la posibilidad de que en los asuntos de gestión interfirieran los accionistas. Debe reconocerse, no obstante, que el régimen de retribución excede de la mera gestión, de igual manera que la posibilidad de que la Junta General y los accionistas influyan en la administración resulta de otras normas, como las que establecen la facultad de separar a los administradores por acuerdo de la Junta General, sin necesidad de una específica previsión estatutaria.

En todo caso, según las experiencias obtenidas en otros países, en particular en Gran Bretaña, es de esperar que un voto negativo de la Junta General en relación con la política de remuneración tenga, al menos, un cierto impacto de hecho por su repercusión pública.

Por último, y dado que la Ley de Economía Sostenible entró en vigor el día 6 de marzo de 2011, el día siguiente al de su publicación en el BOE, se debe entender que las sociedades cotizadas están obligadas a preparar un informe de remuneración para las próximas Juntas Generales ordinarias del año en curso. Sin embargo, la aplicación inmediata del nuevo artículo 61 ter podría resultar dudosa para aquellas sociedades que publicaron las convocatorias para la celebración de las Juntas Generales Ordinarias antes de la entrada en vigor de la nueva normativa.

III.- Información sobre los accionistas de sociedades cotizadas. Por Andrés Recalde

La disposición final vigesimocuarta de la Ley 2/2011, de economía sostenible, contiene una norma que modifica el régimen de la información sobre los accionistas de las sociedades cotizadas. En efecto, el citado precepto modifica el artículo 497 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. En virtud del nuevo texto

“Las entidades que, de acuerdo con la normativa reguladora del mercado de valores, hayan de llevar los registros de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta están obligadas a comunicar a la sociedad emisora, en cualquier momento que lo solicite y con independencia de que sus acciones tengan o no que ser nominativas por disposición legal, los datos necesarios para la identificación de los accionistas, incluidas las direcciones y medios

de contacto de que dispongan, para permitir la comunicación con aquellos.

Reglamentariamente se podrán concretar los aspectos técnicos y formales necesarios para el ejercicio de este derecho por parte de la sociedad emisora”.

Se trata de un buen ejemplo de la cuestionable manera en que en este país se afrontan las reformas legales.

El texto refundido de la LSA preveía ya, en su disposición adicional primera 6, una norma general en virtud de la cual las entidades encargadas de llevar los registros de valores representados por medio de anotaciones en cuenta estaban obligadas a comunicar a la sociedad emisora los datos necesarios para identificar a sus accionistas. Esta norma se incorporaría en la LSC como el art. 497 LSC, pero también en el art. 118.3, adquiriendo en este caso un carácter general para todas las sociedades anónimas que tuviesen representadas sus acciones mediante anotaciones en cuenta

Sin embargo, el art. 22 del RD 116/1992, que desarrolló el régimen de las anotaciones en cuenta, incluyó una distinción, que carecía de un claro amparo legal. En efecto, en el primer párrafo de aquel precepto se indicaba que en el caso de las sociedades cuyas acciones anotadas necesariamente deberían ser nominativas en virtud de disposición legal si se representasen mediante títulos, las entidades gestoras de los registros de anotaciones contables deberían suministrar a las emisoras información sobre *“todas las operaciones relativas a acciones”*. Ello supondría que estas entidades disfrutarían de una información actualizada sobre el nombre y otros datos de sus accionistas. En cambio, el párrafo segundo señalaba que el Servicio de Compensación y Liquidación de Valores (hoy “sociedad de sistemas” o Iberclear) debería crear un *“servicio de canalización de las solicitudes de otras sociedades que se formulan con ocasión de la celebración de cualquier Junta general”*. Es decir, el resto de las sociedades anónimas (o sea aquellas que no estaban obligadas legalmente a emitir acciones nominativas si fuesen títulos), sólo recibirían información sobre la identidad de sus accionistas con ocasión de la celebración de una junta y siempre que lo solicitasen.

No es necesario advertir sobre el valor de la información relativa a los accionistas de una junta general. Las propuestas sobre buen gobierno corporativo pretenden permitir un acceso generalizado a estos datos en aras de

facilitar las luchas competitivas por el control de las corporaciones.

Probablemente estas consideraciones están en la base de la reforma que ahora introduce la Ley de Economía Sostenible. Debe advertirse de que en realidad, el cambio que se introduce no supone una modificación relevante de la norma legal (el art. 497 LSC) y en el caso del art. 118.3 LSC, la norma permanece con el mismo texto anteriormente vigente. Pero el nuevo texto del art. 497 LSC sí parece tener la “función” de aclarar que el derecho al suministro de la información sobre la identidad de sus accionistas, incluidas las direcciones y datos de contacto, corresponde por igual a todas las sociedades anónimas emisoras de acciones representadas mediante anotaciones en cuenta y admitidas a cotización, con independencia de que estas acciones tuviesen o no que ser nominativas en virtud de disposición legal. Es decir, la reforma viene a declarar a través de una norma con rango legal que aquella norma reglamentaria, que estableció una diferenciación inexistente en la ley, ya no sería válida. Lo que no se entiende es que se tenga que utilizar la vía de una norma con rango de ley para derogar un precepto reglamentario. Y tampoco la coexistencia de dos preceptos sobre información de los accionistas que deben entregar las sociedades gestoras de anotaciones en cuenta a las emisoras (el art. 497 y el art. 118.3 LSC), cuyo contenido no se diferencia de una manera relevante.

Sí que suscita algún interés mayor la aparente diferencia entre ambas normas, dado que en el caso de las sociedades cotizadas la información se debe canalizar cuando la sociedad emisora *“lo solicite”*, lo que no parece prever una comunicación periódica y constante de la información a la emisora, como en cambio parece ser la regla en las sociedades anónimas cotizadas (otra cosa es la escasa virtualidad de las anotaciones en cuenta fuera del ámbito de las sociedades anónimas cotizadas). Por otro lado, a partir de ahora interesará comprobar cómo se podrá hacer valer el derecho de los accionistas (que reconocía el art. 22.3 RD 116/1992 y aún prevé, pues en esta materia la norma reglamentaria no se ve afectada por la modificación legal) a acceder a la información sobre los demás accionistas de que dispongan las sociedades emisoras. Debe advertirse de que en ocasiones, para restringir el derecho de consulta se ha invocado la tutela de la protección de datos. Esto, sin embargo, parece cuestionable si no se quiere que ello, precisamente, en perjuicio de los mismos accionistas que son los principales interesados en que los eventuales compradores de sus acciones o solicitantes de su representación puedan ponerse en contacto con ellos para realizarles la oportuna oferta. En fin, los aspectos

técnicos y formales del régimen sobre la información de los accionistas que debe atribuirse a las sociedades emisoras quedan pendientes de un desarrollo reglamentario, que, como es obvio, ya no podrá venir dado por el aún vigente art. 22 RD 116/1992.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

Auto del TS que rechaza paralizar la entrada en vigor de la prohibición de limitaciones de voto en las sociedades cotizadas. Por Andrés Recalde

La disposición final quinta de la Ley 12/2010, de 30 de junio, suprimió la posibilidad de fijar en los estatutos de una sociedad anónima limitaciones al número máximo de votos que puede emitir un accionista (antiguo art. 105.2 LSA) y obligó a que las sociedades en las que se previeran estas cláusulas a suprimirlas. Sin embargo, la norma sólo debería entrar en vigor una vez que hubiera transcurrido un año desde la publicación de la ley (1 de julio de 2011). Desde esa fecha este tipo de cláusulas sólo se admitirían para las sociedades no cotizadas, quedando vedado para las cotizadas. Un sólo día después de la publicación de aquella Ley en el BOE, se aprueba el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), incluyéndose en él la prohibición de las cláusulas de limitación de voto para las sociedades cotizadas y el deber de suprimir las cláusulas incluidas en los estatutos (art. 515 LSC), norma que “*no será de aplicación hasta el 1 de julio de 2011*”.

Iberdrola interpuso ante la sala de lo contencioso administrativo del TS recurso contra el art. 515 LSC, entendiendo que en la inclusión de esta previsión en la refundición de la legislación del régimen de sociedades de capital el gobierno habría trascendido los límites de la habilitación parlamentaria que en 2009 se contempló en la Ley de Modificaciones Estructurales.

Como medida cautelar se solicitó, además, que se suspendiera la aplicación de la norma. El TS, mediante Auto de 3 de enero de 2011, ha acordado denegar la medida cautelar con dos argumentos. Por un lado, porque entiende que la apariencia de legalidad de la norma que se impugna, incluida en un Real Decreto Legislativo, impide tomar *a priori* una medida de suspensión cautelar, ya que ello medida supondría entrar sobre el fondo (el carácter *ultra vires* del texto refundido en esta materia y, por tanto, su carácter de norma reglamentaria). Por otro lado, el TS entiende que no puede acordar que cautelarmente se suspenda la entrada en vigor de una norma que aún no ha adquirido la condición de Derecho

vigente. Se aduce, también, que para adoptar la medida cautelar no se puede invocar la actitud histórica del socio beneficiario de la supresión legal (ACS) por su interés en adquirir el control, ya que ello sólo tiene como fundamento especulaciones periodísticas. En fin, no se puede invocar el riesgo de que se pudieran ver afectados los intereses de las partes sobre los que se fundamenta la necesidad de la paralización, pues aunque, en el caso de que en aplicación de la norma se suprimiese de los estatutos de Iberdrola la limitación del número de votos, la eventual derogación posterior de la citada norma, siempre permitiría un retorno a la situación actual mediante la correspondiente modificación estatutaria.

