

C/M/S/ Albiñana & Suárez de Lezo

# BOLETÍN MERCANTIL Nº 14

Julio 2013 – Septiembre 2013

## BOLETÍN MERCANTIL Nº 14

Julio – Septiembre 2013

---

### SUMARIO

#### 1. DOCTRINA

- Novedades mercantiles en la "ley de emprendedores": emprendedor de responsabilidad limitada y sociedad de responsabilidad limitada de formación sucesiva. Andrés Recalde.
- Los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pagos en la Ley de apoyo a los emprendedores. Abraham Nájera.
- Modificaciones legislativas en materia concursal: Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, Ley 14/2013 y Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal. Juan Ignacio Fernández Aguado.

#### 2. DERECHO SOCIETARIO

##### TEMAS ACTUALES

- Propuesta de reformas legales en materia de sociedades anónimas cotizadas y otras sociedades presentada por la Comisión de Expertos en materia Gobierno Corporativo. Andrés Recalde.
- Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo: Flexibilización del límite máximo impuesto por el artículo 405 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) relativo al importe total de las emisiones de obligaciones u otros valores que reconozcan o creen una deuda. Pablo Ruiz de Assín.

##### JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- Reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el derecho de información en las sociedades de capital. Por Rafael Sánchez.
- Cláusulas de blindaje y la compatibilidad de la retribución de administradores y altos cargos de sociedades de capital. (STS 25 junio 2013). Por Sixto de la Calle.
- Efectos derivados de la nulidad de acuerdos sociales en la vida futura de la sociedad (RDGRN de 30 de mayo de 2013). Elena Alcázar Cuartero.
- Denegación de inscripción de una modificación estatutaria en virtud de la cual se establecía la retribución del cargo de administrador en función de las tareas que, a juicio de la Junta General, efectivamente estuvieran desempeñando los administradores (RDGRN de 21 de mayo, 24 de mayo y 18 de junio de 2013). Por Ignacio Cerrato.

- La constancia de los acuerdos de la Junta General en el Acta Notarial como condición para su eficacia (RDGRN 28 de junio de 2013). Irene Miró.
- RDGRN de 21 de junio de 2013: Otorgamiento de la facultad de incurrir en autocontratación por el consejo de administración. Beatriz Durán
- ¿Puede un árbitro nombrar administradores y liquidadores de SA o SRL? (RDGRN 25 junio 2013). Rosa Cañas.
- Transacción vinculada de duración indefinida (SAP Murcia 6 de junio 2013). Eduardo Apilánez.

### 3. DERECHO BANCARIO Y DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

#### TEMAS ACTUALES

##### A) MERCADOS FINANCIEROS

- Comentario sobre el MARF. Fernando Revuelta
- Modificaciones en la regulación del capital de los bancos. Fernando García.
- Circular 3/2013, de 29 de julio, del Banco de España, sobre declaración de operaciones y saldos en valores negociables. Ana Gimeno.
- Propuesta de modificación de la Circular 4/2004, del Banco de España, sobre normas de información financiera pública y reservada. Fernando García.

##### B) MERCADO DE VALORES

- La CNMV publica criterios que recomienda sean observados por los emisores de valores y los intermediarios financieros que actúen por cuenta de los emisores de valores en su operativa discrecional de autocartera. Pablo Ruiz de Assín.
- La CNMV exige incrementar la información en determinados fondos de inversión. Fernando Revuelta.

#### JURISPRUDENCIA

- Conclusiones del abogado general a las cuestiones prejudiciales planteadas en el marco de la nulidad de la suscripción de acciones con motivo de una emisión como consecuencia de errores en el folleto informativo de emisión. Lucía Rodríguez Pérez.
- Nulidad de cláusulas suelo en préstamos hipotecarios (SAP Madrid de 26 de julio de 2013, ponente D. Enrique García García). Marta González Araña.

### 4. DERECHO CONCURSAL

- Préstamos de los socios sustitutos del capital y su tratamiento en el concurso (STS de 10 de julio de 2013). Fco. Javier Arias Varona.
- La inatacabilidad de los créditos con privilegio especial en los planes de liquidación (STS de 23 de julio de 2013, Ponente Ignacio Sancho Gargallo). Elisa Martín.

### 5. TEMAS DE ACTUALIDAD

- El proyecto de ley de garantía de la unidad de mercado. Clara Lombao.
- Comentario al Proyecto de Reforma del Código Penal. Los programas de prevención de riesgos penales como exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y su falta de adopción como nuevo delito que afecta a los administradores sociales. Alfredo Liñán.