Algunos de los pronunciamientos del TS incluidos en este auto son cuestionables. Lo es, desde un punto de vista lógico, la afirmación de que no se puede pedir que se suspenda la vigencia de una norma cuando esta aún no se encuentra en vigor, pues, como es obvio, el objeto de la demanda es precisamente que no llegue a producirse tal vigencia. Y, lo es, sobre todo, la afirmación de que en el caso no exista un peligro que no pueda restaurarse, si se anula la norma que se impugna. El Auto del TS recuerda que procede una suspensión cautelar si la ejecución del precepto que se impugna impediría que la sentencia estimatoria de la impugnación de la norma quedara privada de toda eficacia. El TS entiende que en el presente caso no puede sostenerse que exista ese peligro, ya que la sociedad anónima que se viese obligada a suprimir de sus estatutos la cláusula de limitación de voto, si se declarase nula la norma que la suprime, podría volver a introducirla en los estatutos.

Sin embargo, la obligación legal de que una sociedad anónima suprima de sus estatutos las cláusulas de limitación de voto conduce a que los accionistas afectados por la misma adquieran una potencia de voto que es proporcional a su participación en el capital, un poder del que no disfrutaban si existen este tipo de cláusulas. Una restauración a la situación anterior sería, por un lado, mucho más difícil de acordar mediante la correspondiente decisión mayoritaria como consecuencia del reforzamiento del poder del accionista que antes se veía afectado. Y, sobre todo, cualquier nueva modificación estatutaria, que, con el fin de restaurar el *status* anterior, supusiera reducir el poder de decidir del accionista que pasaría a verse, de nuevo afectado, sólo podría adoptarse con la anuencia del accionista directamente afectado por la cláusula. Por consiguiente, el accionista dispondría de la facultad de bloquear el retorno a la anterior situación. En esta tesitura el accionista beneficiado difícilmente aceptara volver a la configuración estatutaria existente antes de la reforma

legal; por lo que la declaración de nulidad de la modificación legislativa carecería de cualquier eficacia. Es obvio, con todo ello el riesgo de que una estimación de la demanda impugnatoria de la reforma legislativa resultaría ineficaz, como consecuencia de que, no habiéndose adoptado una medida cautelar, el retorno a la anterior (actual) redacción estatutaria no sería factible.

El TS no entra, tampoco, en valorar el alcance de este tipo de cláusulas desde la perspectiva de la protección de los inversores. Pero sin duda no puede desconocerse su valor como instrumento para atenuar el poder de los accionistas importantes, que adquieren un importante nivel de control sobre sociedades cotizadas sin formular una oferta de adquisición de sus acciones a los accionistas.

Acuerdo de aumento del capital social de una sociedad de responsabilidad limitada realizado en parte con cargo a reservas (RDGRN 18-12-10). Por Fernando García

Descripción de la situación: Una sociedad de responsabilidad limitada presenta, entre otra, la siguiente información financiera (en euros):

Activo		Patrimonio neto y pasivo	
Total activos no corrientes	¿	Total patrimonio neto	(102.810,84)
		Reservas voluntarias	153.789,34
		Reservas legales y estatutarias	721,21
			(93.836,72)
		Pérdidas de ejercicios anteriores	(167.090,74)
		Pérdidas y ganancias	¿
		Capital social	
Total activos corrientes	¿	Total pasivo	¿

La sociedad pretende ampliar capital social por importe de 361.268,08€, mediante la creación de 6.011 nuevas participaciones sociales, de 60,10 € de valor nominal cada una de ellas. El contravalor del aumento se compondría de:

- Aportaciones dinerarias: 209.933,36 €
- Reservas voluntarias 151.334,72 €

Se produce la negativa de una Registradora Mercantil a inscribir la escritura de aumento del capital social, señalando que al existir pérdidas en el balance no es posible ampliar capital sino por la diferencia entre las reservas y aquéllas.

Esta negativa motivó que la sociedad interpusiera un recurso contra la negativa de la Registradora Mercantil a la escritura de aumento del capital social de la citada entidad, señalando que la existencia de pérdidas sólo se había considerado obstáculo para proceder a un aumento de capital con cargo a reservas en el caso de sociedades anónimas, no así de sociedades de responsabilidad limitada.

Posteriormente la DGRN desestima, en su RDGRN 18-12-10, el recurso de la sociedad y mantiene el criterio de la Registradora Mercantil, basándose en la siguiente normativa:

- LSL: Arts. 19, 20, 73, 74 y 84
- LSA: Art. 213
- Reglamento del Registro Mercantil: Art. 199
- Plan General de Contabilidad aprobado por el Decreto 1514/2007: Tercera y Cuarta Parte.
- STS de 28-05-90.
- Resoluciones de la DGRN de 24-09-99, de 18-10-02 y de 9-04-05.

Opinión de la Resolución

Estamos de acuerdo con esta Resolución (RDGRN 18/12/10), porque la operación pretendida por la sociedad supondría un incremento del capital social escriturado, sin existir un incremento de los activos indisponibles de la sociedad.

Tanto el capital social como todas las reservas de una sociedad son conceptos que integran el patrimonio neto de la empresa, tal y como queda definido en la Primera Parte (Marco Conceptual) del Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007:

“Patrimonio neto: constituye la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos. Incluye las aportaciones realizadas, ya sea en el momento de su constitución o en otros posteriores, por sus socios o propietarios, que no tengan la consideración

de pasivos, así como los resultados acumulados u otras variaciones que le afecten.”

El aumento de capital con cargo a reservas, implica una reclasificación de un concepto de patrimonio neto a otro. Al tratarse de una reclasificación, el patrimonio neto, o activos una vez deducidos los pasivos, no se altera cuantitativamente: los activos netos de pasivos siguen siendo los mismos.

El aumento de capital con cargo a reservas únicamente modifica cualitativamente el patrimonio neto, de forma que una parte de esos activos netos, al pasarse de reservas voluntarias a capital ya no se pueden aplicar a cualquier fin, es decir, al reclasificarse en capital esos activos netos de pasivos, tienen limitaciones en su aplicación que no tenían cuando se encontraban clasificadas en el concepto de reservas voluntarias.

En este sentido se ha manifestado la Consulta 4 del BOICAC Nº 82, de junio 2010, en una consulta “*Sobre el registro contable de una operación de ampliación de capital con cargo a reservas*”, al señalar:

“El aumento de capital con cargo a reservas no pone de manifiesto una variación en los activos netos de la empresa, sino una mera reclasificación o nueva composición de los conceptos que integran su patrimonio neto, que se pondrá de manifiesto en la fecha en que se produzca la inscripción del aumento del capital en el Registro Mercantil”

En la situación concreta descrita, al ser el patrimonio neto negativo, implica que en esta sociedad el valor de los pasivos es superior a los activos en un importe de 102.810,84 €, o lo que es lo mismo, que no se puede reclasificar ningún activo para incrementar el capital de la sociedad por no existir activos netos. Al no existir activos que reagrupar, no resulta posible incrementar el capital social, ya que este incremento requiere una reclasificación real de activos.

Además no debería contabilizarse esta operación porque aunque no exista ninguna norma específica que prohíba realizar la misma, sí que podemos encontrar en la Primera Parte (Marco Conceptual), del indicado Plan General de Contabilidad que para obtener la imagen fiel de la empresa:

“A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica.”

Aunque jurídicamente estamos ante una operación de ampliación de capital contra reservas, estamos ante una operación que no tiene ningún sentido económico, motivo por el cual para obtener la imagen fiel no debería contabilizarse la misma.

2. DERECHO DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

TEMAS ACTUALES

El Real Decreto-Ley 2/2011, para el reforzamiento del sistema financiero. Por el Departamento de Derecho Bancario y Financiero.

1.- Introducción

El Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2011 aprobó el Real Decreto-Ley 2/2011, con el que se pretenden adoptar una serie de medidas que culminen el proceso de reestructuración del sistema financiero español, para dotarlo de la máxima estabilidad y solvencia.

Uno de los elementos esenciales de este Real Decreto-Ley es el reforzamiento de capital de las entidades de crédito, estableciendo nuevas exigencias de capital principal, que difieren en función de su estructura de pasivo, y que se sitúan en el 8% de sus exposiciones totales ponderadas por riesgo, con carácter general, o en el 10% si el coeficiente de financiación mayorista² es superior al 20% y no tienen colocados a terceros al menos un 20% de los títulos representativos de su capital social.

En dicho capital principal, además del capital social, las reservas, las primas de emisión, los ajustes positivos por valoración y los intereses minoritarios —minorados por los resultados negativos y pérdidas, los ajustes negativos por valoración y los activos inmateriales—, se incluyen los instrumentos computables suscritos por el FROB y determinados instrumentos de deuda obligatoriamente convertibles en acciones antes de 2014.

Estos nuevos requerimientos de capital principal han de cumplirse antes del 10 de marzo de 2011. Las entidades

² El cálculo de este coeficiente mayorista es clave y se ha regulado en la Circular del Banco de España 2/2011, de 4 de marzo, a entidades de crédito, sobre coeficiente de financiación mayorista (BOE 5 de marzo).

que en esta fecha no alcancen el nivel requerido de capital principal tendrán quince días hábiles para comunicar al Banco de España la estrategia y calendario que garanticen su cumplimiento. El conjunto de medidas propuestas deberá haberse ejecutado, con carácter general, antes del 30 de septiembre de 2011.

En caso de que finalmente alguna entidad haya de solicitar apoyos financieros del FROB, este podrá proceder a la adquisición de acciones ordinarias o a la realización de aportaciones a su capital, ligadas a un plan de recapitalización y previéndose ya su desinversión en un plazo máximo de 5 años. Para la solicitud de estas ayudas por parte de las cajas de ahorros se exige que aporten toda su actividad financiera a un banco.

2.- Posibles estrategias para las entidades de crédito.

A pesar de que el plan aprobado va dirigido al conjunto de las entidades que integran el sistema financiero español, y no a un colectivo específico, es evidente que la medida afecta en mayor medida a las cajas de ahorros, por su estructura de pasivo y por las importantes exposiciones de riesgos asumidas.

Las entidades deberán explorar diferentes vías para alcanzar el capital exigido, bien ajustando su estructura de activos, bien ajustando sus fuentes financieras, o combinando ambas posibilidades.

Medidas que afectan a sus activos ponderados

Las entidades podrán cumplir los nuevos requerimientos a través de un proceso de desinversión de sus activos, considerando las normas de baja de activos recogidas en la Circular 4/2004 del Banco de España.

Dada la coyuntura nada favorable para emitir capital, los nuevos coeficientes de solvencia exigidos a las entidades pueden reforzarse reordenando sus carteras, de forma que se limite la exposición de estas, reduciendo el volumen de activos intensivos en capital regulatorio, especialmente aquellos cuya reducción no genere pérdidas patrimoniales. Por ejemplo, una reducción del riesgo asociado a las participaciones empresariales, además de originar a la entidad menos exigencias de capital, puede hacer aflorar plusvalías latentes asociadas a estas inversiones, que computarían como capital principal.

También podrían aligerar sus carteras de activos inmobiliarios procedentes de impagados, reduciéndose

así los activos ponderados por riesgo. Sin embargo, estas ventas podrían originar pérdidas si se rebajan los precios y/o se conceden préstamos hipotecarios específicos.

El Real Decreto-Ley 2/2011 establece que la cifra de activos ponderados por riesgo que se considere no podrá ser inferior a la correspondiente a 31 de diciembre de 2010. No obstante, esta última cifra podrá ser ajustada por el efecto de operaciones de carácter extraordinario que consistan en ventas en firme de redes de sucursales, de participaciones de carácter estratégico o de carteras de créditos o de activos reales, así como por el efecto de las variaciones metodológicas en el cálculo de los requerimientos de recursos propios que autorice el Banco de España.

Otra forma de reducir el riesgo de los activos, es reducir la ponderación por medio de la constitución de nuevos Sistemas Institucionales de Protección (SIP). Las normas relativas a recursos propios³, dan la posibilidad de asignar una ponderación de riesgo del 0% a las exposiciones frente a contrapartes que se integren dentro del grupo o del SIP de la acreedora. Algunas cajas ya han aprobado contratos de integración, constituyendo un grupo contractual articulado en torno a un SIP.

Asimismo, dependiendo de la estructuración del SIP, el tratamiento del SIP a efectos de la consolidación de todas las entidades integrantes varía:

1) Si se consigue identificar al banco que actúa como entidad central del SIP como quien ejerce el control de este, el SIP se reconocería como un grupo consolidable de entidades de crédito a los efectos de la Circular 4/2004, del Banco de España y de la Ley 13/1985. En este caso, dicho banco sería la entidad dominante y el responsable de cumplir los requerimientos regulatorios en base consolidada del SIP, incluidos los requisitos de capital principal del Real Decreto-Ley 2/2011. Para ello, el banco ha de determinar con carácter vinculante las políticas y estrategias de negocio, así como los niveles y medidas de control interno y de gestión de riesgos de todos los integrantes del SIP. Sin embargo, **podrían existir dudas acerca del cumplimiento de este**

³ Directiva 2006/48/CE, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, Directiva 2006/49/CE, sobre adecuación del capital de las empresas de servicios de inversión y las entidades de crédito. Estas directivas han sido transpuestas en: a) la Ley 13/1985 de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros y otras normas del sistema financiero; b) el Real Decreto 216/2008, de recursos propios de las entidades financieras; y c) la Circular 3/2008, del Banco de España, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos.

requisito básico para la consideración del SIP como un grupo consolidable, cuando todo el negocio financiero ha sido aportado a su entidad central, toda vez que esta ya no estaría determinando sino sus propias políticas y estrategias, y no las de los restantes miembros.

2) Cuando no se puede concluir que se está ante un grupo consolidable, entendiéndose que existe control conjunto —es decir, que se adoptan de manera unánime aquellas decisiones que afecten significativamente a los estados financieros—, el SIP se tratará como un negocio conjunto. Para ello es suficiente que se precise el consentimiento unánime para la adopción de decisiones estratégicas, como las siguientes:

- a) Aprobación del presupuesto y líneas generales del plan de negocio.
- b) Nombramiento, destitución y fijación de la política de remuneración de los principales directivos del banco.
- c) Modificaciones relevantes de los estatutos sociales.
- d) Decisiones importantes de capitalización, inversión y endeudamiento.

3) Cuando tampoco se pueda concluir que existen decisiones unánimes, el banco sería tan solo una entidad participada las cajas, ejerciendo estas un control común pero no conjunto, en cuyo caso tampoco podría hablarse de un grupo consolidable.

Además de reducir el riesgo de los activos a través de su participación en un SIP, las entidades pueden minimizarlo mediante la concentración a través de fusiones con otras entidades, de manera que la reducción de sucursales y la racionalización de los costes de estructura asociadas ayuden a retener beneficios computables como capital principal.

Medidas que afectan a su financiación

Los elevados requerimientos de capital abocan a muchas entidades de crédito a la necesidad inmediata de adquirir recursos en el mercado, en general en combinación con las medidas que afectan a sus activos ponderados anteriormente expuestas.

Como se ha indicado, se integrará también en la cifra de capital principal la deuda necesariamente convertible en acciones ordinarias emitida por los bancos, siempre que reúna las siguientes características:

- a) Que prevea su obligatoria conversión a más tardar el 31 de diciembre de 2014, o antes de dicha fecha, en caso de saneamiento o reestructuración de la entidad o de su grupo.
- b) Que la relación de conversión esté determinada en el momento de la emisión.
- c) Que el emisor pueda discrecionalmente decidir en cualquier momento el impago del cupón devengado siempre que su situación de solvencia o la de su grupo así lo requiera.
- d) Que su comercialización se realice de acuerdo con los criterios que establezca la CNMV.
- e) Que no contenga ninguna característica que impida su registro como instrumento de capital dentro del patrimonio neto de la entidad. **Las obligaciones necesariamente convertibles**, atendiendo al apartado 2.b.i) de la norma 21ª de la Circular 4/2004 del Banco de España, **solo se podrán registrar como patrimonio neto cuando el número de instrumentos de capital propio necesarios para liquidar la operación no sea variable.**

Para los instrumentos de deuda emitidos con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 2/2011, es suficiente con que sean obligatoriamente convertibles en acciones ordinarias antes del 31 de diciembre de 2014, aunque no se registren como patrimonio neto de la entidad.

Ante las exigencias por parte de los mercados de una mayor transparencia y de la posibilidad de ejercer cierto control sobre la entidad emisora, y las expectativas de rentabilidad, la mayor parte de las entidades que no coticen se verán obligadas a hacerlo, para lo que, en el caso de las cajas, se precisará la creación de un banco participado por una o varias de dichas entidades, al que los inversores demandan que se haya aportado el negocio bancario de estas.

Además, se ha demostrado más sencillo colocar acciones u obligaciones obligatoriamente convertibles que cuotas

participativas o participaciones preferentes, al tratarse de activos más reconocidos en los mercados y dotados de derechos políticos en estructuras menos opacas que las de las cajas de ahorros.

También, como se ha indicado, esta aportación del negocio financiero de las cajas a un banco viene exigida por el Real Decreto-Ley 2/2011 para recibir los fondos del FROB en caso de no conseguir financiación privada. Todo ello hace que la mayoría de las entidades, de una u otra forma, se estén inclinando en última instancia por esta posibilidad, junto a otras medidas complementarias que permitan mejorar el balance del banco cotizado, haciéndolo más atractivo para los inversores y, al mismo tiempo, reduciendo los requerimientos de capital principal.

Ante la esperada avalancha de emisiones en los próximos meses, el precio de salida de las acciones de los bancos participados por las cajas deberá fijarse de manera que facilite su colocación, lo que motivará que tengan un PER bajo. Ello obligará a que deba colocarse un volumen de acciones relevante, pudiendo superar en algunos casos incluso el 50% del capital del banco cotizado, lo que conllevaría necesariamente la conversión de las cajas accionistas en fundaciones de carácter especial.