### 6. ABREVIATURAS

---



También puede descargar este boletín en formato PDF.

---

## 1. DOCTRINA

### **Novedades mercantiles en la "ley de emprendedores": emprendedor de responsabilidad limitada y sociedad de responsabilidad limitada de formación sucesiva. Andrés Recalde.**

#### **Introducción**

Es incuestionable la intensa preocupación política por apoyar a los emprendedores. En poco más de dos meses se han aprobado dos leyes con este fin ("Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo", y "Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización"), ninguna de las cuales, sin embargo, ayuda a conocer lo que son esos emprendedores. Parece que se barrunta que son empresarios a quienes se les quiere descargar de unas connotaciones negativas que sorprendentemente tendría la actividad que se quiere estimular; pero también parecen serlo los profesionales. Como también sorprende que muchas veces, cuando se delimita el ámbito de aplicación de esas leyes, ya no aparece el emprendedor y se le sustituye por el empresario o por la persona física.

Es fácil predecir la ineficacia de algunas de las medidas adoptadas, como la que pretende fomentar el emprendimiento a través de la educación secundaria y universitaria. En alguna otra ocasión las normas resultan poco serias, como lo es la prohibición de que cualquiera Administración imponga nuevas cargas a las empresas si no elimina, al menos, una de las existentes con un coste equivalente a la que se quiere implantar, sin precisarse cómo se debe calcular ese coste ni quién, cómo o a quién podrá reclamarse por el incumplimiento de la norma.

Un interés especial tiene la regulación del emprendedor de responsabilidad limitada o del nuevo tipo societario (la sociedad de responsabilidad limitada de formación sucesiva), aunque los objetivos de estas figuras resultan discutibles y, en todo caso, no parece que justificaran el tratamiento legal que se les ha atribuido. Todo ello permite comprender las fuertes críticas que estos cambios están recibiendo.

#### **El emprendedor individual de responsabilidad limitada**

No cabe duda de que hay un interés propagandístico en la norma que pretende garantizar al emprendedor persona física la posibilidad de limitar su responsabilidad por las deudas que traigan causa del ejercicio de una actividad empresarial o profesional. El objetivo es, efectivamente, garantizar a las personas físicas aquello de lo que gozan los empresarios colectivos constituidos en forma de sociedad pueden: la limitación de responsabilidad.

Pero el alcance del cambio debe situarse en su justo término. Por un lado, porque la limitación de la responsabilidad se limita a la no afectación de la vivienda habitual a las deudas resultantes de la actividad empresarial o profesional, y siempre que la vivienda no tuviera un valor superior a 300.000 euros. Los que viven en Madrid pueden pensar que esa cifra es muy escasa. Por eso, la ley prevé que en el caso de las viviendas situadas en población de más de 1.000.000 de habitantes se aplicará un coeficiente corrector del 1,5. Aunque los habitantes de ciudades con un número muy inferior de habitantes como, por ejemplo, San Sebastián, podrían llegar a conclusiones semejantes a las de los madrileños.

Por otro lado, de todos es sabido que un empresario individual puede conseguir el mismo objetivo que ofrece ahora la ley creando una sociedad unipersonal (anónima o de responsabilidad limitada). La reforma quizá pretende aligerar al emprendedor los costes económicos y administrativos vinculados a la constitución de una sociedad. Sin embargo, estos no son tan altos. Además, para asumir (como dice la ley) la condición de "Emprendedor de Responsabilidad Limitada", hay que cumplir requisitos no muy alejados de los impuestos a una sociedad unipersonal. En efecto, la aquella condición sólo se adquiere mediante la constancia en la hoja abierta al emprendedor en el Registro Mercantil correspondiente a su domicilio, con lo que al empresario individual se le exigiría una inscripción, que hasta ahora no tenía por qué satisfacer. En la inscripción debe indicarse el activo no afecto (o sea la vivienda). La inmatriculación del emprendedor de responsabilidad limitada se realizará mediante acta notarial presentada telemáticamente. El emprendedor inscrito debe hacer constar en toda su documentación, con expresión de los datos registrales, su condición de «Emprendedor de Responsabilidad Limitada» o indicar, junto a su nombre, apellidos y datos de identificación fiscal, las siglas «ERL». En todo caso, la limitación de la responsabilidad no afecta a las deudas anteriores a su inmatriculación. Para su oponibilidad a terceros,

la no sujeción de la vivienda habitual a las resultados del tráfico empresarial o profesional deberá inscribirse también en el Registro de la Propiedad. En fin, el emprendedor individual de responsabilidad limitada debe formular y, en su caso, someter a auditoría las cuentas anuales correspondientes a su actividad empresarial o profesional, y también tendrá que depositar sus cuentas anuales en el Registro Mercantil, ya que, si no lo hiciera, perdería el beneficio de la limitación de responsabilidad.