De igual forma, habría que analizar si para facilitar la cotización del banco interesa modificar el contrato de integración de los SIP. En este sentido, lo recomendable puede ser que el perímetro que salga a Bolsa sea únicamente el bancario —excluyendo de la sociedad cotizada todos o parte de los activos inmobiliarios y participaciones industriales, con el objetivo de que resulte más atractivo a los inversores—. **Igualmente, debe analizarse la conveniencia de cancelar o limitar los compromisos de apoyo mutuo de solvencia y liquidez entre las entidades integrantes del sistema, especialmente en lo que se refiere a la obligación del banco de prestar dicho apoyo a las cajas, para evitar que lastren a aquel.** Modificaciones que, en sentido contrario, harían conveniente la adecuada regulación de las relaciones de las cajas como accionistas del banco a través de pactos de sindicación, especialmente en caso de que el alto porcentaje de capital colocado en los mercados ponga en peligro su capacidad para seguir determinando el devenir de la entidad.

Adicionalmente a la transferencia de los activos y pasivos afectos al negocio bancario, **se deberá decidir si las cajas pasan a ser fundaciones o preservan su naturaleza de entidades de crédito** y sus competencias

sobre el negocio bancario aportado, explotando el banco la franquicia territorial de aquellas. En la toma de dicha decisión será relevante analizar el mantenimiento del SIP como grupo consolidable, con los efectos negativos en caso de que los activos problemáticos permanezcan en los balances de las cajas por no haberse podido vender a terceros. Este efecto se excluiría en el caso de optar por la transformación de las cajas en fundaciones. Por otro lado, habrá que sopesar otros asuntos igualmente complejos, como la aplicabilidad de distintos convenios colectivos a las plantillas afectadas.

Por último, incluso en el caso de conseguir que los activos dañados, especialmente los inmobiliarios no productivos, queden fuera del consolidado de la entidad cotizada, deberá diseñarse cuidadosamente, desde el punto de vista legal y fiscal, la forma en que se produzca su salida o, en el caso de su mantenimiento en el balance de las cajas, una estrategia que a medio plazo permita ponerlos en valor.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

El acuciante problema hipotecario y la dación en pago como solución. Por Abraham Nájera Pascual

Resoluciones como los autos de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010 y del Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Barcelona de 4 de febrero de 2011, por mucho que jurídicamente puedan ser más que discutibles, están sirviendo para reavivar el debate político y social sobre la problemática de muchos prestatarios que pierden sus viviendas como consecuencia de la ejecución hipotecaria sin que su deuda bancaria quede completamente saldada.

Los argumentos de ambos autos se basan fundamentalmente en atribuir a los inmuebles subastados y adjudicados a las entidades de crédito el valor que inicialmente se aceptó como valor de tasación a efectos de subasta. Independientemente de los vaivenes evidentes en el precio de los inmuebles en los últimos años, y de la previsión de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su artículo 671 permite que el acreedor hipotecario se adjudique el bien por el 50% de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, entienden que el valor real de los bienes es el determinado originalmente, que permanece inamovible a pesar de todo.

La consecuencia es clara: si el banco está recibiendo algo cuyo valor es suficiente para cubrir la totalidad de las cantidades pendientes de pago —y debe serlo en la generalidad de los casos, en los que los préstamos rara vez superan el valor de tasación y el importe adeudado disminuye con el tiempo—, la deuda ha de quedar completamente cancelada y nada más podrá seguir reclamando.

El error estribaría por tanto en la atribución al inmueble de un valor absolutamente fijo que en la mayoría de los casos ya nada tendrá que ver con la realidad, si es que alguna vez lo tuvo, haciendo además caso omiso al resultado fallido del proceso de subasta.

Estos autos, pese a todo, han propiciado que se presenten de nuevo iniciativas legislativas encaminadas a permitir que la excepción que contempla el artículo 140 de la Ley Hipotecaria —que prevé la posibilidad de pactar que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados, sin que la responsabilidad del deudor alcance al resto de su patrimonio—, se convierta en la regla general.

Parece difícil, no obstante, que se opte por tal modelo. Además de conllevar una disminución aún mayor del crédito hipotecario, lo encarecería de forma evidente y obligaría a las entidades a buscar garantías adicionales a través de seguros a cargo de los prestatarios, como ocurre en otros países. Y en la medida en que se trataría de una solución que no debería tener efectos retroactivos, no pondría remedio a la situación actual de cientos de miles de familias que responden con todo su patrimonio. Sin embargo, sí es posible tratar de atacar la raíz del problema concreto, que reside en el procedimiento de ejecución hipotecaria. Es evidente que si un inmueble trata de venderse a través de una subasta pública por la mitad del valor que se le había atribuido y no se consigue, su valor de mercado ha de ser inferior. Si nadie está dispuesto a pagar por él ni el 50% del resultante de la tasación, será que no lo vale. O será que la subasta no está diseñada de forma adecuada para permitir la correcta formación del precio, que no está sirviendo a su misión primordial de intentar maximizar el importe obtenido como consecuencia de la liquidación del inmueble. Y tan arbitrario es determinar que el acreedor podrá adjudicarse el bien por el 50% del valor de tasación, como hacerlo por el 75%, el 80% o el 20%. Ninguno de dichos porcentajes tiene por qué ser el apropiado. Aun cuando el mecanismo de subasta funcionase adecuadamente y permitiera el acceso a postores interesados en el inmueble, en caso de

declararse desierta solo se sabrá a ciencia cierta que el bien vale menos del 50% de la tasación inicial.

En los autos parece haber además un cierto reproche implícito, además del explícito a todo el sistema financiero por causar la crisis, que condena a los bancos a sufrir las consecuencias de tasaciones cuya realidad parece ponerse en duda. Si no nos fiamos de las tasaciones iniciales, no deberíamos tenerlas en cuenta a la hora de la adjudicación. Y si creemos que tras las reformas realizadas en este ámbito deberían reflejar adecuadamente el valor de los activos, ¿no sería más sencillo realizar una nueva tasación que establezca exactamente cuánto vale lo que recibe la entidad de crédito en el momento de la adjudicación?

Otra posible vía para tratar de paliar la angustiosa situación de miles de familias que se lanzaron sin red a la aventura de hipotecarse, sin recursos suficientes para ello en muchos casos, pasaría por reformar la legislación concursal para que esta ofrezca una respuesta apropiada en estos supuestos, como inicialmente se pretendió. Pero, sin duda, lo que es importante es que se tomen medidas que traten de evitar que en el futuro se repita la situación actual, medidas que fomenten el endeudamiento responsable, aunque ello suponga limitar el acceso a la vivienda en propiedad o, en un ámbito más amplio y ambicioso, que permitan impedir que el precio de los inmuebles se dispare o al menos, como alternativa, promuevan eficazmente el acceso a viviendas de alquiler.

**Todavía hay entidades financieras que establecen “cláusulas de redondeo” abusivas (STS 29-12-2010).
Por Nerea Azcune.**

Muchos de los contratos de préstamo o crédito con garantía hipotecaria a interés variable incorporan la llamada “cláusula de redondeo al alza” por la cual se impone al consumidor el redondeo siempre por exceso del tipo de interés aplicable, lo que supone una cantidad adicional a pagar por el prestatario, que suele ser considerable en los préstamos con garantía hipotecaria. Para evitar abusos en este sentido por parte de las entidades financieras, por medio de la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, se estableció una limitación a este redondeo debiendo “efectuarse al extremo del intervalo pactado más próximo, sin que éste pueda sobrepasar al octavo de punto”.

A pesar de la claridad del precepto citado, sigue habiendo entidades que establecen cláusulas de redondeo por encima del límite legalmente permitido. Así, mediante STS de 29 de diciembre de 2010 se ratificaba la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Barcelona de 28 de abril de 2005 por la que se declaraba «la nulidad, por tener el carácter de cláusula abusiva, de la condición general de la contratación contenida en los préstamos hipotecarios a tipo variable (...), concretamente de la parte en que se dice “... redondeando por exceso al cuarto de punto superior”» que establecía Caixa d’Estalvis de Tarragona en sus contratos.

Por lo tanto, a la vista de la argumentación de la referida Sentencia, la “cláusula de redondeo al alza” puede ser también considerada como una cláusula abusiva (y por tanto nula) subsumible en el artículo 10 bis 1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ya que, tratándose de una cláusula no negociada individualmente, causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato en perjuicio del consumidor debido a que siempre, en virtud del “redondeo”, será la entidad prestamista la que perciba una cantidad superior a la que resultaría de la aplicación del tipo de referencia y, en su caso, el diferencial pactados.

Cabe indicar que como consecuencia de la Sentencia anteriormente citada, Caixa d’Estalvis de Tarragona fue condenada a eliminar la “cláusula de redondeo” declarada nula de sus contratos de préstamo a interés variable, tanto de aquellos que estuvieran en vigor como los que firmase en el futuro y a reembolsar a los clientes afectados las cantidades cobradas en exceso respecto de la cantidades que correspondería haber cobrado sin la aplicación de la cláusula declarada nula, incrementadas en el interés legal del dinero.

Por último, cabe mencionar que la sentencia a la que se ha hecho referencia no ha sido la única en la que se ha declarado la nulidad de “cláusulas de redondeo”. Así, por ejemplo, existen sentencias en el mismo sentido en relación con condiciones establecidas en préstamos a interés variable concedidos por Caja Provincial de Ahorros de Jaén (STS de 4 de noviembre de 2010), Caixa D’Estalvis Comarcal de Manlleu (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de enero de 2007), Banco Español de Crédito, S.A. (Sentencia de la AP de Madrid de 21 de febrero de 2006), Caixa d’Estalvis de Catalunya (Sentencia de la Audiencia Provincial de

Barcelona de 13 de julio de 2005), y otras diversas entidades.

Control de las comisiones por descubierto cobradas por el banco a una empresa. Por Jesús Alfaro

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 10 de marzo de 2011 se ocupa de si procede condenar a un banco a devolver a un cliente una comisión por descubierto del 4,5 % mensual.

1. El demandante pide que el banco le devuelva las cantidades cobradas por comisiones por descubierto, comisiones que alcanzaban el 4,5 % del “mayor saldo deudor en el mes natural correspondiente”
2. El JPI desestima la demanda. La AP estima el recurso de apelación y lo hace sobre la base de que la sentencia de 1ª Instancia es formalmente correcta pero insoportable desde el punto de vista de “justicia material”.
3. El análisis de la AP no es, sólo, de justicia material. Acepta que la comisión fue “pactada” (se encontraba en las condiciones generales del contrato de servicio de caja). Pero se estima el recurso porque las comisiones cobradas por el banco son abusivas. Esto significa, en alguna medida, control del contenido de las condiciones generales aunque el adherente sea una empresa y no un consumidor.
4. Los argumentos de la AP son dos: uno, que las comisiones cargadas no se correspondían con servicios realmente prestados por el banco, lo que es un requisito de validez de éstas. Dos, que las comisiones cargadas, que han de sumarse a los intereses para calcular el interés realmente pagado por el prestatario (art. 317 C de c) convertían al contrato en usurario (la AP acaba apelando a la Ley de Represión de la Usura que, obviamente, está en vigor).
5. Los argumentos de la AP:

*aplicando a los saldos deudores el elevado interés del 29% sobre los saldos deudores pactado en dicho contrato ... en el mismo periodo, resulta que la **cantidad en concepto de esos elevados intereses ascendía a 2.925,73 €, mientras que por comisiones la cantidad ascendía a la de 10.424,58 €, lo que, haciendo una simple regla de tres, la comisión cobrada supondría un 107.03 % anual sobre los créditos en descubierto, lo cual es absolutamente injustificable, máxime cuando las***

comisiones deben responder a servicios prestados, que el Banco enumera (genéricamente y sin determinar concretamente) como de estudios, verificaciones de información, análisis de expectativas de recuperación y antecedentes, comunicaciones, actos de materialización del descubierto, y rapidez en la gestión, sobre la concesión del crédito en descubierto, que racionalmente es impensable que superen anualmente al propio crédito concedido. De lo cual se puede deducir racionalmente y sin duda que, **la cuantía cobrada por comisiones no responde a los servicios que genéricamente y sin prueba alguna, dice haber prestado el banco a la recurrente en el descubierto.**

Además,

*“el Banco subió la comisión por descubierto pactada del 2% al 4’5%, lo que determinaría que ha existido un aumento del gasto... del 125%, lo cual no se explica si lo comparamos con la tasa de inflación anual desde 2001 al 2007... **encubriendo en realidad unos intereses rayanos a la usura, aproximados al 107,3% anual en el caso de autos mas el 29% de intereses reales***

Un leve comentario: es frecuente que los bancos calculen sus comisiones según criterios carentes de racionalidad si una comisión ha de concebirse, como dice la Ley, como pago por la prestación de un servicio. Por ejemplo, no tiene sentido que se utilicen porcentajes para calcular las comisiones por custodia de valores (0,35 % semestral ¡del valor nominal de los valores custodiados!). El coste de prestar tal servicio no es proporcional al valor nominal de los valores custodiados. Si los bancos quieren cobrar, de verdad, las comisiones que fijan en sus tablas, deben establecerlas tras haber realizado un estudio de costes. Sucede que, normalmente, no las cobran a los buenos clientes. Pero la sensación de que son arbitrarias y desproporcionadas no se elimina.

3. CONTRATOS MERCANTILES

TEMAS ACTUALES

Fabricantes vs. Concesionarios: ¿empate técnico?
Por Diego Crespo.

El pasado 5 de marzo se publicó finalmente la Ley de Economía Sostenible (LES), que consta de 114 artículos,

20 disposiciones adicionales, 9 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria y nada menos que 60 disposiciones finales.

Pues bien, dentro de este cajón de sastre, la disposición adicional decimosexta (DA 16ª), introducida al final de la tramitación parlamentaria en el Senado a iniciativa del Partido Nacional Vasco y finalmente aprobada en el Congreso con el voto en contra del Partido Socialista, introduce una polémica modificación de la Ley 12/1992 del Contrato de Agencia (LCA) **al añadir una disposición adicional a dicha LCA con el objeto de regular los contratos de concesión de vehículos.** Y si decimos que se trata de una norma polémica, no es solo por una más que deficiente técnica legislativa, sino también por el hecho de que la misma haya sido aprobada sin que los fabricantes –que, no se olvide, son responsables de miles de puestos de trabajo, especialmente en las zonas de influencia de los partidos impulsores de la reforma– hayan tenido la oportunidad de expresar su parecer al respecto.

En cuanto a lo primero, piénsese en que **la DA 16ª intenta asimilar los contratos de concesión de vehículos a los de agencia**, pero sin embargo confunde en varias ocasiones el significado y las diferencias de la distribución y de la agencia (no se sabe a ciencia cierta si el concesionario compra y revende o simplemente intermedia entre el fabricante y el cliente final; si trabaja a comisión o si por el contrario tiene plena libertad para fijar sus precios de venta, obteniendo con ello el margen que en cada caso corresponda; etc.) y, sobre todo, **reconoce a los concesionarios de vehículos unos derechos muy superiores a los que tendría un agente conforme a la LCA y que ni siquiera ellos, como así han confesado después, aspiraban a tener.**

Así, por ejemplo, se les concede una indemnización por clientela en caso de terminación del contrato “por cualquier causa”, incluyendo –al parecer– los supuestos de resolución por incumplimiento del propio concesionario; indemnización que no podrá ser inferior – en la LCA se habla de máximo– a la media anual de las ventas –no ya de las comisiones o del margen bruto obtenido, como reza la LCA– realizadas por el proveedor al distribuidor –por lo que en realidad estamos hablando de las compras– durante los últimos cinco años de vigencia del contrato, o durante todo el período de vigencia si éste hubiese sido inferior. Es decir, si el concesionario decide unilateralmente dar por terminada la relación de manera anticipada al año de su inicio, a pesar de que el contrato tenga una duración determinada

superior, tiene derecho, como mínimo, a que el fabricante proveedor le indemnice con una cantidad equivalente a las compras realizadas durante toda la vigencia del contrato (¡si ha comprado por 100.000 euros, recibirá automáticamente otros tantos, sin tener que justificar para ello la generación de clientela!). Y ello al margen de las eventuales indemnizaciones por las inversiones específicas aún pendientes de amortización, de las indemnizaciones del personal laboral que haya sido despedido y de la obligación de recomprar todas las mercancías en poder de este último, al mismo precio por el que hubieren sido vendidas.

Pues bien, a la luz de lo anterior se comprende bien que el nuevo régimen establecido por la DA resulta inaceptable por **la absoluta desproporción que introduce en la posición de los concesionarios y la de los proveedores.**

Y todo ello al margen de la **más que dudosa compatibilidad de algunas de las estipulaciones aprobadas con la Directiva 86/653/CEE** –en particular, las referidas a la indemnización de los “concesionarios agentes” en caso de terminación del contrato (vid. artículo 17 de la citada Directiva)– **o con la propia Constitución Española** –en concreto, el apartado 7 de la DA 16ª que, al impedir que el fabricante se niegue a la cesión total o parcial del contrato por el concesionario, está imponiendo una obligación de contratar–.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta comprensible que la reacción de los fabricantes, a través de sus patronales, haya sido inmediata y fulgurante, hasta el punto de que ya a los pocos días de la aprobación del texto por el Congreso –incluso antes de que el texto se hubiera publicado en el Boletín Oficial del Estado– ya se hablaba en todos los medios y por parte de (casi) todos los partidos políticos de **la urgente necesidad de corregir tamaño despropósito.**

Pues bien, **parece que la corrección no se va a hacer esperar.** En efecto, el pasado 23 de marzo, el Pleno del Senado ha dado luz verde al Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores y el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, en el que se incluye una enmienda pactada entre PSOE, PP y CiU que **literalmente deja sin efecto la DA 16ª de la LES (“no será aplicable y no producirá efectos jurídicos”)** que **entró en vigor dos semanas antes**, y cuyo texto se espera

quede ratificado en el Pleno del Congreso a celebrar el 31 de marzo, añadiéndose como medida “paliativa” (o más bien “cosmética”) que hasta la entrada en vigor de la Ley de contratos de distribución –que es la que deberá regular definitivamente la cuestión– el sector podrá hacer uso de un código de buenas prácticas aprobado por el Gobierno, en el que se incluya la constitución de un comité de seguimiento y de resolución de conflictos. Todo ello, como decíamos, justificado por la necesidad de regular *“estos contratos de forma equilibrada y sin menoscabo de los derechos de ninguna de las partes”.*

Creado el Registro estatal de empresas previsto en La Ley 2/2009 sobre contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamos o créditos (Real Decreto 106/3011, BOE de 11 de febrero de 2011). Por Yaiza Alonso

En cumplimiento de la obligación que imponía la Ley 2/2009⁴ se crea, en primer lugar, el denominado Registro Estatal de Empresas, en el que se prevé inscribir a todas aquellas empresas (personas físicas o jurídicas) que llevan a cabo actividades de contratación con consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito en el territorio español⁵.