No parece difícil percibir que estos requisitos anulan sobradamente las magras ventajas que un empresario individual consigue constituyéndose de acuerdo con el nuevo régimen, en comparación con el régimen que le sería aplicable constituyendo una sociedad unipersonal.

Pero, además, la ley peca de ingenua, ya que la limitación previsiblemente sólo "perjudicaría" a los acreedores no profesionales (proveedores, clientes, acreedores extracontractuales), puesto que una entidad financiera difícilmente concederá crédito a un emprendedor individual que no dispone de otros bienes o garantías que su vivienda, si esta no la hipoteca oportunamente.

En realidad los objetivos de la reforma (dar respuesta a los "escándalos" que provocan los desahucios) se habrían alcanzado de manera más eficiente estableciendo en la ley de enjuiciamiento civil que la vivienda habitual no es susceptible de ser ejecutada. Ahora bien, si esto es lo que se pretendía, no habría razón para limitar la limitación a las deudas derivadas de las actividades económicas, ni para que sólo debiera perjudicar a los acreedores no profesionales.

### **La sociedad de responsabilidad limitada de formación sucesiva**

La otra reforma mercantil de interés supone la creación de un nuevo tipo societario: la sociedad de responsabilidad limitada de formación sucesiva. Aparentemente la ley pretende reducir el capital mínimo de las sociedades de responsabilidad limitada por debajo de la cifra de 3000 euros o quizá, modificar la regla de que en estas sociedades el capital debe estar completamente desembolsado. Pero no establece esto. La ley de emprendedores mantiene el capital mínimo, pero crea un nuevo tipo societario, sometido a reglas especiales, aplicables mientras aquella cifra de capital no se desembolse. En concreto la sociedad debe:

i. destinar a la reserva legal una cifra al menos igual al 20 por ciento del beneficio del ejercicio sin límite de cuantía;

ii. prohibir el reparto de dividendos cuando el patrimonio neto es o, a consecuencia del reparto, resulta inferior al 60 por ciento del capital legal mínimo;

iii. la suma anual de las retribuciones satisfechas a los socios y administradores por el desempeño de estos cargos no podrá exceder del 20 por ciento del patrimonio neto del correspondiente ejercicio, aunque esta limitación no obsta a la posibilidad de que administradores o socios puedan obtener una retribución superior como trabajadores por cuenta ajena de la sociedad o por la prestación de servicios profesionales que la sociedad concierte con dichos socios y administradores;

iv. en fin, en caso de liquidación, voluntaria o forzosa (lo que parece que debe entenderse que comprende tanto la disolución voluntaria de la sociedad como la liquidación concursal), si el patrimonio de la sociedad fuera insuficiente para atender al pago de sus obligaciones, los socios y los administradores de la sociedad responderán solidariamente del desembolso de la cifra de capital mínimo establecida en la Ley.

v. En fin, la realidad de las aportaciones dinerarias de los socios no debe acreditarse en la constitución de sociedades de responsabilidad limitada de formación sucesiva, al establecerse que los fundadores y quienes adquieran alguna de las participaciones responderán solidariamente frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad de dichas aportaciones.

### **Los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pagos en la Ley de apoyo a los emprendedores. Abraham Nájera.**

#### **Introducción**

Se ha publicado en el B.O.E. del día 28 de septiembre de 2013 la esperada Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (PDF), que ha entrado en vigor al día siguiente. Al margen de la regulación propia y multidisciplinar de todo aquello que tenga que ver aun lejanamente con los emprendedores, la nueva Ley aprovecha para introducir algunas nuevas reformas de calado en la Ley Concursal, aunque sin llegar a la profundidad deseada en algunas cuestiones.

Aclaraciones pendientes en cuanto a la homologación y el nombramiento de expertos independientes Quizás la que más llame la atención, por carecer completamente de relación con el objeto principal de la norma aunque aparece bajo la rúbrica de "Apoyo a la financiación de los emprendedores", sea la modificación que se incluye de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal, acompañada de la introducción de un nuevo artículo 71 bis.