El referido Registro tendrá carácter público y naturaleza administrativa y podrá ser consultado por cualquier particular -gratuitamente- sin necesidad de justificar interés específico. Asimismo, se insta la constitución de Registros de Empresas Autonómicas, si bien se regula de forma laxa el plazo que se da a las Comunidades Autónomas para llevarlo a cabo y se prevé que en el supuesto de que, transcurridos seis meses desde la entrada en vigor del Real Decreto no se hubiesen creado los respectivos Registros Autonómicos, las empresas que desarrollen sus actividades en el ámbito autonómico que no haya creado el correspondiente Registro, deberá solicitar su inscripción en el Estatal (encargado de transferir los datos al Registro Autonómico una vez constituido).

El segundo propósito de la normativa es la fijación del importe mínimo del seguro de responsabilidad civil o del aval bancario que para el ejercicio de las actividades

⁴ Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

⁵ Ya estén estas domiciliadas en España o domiciliadas en el extranjero pero que desarrollen en nuestro país las actividades reguladas en la Ley 2/2009.

referidas anteriormente exigía la Ley 2/2009. En concreto, establece que será necesario contar, de forma previa al comienzo de las actividades, con un aval o seguro por un importe mínimo de 300.000 euros.⁶

El incumplimiento de inscripción, la falta de actualización de la información inscrita, o la falta de vigencia del seguro o avales preceptivos, podrían dar lugar a la apertura del correspondiente expediente sancionador, a la cancelación de la inscripción o a las sanciones previstas para infracciones muy graves en materia de Consumo.

Así, con el texto examinado se completan por fin en este ámbito las medidas previstas por la Ley 2/2009, ya que desde su promulgación y hasta la presente creación de los Registros y concreción del importe de las garantías a prestar, las empresas seguían llevando a cabo sus actividades sin el “alto nivel de protección para los consumidores y usuarios” ni “con la transparencia y leal competencia” que en el ámbito de estas actividades la precitada Ley pretendía garantizar desde hace casi dos años.

Se publica la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (DOUE de 23 de febrero de 2011). Por Yaiza Alonso

Basándose en la idea de que el pago aplazado (muchas veces acordado contractualmente) da lugar comúnmente a que muchos pagos se efectúen después del plazo acordado, y que esta morosidad “*influye negativamente en la liquidez de las empresas, complica su gestión financiera y afecta a su competitividad y rentabilidad cuando se ven obligadas a solicitar financiación exterior (...) y que el riesgo de esta influencia negativa aumenta drásticamente en períodos de crisis económica*”, se adopta la Directiva 2011/7/UE, que pretende establecer medidas contra la morosidad en las operaciones comerciales (entendidas estas como aquellas en las que intervienen agentes económicos o poderes públicos, no consumidores). Los Estados Miembros deberán velar por el cumplimiento de las siguientes medidas:

- que el acreedor tenga **derecho a interés de demora sin necesidad de aviso de vencimiento** –siempre que no haya habido incumplimiento contractual por su parte y que no haya recibido el pago en plazo por razones que no se consideren no imputables al deudor-;
- que el **interés de demora se devengue desde el día siguiente a la fecha de pago o al término fijado contractualmente** - estableciendo las fechas desde las que se entenderá que empieza el devengo en caso de que no se haya fijado expresamente fecha de pago-;
- que la **duración máxima de un procedimiento de aceptación o de verificación** por parte del deudor una vez recibido el bien o la prestación del servicio no supere, como regla general, los 30 días naturales (salvo determinados casos en que pueda superarse dada la complejidad del contrato, por acuerdo expreso y en todo caso siempre que no resulte manifiestamente abusivo para el acreedor);
- que el **plazo de pago fijado en el contrato no exceda de 60 días naturales** (salvo acuerdo expreso en contrario recogido en el contrato y siempre que no sea manifiestamente abusivo para el acreedor);
- que sea posible, de conformidad con la normativa de cada Estado Miembro, que el vendedor/acreedor conserve la propiedad de los bienes hasta el total pago del precio, si así se hubiese pactado expresamente (mediante la correspondiente “**cláusula de reserva dominio**”); o
- que sea posible obtener un **título ejecutivo en el plazo de 90 días** naturales desde la presentación por el acreedor de la demanda o solicitud de procedimiento de cobro ante el tribunal o autoridad competente (si no hubiese habido impugnación de la deuda).

Sin perjuicio del cálculo del interés de demora -en base a las definiciones de interés legal de demora o tipos de referencia que se indican en el texto europeo-, se prevé que por costes de cobro, en los casos en que sea exigible el interés de demora, el acreedor tenga derecho a cobrar al menos una cantidad fija (40 euros) más los costes, incluso derivados de contratación de abogados o

⁶ Durante el primer año de actividad, siendo necesaria su actualización ascendiendo al mayor de los dos siguientes: la actualización en función del índice de precios al consumo calculados sobre el importe mínimo (300.000.-€); o el 30% de la facturación que corresponda a la actividad desarrollada por la empresa, en cuanto al ámbito cubierto por el Real Decreto.

agencias de gestión de cobro, en que haya debido incurrir.

Se enumeran, asimismo, criterios para la valoración de cláusulas abusivas para los acreedores⁷, y se establece que en cualquier caso deberá considerarse manifiestamente abusiva una cláusula contractual o una práctica que, directamente, excluya el interés de demora o la compensación por los costes de cobro.

En nuestro país, actualmente estas cuestiones son objeto de regulación en la vigente Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. La trasposición⁸ de la Directiva examinada deberá producirse no más tarde del 16 de marzo de 2013.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

La consideración del sexo del asegurado como factor de riesgo en los contratos de seguro constituye una discriminación. (STJUE 01-03-2011). Por Rafael Sáez.

El pasado 1 de marzo de 2011 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) declaró la invalidez del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113/CEE del Consejo, lo que supondrá que, a partir del 21 de diciembre de 2012, las compañías aseguradoras no podrán aplicar criterios de diferenciación entre hombres y mujeres a la hora de calcular las primas y las prestaciones correspondientes a los contratos de seguro.

Esta resolución da el “golpe de gracia” a una regulación que, por controvertida y no siempre bien entendida, estaba llamada a extinguirse desde hace años.

El inicio del fin se produjo en el año 2004, con la aprobación de la Directiva 2004/113/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a

⁷ Teniéndose en cuenta para ello (i) cualquier desviación grave de las buenas prácticas comerciales, contraria a la buena fe y actuación leal; (ii) la naturaleza del bien o del servicio, así como (iii) si el deudor tiene alguna razón objetiva para apartarse del tipo de interés legal de demora, del plazo de pago previsto (60 días) o de la cantidad mínima fija indicada (40 euros).

⁸ Al trasponer la Directiva, los Estados Miembros podrán excluir del ámbito de aplicación los contratos formalizados con anterioridad al 16 de marzo de 2013 y podrán, en su caso, mantener o establecer disposiciones que resulten más favorables para los acreedores que aquellas necesarias para dar estricto cumplimiento a la Directiva.

bienes y servicios y su suministro (la Directiva), norma que persigue la eliminación de las desigualdades y el fomento activo de la igualdad entre hombres y mujeres en todas sus actividades.

En su exposición de motivos (considerandos) se describe cómo en el sector asegurador se aplican técnicas actuariales en las que el sexo del asegurado es uno de los factores relevantes para el cálculo de las primas de las pólizas de seguro, reconociendo expresamente que, en algunos casos, resulta determinante para la evaluación del riesgo.

En este sentido, tras señalar el primer párrafo del artículo 5 que en los nuevos contratos de seguro que se celebren a partir del 21 de diciembre de 2007, el hecho de considerar el sexo del asegurado como factor para el cálculo de las primas y prestaciones no debe generar diferencias respecto a las personas consideradas individualmente, el segundo párrafo, objeto de esta controversia, habilita a los Estados miembros a autorizar ciertas excepciones a la norma de igualdad, para aquellos casos en los que la consideración del sexo suponga un factor determinante en la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos.

Para la transposición de estas previsiones, el estado belga aprobó en 2007 una norma que buscaba abolir la discriminación entre hombres y mujeres en materia de seguros, en la que reprodujo, a grandes rasgos, el contenido de la Directiva a este respecto, permitiendo la aplicación de “*distinciones directas proporcionadas por razón de sexo en los casos en los que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos*”.

Tras la entrada en vigor de dicha norma en Bélgica, una asociación de consumidores, entre otros demandantes, presentó un recurso ante la Corte Constitucional dirigido a la anulación de la Ley por entender que su contenido era contrario al principio de igualdad de género. Presentado el recurso, y dado que la norma belga se había aprobado como transposición del contenido de la Directiva, la Corte Constitucional decidió suspender el procedimiento y remitir varias cuestiones prejudiciales al TJUE al objeto de conocer si el contenido del segundo párrafo del artículo 5 era compatible con el principio de igualdad y de no discriminación garantizado por la Directiva.

Ante la cuestión prejudicial planteada, el TJUE ha señalado que la igualdad entre hombres y mujeres es uno

de los principios fundamentales de la Unión Europea y, como tal, está incorporado a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prohíbe cualquier tipo de discriminación por razón de sexo.

A los efectos de conseguir de forma progresiva y definitiva dicha igualdad, el legislador comunitario es quien debe decidir su intervención en determinados ámbitos, teniendo en cuenta la evolución de las condiciones socioeconómicas dentro de la Unión. De esta forma, una vez que el legislador lo decida, debe intervenir de forma coherente para la consecución de los objetivos marcados, lo que no excluye la posibilidad de que establezca periodos transitorios o excepciones de alcance moderado a las medidas adoptadas.

En este caso concreto, el legislador comunitario tuvo en consideración las prácticas que venían realizándose en el sector de los seguros al tiempo de adoptar la Directiva y, por ello, al aprobar las medidas necesarias para la eliminación de cualquier forma de discriminación en este sector, autorizó a los Estados miembros a que aprobaran excepciones, de alcance limitado, que permitieran diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones en los casos en que, a la vista de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos, la consideración del sexo del asegurado fuera un factor determinante para la evaluación del riesgo.

Según la redacción dada por la Directiva, la facultad de los Estados miembros sería objeto de un nuevo examen a partir del 21 de diciembre de 2012 (5 años después de su establecimiento), si bien únicamente se reexaminaría la facultad de los Estados miembros para establecer nuevas excepciones, sin abordar la posible abolición de las ya establecidas –aprobadas sin límite temporal alguno–.

El Consejo de la Unión Europea acordó la posibilidad de incluir excepciones al régimen de la Directiva para impedir que se trataran de forma idéntica, situaciones diferentes. No obstante, el TJUE ha considerado que la identidad o equivalencia de esas situaciones debe analizarse a la luz del objeto y finalidad del acto de la Unión de que se trate. En este caso, no cabe duda de que la finalidad última de la Directiva es la aplicación de la norma de primas y prestaciones independientes del sexo, por lo que la facultad conferida a los Estados miembros debe considerarse como una excepción a dicha regla general. Así, la Directiva partiría de la premisa de que las situaciones en que se encuentran hombres y mujeres respecto de las primas y prestaciones de los seguros que contratan son comparables.

Señala el TJUE que, con la redacción original de la Directiva, existía el riesgo de que las excepciones aprobadas por los Estados miembros se aplicaran de forma indefinida, lo que resultaría contrario al objetivo último de la norma, esto es, la igualdad de trato entre hombres y mujeres, por lo que ha decidido declarar inválido el segundo párrafo del artículo 5, con efectos a 21 de diciembre de 2012.

Desde un punto de vista eminentemente práctico, debemos pensar que la adecuación de las primas y las prestaciones a las necesidades de cada asegurado, con la debida justificación, era positiva, ya que se evaluaban las circunstancias particulares de cada persona para ofrecerle el producto que necesitaba. En consecuencia, es esperable que el fallo del TJUE y, por ende, la supresión de este factor de cálculo, propicie un ajuste al alza de las primas de seguro para cubrir suficientemente las diferencias que, con la anterior distinción, podían realizarse en atención al sexo del asegurado.

Indemnización por clientela: no depende, tampoco en un contrato de distribución, de que el contrato sea de duración determinada o indefinida. Por Jesús Alfaro

El TS, en sentencia de 3 de marzo de 2011, ha casado una sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia porque ésta rechazó la procedencia de la indemnización por clientela en un contrato de distribución sobre la base de que el contrato tenía duración determinada.

El Supremo tiene cuidado en no contradecirse respecto de su anterior – y poco segura – doctrina y dice lo siguiente: en contratos de distribución, – no de agencia – puede proceder, o no, la estimación del derecho del distribuidor a percibir la compensación por clientela si

"concurren los presupuestos (del art. 28 LCA) y no conste pacto expreso en contrario... debe rechazarse la aplicación automática del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia a los contratos de distribución, declara que la aplicación analógica de su idea inspiradora se encuentra permitida atendiendo siempre a la concurrencia de los requisitos exigidos por dicho precepto y, además, a otros posibles criterios cual es el de la integración del distribuidor en la red comercial del proveedor, sin que, y esto es lo relevante, el tenor literal de dicho precepto ni la doctrina de esta Sala condicionen el derecho del agente (y, por tanto, tampoco del distribuidor) a percibir una compensación por clientela a la circunstancia de que el contrato tenga una duración indeterminada".

4. DERECHO CONCURSAL

El Consejo de Ministros remite a las Cortes la reforma de la Ley Concursal. Por Ana Gimeno

En el Consejo de Ministros del pasado 18 de marzo se ha aprobado la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley de reforma de la Ley Concursal.

A 31 de marzo de 2011 todavía no se ha publicado en el Boletín de las Cortes el texto del citado proyecto de ley, por lo que nos limitamos a dar noticia del mismo y a resumir la nota de prensa publicada en la página web de la Moncloa.

EL objetivo de la reforma es la agilización, la simplificación y el abaratamiento del procedimiento concursal; la profundización de las alternativas al concurso a través de los institutos preconcursales y la rectificación de algunos aspectos de la actual regulación.

Los aspectos más relevantes de la reforma son:

- **Establecimiento de alternativas al concurso**, prestando especial atención a las soluciones preconcursales y favoreciendo la viabilidad de las empresas. Se pretende así facilitar las propuestas anticipadas del convenio como la conclusión de acuerdos de refinanciación e impulsar los acuerdos extrajudiciales de refinanciación.
- **Desarrollo del procedimiento abreviado o simplificado.** Con el fin de reducir tiempos y costes del proceso concursal, el juez podrá aplicar el procedimiento abreviado cuando considere que el concurso reviste escasa complejidad, atendiendo a una serie de datos objetivos y sin perjuicio de la posible valoración individual que proceda hacer en cada caso. También podrá aplicarse este procedimiento en el supuesto de que el deudor presente una propuesta anticipada de convenio, de transmisión de la empresa o cese de la actividad sin trabajadores a su cargo.
- **La administración concursal.** La reforma pretende avanzar en la profesionalización de la administración concursal, tanto por la vía de los requisitos de la responsabilidad como en la

capacitación de los mismos. Los administradores tendrán capacidad para subsanar los errores del listado de acreedores. También se potencia el nombramiento en cualquier concurso, ordinario o abreviado, de los auxiliares delegados y se introduce la posibilidad de que la administración concursal sea desarrollada por una persona jurídica ("sociedad de administración concursal").

- **Reformas en materia laboral.**

En el próximo número, una vez publicado el texto e iniciada la tramitación parlamentaria de la reforma concursal, se comentarán con más detalle los aspectos más relevantes de la misma.

5. COMPETENCIA DESLEAL Y PUBLICIDAD

El Supremo confirma la prohibición de anunciar bebidas alcohólicas en la calle. Por María Arruñada

Por primera vez el TS se ha pronunciado acerca de la prohibición de anunciar bebidas alcohólicas en la vía pública. Mediante sentencia de 3/01/2011 (RJ 2011\294) el TS ratifica una prohibición que ya había sido declarada por la AP de Madrid en sentencias anteriores. En el caso que nos ocupa, el procedimiento fue iniciado por la Asociación de Usuarios de la Comunicación – al igual que la mayoría de demandas presentadas por publicidad ilícita de bebidas alcohólicas en estadios de fútbol, en TV, etc.- contra Bacardí España S.A. por la publicidad del whisky *White Label* en vallas colocadas en determinadas calles de Madrid. El recurso de casación fue interpuesto por Bacardí contra la sentencia de la AP de Madrid de 25/09/2006 (JUR 2006\268882) que a su vez revocó la sentencia del Juzgado de 1º Instancia de Madrid de 30 de abril de 2003 que optaba por una interpretación restrictiva de la prohibición de publicidad de bebidas alcohólicas en la vía pública.

En su sentencia, el TS confirma que la Ley 5/2002 sobre drogodependencias y otros trastornos adictivos de la Comunidad de Madrid (LD) prohíbe la publicidad de bebidas alcohólicas en la vía pública con base en su art. 28 h) (que prohíbe expresamente la publicidad, directa e indirecta, de bebidas alcohólicas en todos los lugares donde esté prohibida su venta, suministro y consumo) y en su art. 30.3 (por el que no se permite la venta ni el

consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública con las excepciones que él mismo matiza, terrazas, veladores, días de feria, fiestas patronales, etc.). Se ha de destacar que la LD considera bebida alcohólica aquella con graduación superior a 1 grado porcentual de su volumen. El TS rechaza todos los motivos expuestos por Bacardí, entre ellos, que la prohibición de publicidad del alcohol debe ser objeto de una interpretación restrictiva en la medida en que implica una limitación de la libre empresa. En este sentido, la STS se remite a la jurisprudencia del TJUE sobre la extraordinaria relevancia que tiene la protección del derecho a la salud desde el punto de vista de los derechos fundamentales de la persona y recuerda que es jurisprudencia reiterada del TJUE que una normativa limitativa de la publicidad de bebidas alcohólicas como medio para combatir el alcoholismo responde a las preocupaciones por la salud pública y no vulnera las libertades económicas porque se trata de límites basados en un interés público legítimo.

Para el TS la interpretación literal de la LD es que se prohíbe expresamente la publicidad, directa o indirecta de bebidas alcohólicas en la vía pública, sin que pueda entenderse que las excepciones que se establecen invaliden la regla general. Asimismo afirma el Alto Tribunal que el alcance y las consecuencias de la actividad publicitaria son muy distintas si la publicidad se realiza con carácter general en la vía pública, en cualesquiera lugares por los que inevitablemente transitan todo tipo de personas, incluidas las que padecen adicción al alcohol, y en cualquier circunstancia, que la publicidad limitada a lugares acotados (terrazas, veladores, etc.), cuyo efecto tiene carácter limitado y puede ser evitado por quienes lo deseen.