Este último, aunque sirve para regular en mayor medida el procedimiento registral de designación del experto independiente que ha de advenir los acuerdos de refinanciación del artículo 71.6, que también es objeto de adaptación, merece escasa atención más allá de algunas notas aisladas y que proporcionan claridad a algunos aspectos prácticos que poco a poco habían ido encontrando solución fuera de la Ley Concursal y del Reglamento del Registro Mercantil. Así, se permite expresamente al Registrador solicitar varios presupuestos a uno o varios profesionales idóneos antes de proceder a su nombramiento y también se contempla expresamente la posibilidad de pedir el nombramiento del experto antes de que esté concluido el acuerdo de refinanciación y redactado un plan de viabilidad definitivo.

Mayor relevancia tiene, en nuestra opinión, la nueva redacción del punto 1 de la Disposición Adicional Cuarta. Y no solo porque se refiere a la homologación judicial de acuerdos de refinanciación y toma al fin una posición en cuanto a la exigibilidad o no de una doble mayoría, sino porque representa una oportunidad desaprovechada para haber arrojado algo de luz sobre otras cuestiones controvertidas en torno a la homologación que la experiencia práctica desde su introducción en nuestro Derecho como intento de remedar el *scheme of arrangement* inglés ha ido poniendo de manifiesto, y que aunque tampoco tienen nada que ver con los emprendedores, podrían haber tenido perfectamente cabida en esta reforma tangencial.

Se agradece que ahora no haya duda en cuanto a los requisitos del 71.6 que son precisos para que un acuerdo de refinanciación pueda homologarse —únicamente la constancia en instrumento público y que cuente con el informe favorable de un experto independiente—, y que solamente sea necesaria por tanto la mayoría, drásticamente reducida, del 55% del pasivo titularidad de entidades financieras, por lo que queda claro que un acuerdo de refinanciación homologado no tiene por qué contar necesariamente además con la protección frente a acciones de reintegración.

Sin embargo, esta disminución del porcentaje de los acreedores bancarios que se exige que sean parte de una refinanciación para que pueda extenderse parte de sus efectos a los restantes a través de la homologación, que debería generalizar aún más su uso y facilitar que lleguen a buen fin procesos de reestructuración que antes se veían obstaculizados por la posición de una minoría, no impide que estos sigan chocando en la práctica con las lagunas y falta de consistencia de la Disposición Adicional Cuarta, que por lo demás no ha sido objeto de modificación.

Aquí quedan aún incertidumbres tan básicas y cuestiones poco desarrolladas como qué deba entenderse por espera en un acuerdo de refinanciación, y qué parte exactamente de sus efectos se impondrán obligatoriamente a las entidades financieras disidentes, o cómo afecta exactamente la homologación a aquellas que cuentan con garantía real más allá de los procesos relativos a su posible ejecución, o qué baremo ha de tomarse para apreciar la desproporción del sacrificio exigido que permitiría a algunos acreedores escapar de la homologación. Seguiremos encontrándonos con autos, quizás aún en mayor número, que se limitarán a considerar homologado el acuerdo de refinanciación, sin ofrecer más aclaración, y otros que se limiten a denegar su homologación por considerar que no existe espera en el acuerdo examinado, ante la perplejidad de los acreedores firmantes.

### **El acuerdo extrajudicial de pagos**

Por otra parte, la principal novedad de la Ley en el ámbito preventivo y de las reestructuraciones se concentra en la introducción de un nuevo Título X en la Ley Concursal —y algunas puntualizaciones relacionadas dispersas en otros artículos, como el 5 bis o el 15.3, entre otros—, de ámbito limitado pero que presenta ciertos aspectos interesantes y novedosos, y genera tantas dudas como acostumbra a plantear el legislador en esta materia.

Así, los principales aspectos del llamado acuerdo extrajudicial de pagos, nueva figura regulada en dicho Título, pueden resumirse en los siguientes puntos:

- Consiste en un procedimiento de negociación extrajudicial de deudas de pequeños empresarios (se excluyen los deudores que sean personas naturales con pasivo superior a cinco millones de euros y las personas jurídicas con más de cincuenta acreedores o cuyo activo y pasivo superen los cinco millones de euros) en estado de insolvencia.
- Tiene como figura central al mediador concursal, designado por el Registrador Mercantil o por el notario ante el que se haga la correspondiente solicitud.
- Como curiosidad, y entre otras excepciones más o menos justificadas, no está permitido formular dicha solicitud si cualquiera de los acreedores del deudor, que necesariamente debiera verse vinculado por el acuerdo, hubiera sido declarado en concurso.
- Es incompatible con la negociación de un acuerdo de refinanciación o con la solicitud de concurso.