El TS considera que Bacardí no ha justificado que el efecto de protección de la salud que la LD pretende conseguir limitando el daño que genera la publicidad en la vía pública del consumo del alcohol pueda conseguirse por otros medios menos restrictivos de los derechos económicos de las empresas afectadas.

La interpretación del TS tiene efectos en la mayoría de las Comunidades Autónomas puesto que de acuerdo con la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, (LGP) no pueden anunciarse bebidas alcohólicas en aquellos lugares en los que está prohibida su venta y/o consumo. Se da la circunstancia de que la mayoría de las normativas autonómicas en materia de drogodependencias prohíben, al igual que la de la CA de Madrid, la venta y consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública (en todas ellas con determinadas excepciones

como pueden ser las terrazas y veladores o las fiestas locales). En esos casos, como mínimo, la prohibición se extenderá a la publicidad de bebidas con graduación alcohólica superior a 20 grados, que es el límite establecido por la LGP. No obstante, habrá que atender a cada normativa aplicable ya que, como sucede en el caso de la CA de Madrid, algunas CCAA extienden la prohibición a bebidas con una graduación alcohólica inferior.

6. NORMATIVA EN TRAMITACIÓN

Proyecto de Ley de reforma de la Ley de Sociedades de Capital y la incorporación de la Directiva sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas. Rafa Sánchez

Introducción

Con fecha 25 de febrero de 2011, se ha publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales un proyecto de Ley de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital e incorporación de la Directiva 2007/36, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre ejercicio de determinados derechos de los accionistas de las sociedades cotizadas (respectivamente, la "Directiva" y el "Proyecto de Ley").

El Proyecto de Ley propone modificaciones y novedades a introducir en la Ley de Sociedades de Capital al objeto de:

- modificar el régimen de las sociedades de capital en algunas cuestiones particulares;
- reducir cargas y costes en el funcionamiento de una sociedad de capital;
- y, transponer la Directiva, la cual regula los derechos de los accionistas en las sociedades cotizadas.

De entre dichas modificaciones y novedades que propone el Proyecto de Ley cabe resaltar, entre otras, las que a continuación se exponen.

Publicidad del anuncio de convocatoria

- De conformidad con la redacción que los artículos 173 y 516 de la Ley de Sociedades de Capital tendrían a resultas de la aprobación del Proyecto de Ley, la publicidad de la convocatoria de una Junta General de accionistas de una sociedad anónima se regiría conforme sigue:
- Sociedad anónima cotizada: el anuncio de convocatoria debería ser publicado, al menos, en i) Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME) o periódico de mayor circulación en España; y ii) página web corporativa; y iii) página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV).
- Sociedad anónima no cotizada con acciones nominativas: los Estatutos Sociales podrían prever que el anuncio de convocatoria fuese publicado en i) BORME; y/o ii) página web corporativa (o, en caso de no existir, periódico de mayor circulación en la provincia de su domicilio social); y/o iii) por procedimiento de comunicación individual y escrita que asegurase la recepción del anuncio por los socios, según dispongan los estatutos sociales. En caso de que éstos no contuviesen disposición expresa, la publicación debería realizarse en i) BORME y ii) página web corporativa (o, en caso de no existir, periódico de mayor circulación en la provincia de su domicilio social).
- Sociedad anónima no cotizada con acciones al portador: los Estatutos Sociales podrían prever que el anuncio de convocatoria fuese publicado únicamente en BORME o, además, en i) página web corporativa (o, en caso de no existir, periódico de mayor circulación en la provincia de su domicilio social); y/o ii) por procedimiento de comunicación individual y escrita que asegure la recepción del anuncio por los socios, según dispongan los estatutos sociales. En caso de que éstos no contuviesen disposición expresa, la publicación debería realizarse en i) BORME y ii) página web corporativa (o, en caso de no existir, periódico de mayor circulación en la provincia de su domicilio social).

Plazo abreviado de convocatoria de Junta General Extraordinaria de Sociedad Cotizada

El Proyecto de Ley prevé un nuevo artículo 515 de la Ley de Sociedades de Capital según el cual una Junta General Extraordinaria de accionistas de una sociedad cotizada podría ser convocada con una antelación mínima de 15 días siempre y cuando:

- la sociedad ofreciera a todos los accionistas la posibilidad de votar por medios electrónicos accesibles a todos ellos;
- existiese un acuerdo al efecto de la Junta General Ordinaria de accionistas, adoptado con el voto favorable de, al menos, 2/3 del capital suscrito con derecho a voto y cuya vigencia no podría ser superior a la siguiente Junta General Ordinaria de accionistas.

Formulación de propuestas de acuerdos

Otra de las novedades que se pretenden introducir en la Ley de Sociedades de Capital es la regulación de la formulación de propuestas de acuerdos por parte de los accionistas de las sociedades cotizadas. Así, de conformidad con el Proyecto de ley, el artículo 518.2 de la Ley de Sociedades de Capital preverá el derecho a formular propuestas de acuerdos fundamentadas sobre puntos incluidos o que deban incluirse en el orden del día de la convocatoria de una Junta General de accionistas, condicionado a lo siguiente:

- el accionista o los accionistas sean titulares de una participación que represente, al menos, el 5% del capital social; u
- su ejercicio se efectúe dentro de los 5 días siguientes a la publicación de la convocatoria de Junta General de accionistas.

Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo. Por José Ramón Meléndez

El pasado 28 de Enero se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo (el "Proyecto de Ley"). Mediante este proyecto se pretende incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2008/48/CE, cuyo objetivo, por otro lado, era la armonización de la legislación de los estados miembros en varios de los aspectos relativos a la materia. A modo de ejemplo la "tasa anual equivalente" –tal y como se define en el artículo 6 d) del Proyecto de Ley- se deberá calcular de forma idéntica en toda la Unión

Europea, lo que debería favorecer que los consumidores opten por el crédito al consumo transfronterizo.

Aunque, una vez aprobada, la Ley resultante derogará la Ley 7/1995, muchos de los aspectos que esta regula en la actualidad seguirán en vigor, como por ejemplo: las normas que regulan la oferta vinculante, la eficacia de los contratos, la obtención de un crédito, el cobro de lo indebido, la penalización por falta de forma por omisión de cláusulas obligatorias y, finalmente, se mantiene la aplicación parcial de la Ley a los contratos por importe total superior a 75.000 euros.

El texto del Proyecto de Ley mantiene el claro ánimo de proteger al consumidor que inspiraba la Ley 7/1995, e incorpora un listado detallado de la información previa que hay que poner a disposición del consumidor con anterioridad a la celebración del contrato y que se entregará a este último, en un impreso normalizado cuya plantilla se incorpora como Anexo II al texto legal. También, con esta misma finalidad, establece el artículo 11 la obligación del prestamista o, en su caso del intermediario del crédito de asistir al consumidor, facilitándole las explicaciones oportunas sobre el producto que va a contratar, la adecuación o no de dicho contrato a las necesidades o capacidades financieras del consumidor, etc.

Asimismo, probablemente como consecuencia de la alta morosidad de las entidades financieras en la actualidad, se impone la obligación al prestamista de realizar un análisis de la solvencia del consumidor. Esta medida, parece querer favorecer una conducta responsable a la hora del otorgamiento o denegación del crédito, si bien, la norma, tal y como está redactada, no recoge ninguna consecuencia obligatoria ante un posible resultado inquietante para el prestamista, de dicho análisis. Para comprobar el estado de solvencia del consumidor, el prestamista tendrá acceso a determinadas bases de datos, de solvencia patrimonial y crédito (a los que ya se refería la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de noviembre). Las condiciones de acceso han de ser iguales para todos los prestamistas establecidos en la Unión Europea, a fin de que no se vea perjudicada la libre competencia dentro de este territorio. La particularidad estriba en que el consumidor, al que se le deniegue el crédito solicitado, sobre la base de la consulta relativa a su solvencia, tiene derecho a conocer, de forma gratuita e inmediata el resultado de la consulta, salvo que el entregarle dicha información vulnere alguna norma o contravenga el orden público.

En cuanto a la fase de ejecución del contrato, la ley regula (artículo 27) el desistimiento en caso de contrato por tiempo indefinido, con los mismos criterios que la regulación del ejercicio de este mismo derecho en el caso de la comercialización a distancia de servicios financieros. La Ley también regula el derecho del consumidor al reembolso anticipado del crédito y la cesión.

Los incumplimientos por entidades de crédito de las obligaciones impuestas por la Ley se sancionaran de acuerdo con la normativa sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, mientras que los incumplimientos de las demás personas físicas o jurídicas se sancionarían como infracciones en materia de usuarios y consumidores.

Finalmente, en cuanto a los mecanismos de solución de litigios entre los contratantes, la Ley contempla la posibilidad de de la reclamación extrajudicial por las vías de reclamación cuando una de las partes es consumidor y/o usuario y también regula la acción de cesación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

© CMS Albiñana & Suárez de Lezo, S.L.P. (2011). Todos los derechos reservados. El derecho de cita respecto al contenido de este Boletín no autoriza a la transformación o modificación de los contenidos y opiniones publicados en él