Pero no solo en el momento de iniciarse, sino que la conclusión de un acuerdo extrajudicial de pago, por su propia dinámica, aparentemente excluye la posibilidad de ampararse en el futuro en el 5 bis o de solicitar un concurso que no sea el consecutivo que después se mencionará, ya que al menos en caso de incumplimiento del acuerdo la incoación del concurso consecutivo es casi automática.

#### **Efectos del inicio del procedimiento sobre el deudor y sobre los acreedores:**

- Desde la presentación de la solicitud, al deudor le está prohibido solicitar la concesión de préstamos o créditos —queremos pensar que ha de interpretarse en sentido amplio, refiriéndose a cualquier tipo de financiación no comercial, quizás con una pretensión no muy clara de que el pasivo del deudor se mantenga lo más estable que sea posible durante la tramitación del proceso—, deberá devolver las tarjetas de crédito de que sea titular y se abstendrá de utilizar medio electrónico de pago alguno.
- En el fondo el acuerdo extrajudicial de pagos se enmarca como una nueva posibilidad dentro del artículo 5 bis de la Ley Concursal, por lo que desde la correspondiente comunicación al juzgado competente se abre el ya conocido plazo de tres meses durante los cuales el deudor no estará obligado a solicitar el concurso (con los consecuentes efectos sobre su responsabilidad) y sus acreedores (artículo 15.3) tampoco podrán solicitarlo.
- De igual forma, durante ese mismo plazo los acreedores del deudor no podrán iniciar ni continuar ejecuciones contra el patrimonio de este ni anotar embargos posteriores a la solicitud de nombramiento de mediador concursal, salvo aquellos que cuenten con garantía real que, como se verá, no quedarán sujetos por el acuerdo salvo que voluntariamente lo acepten. Sí podrán, no obstante, ejecutar las garantías personales prestadas por terceros.
- Además, los acreedores deben abstenerse durante el transcurso del procedimiento de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor común.
- La principal función del mediador concursal consiste en convocar al deudor y a todos los acreedores que pudieran quedar vinculados por el eventual acuerdo —lo que excluye a los de derecho público, siendo voluntaria la participación de los acreedores con garantía real— a una reunión en la que se discutirá, y en su caso se aprobará, un plan de pagos de los créditos pendientes.
- Dicho plan de pagos podrá incluir la cesión de bienes en pago de deudas, quitas de hasta un 25% y esperas de hasta tres años. Aunque por lo demás la Ley no regula nada más acerca de su contenido, o de la posibilidad de que no todos los acreedores sean tratados por igual o los efectos que esta desigualdad debería tener sobre las mayorías necesarias para aprobarlo.
- Los acreedores tienen la oportunidad de dar propuestas alternativas o de modificación al plan de pagos antes de la reunión e incluso durante esta, aunque sin que puedan modificarse los aspectos que ya hubieran sido aceptados de antemano por acreedores no asistentes.
- En este sentido, todos los acreedores susceptibles de verse afectados deberán asistir a la reunión o manifestar su aprobación o rechazo previos en un plazo de diez días desde que reciban la convocatoria. De lo contrario, sus créditos serán subordinados en el eventual concurso de acreedores consecutivo.
- Para que el acuerdo se considere aprobado serán necesarios los votos a favor del 60% del pasivo. Si incluye el pago mediante cesión de bienes, se exige el 75% del pasivo afectado y la aprobación de los acreedores con garantía real sobre los bienes cedidos.

#### **Efectos del acuerdo sobre los acreedores:**

- Ningún acreedor afectado por el acuerdo podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la publicación de la apertura del expediente, cancelándose los correspondientes embargos.
- Como ocurre en otros ámbitos, no se da un tratamiento claro a las alternativas de actuación de los acreedores con garantía real que queden fuera del acuerdo en cuanto a la posibilidad de que estos se dirijan o no contra el resto del patrimonio del deudor no afecto a su garantía (por ejemplo, tras ejecutarla en caso de que no bastase para satisfacer su crédito, o incluso alternativamente).
- Los acreedores conservarán las acciones que les correspondan por la totalidad de los créditos contra los obligados solidarios y los garantes personales del deudor, a semejanza de lo previsto en el artículo 135.1 de la Ley Concursal en el ámbito del convenio, aunque sin quedar limitado a

los acreedores no afectados o disidentes.

- El procedimiento fracasa cuando se produce un rechazo previo a la reunión por una mayoría del pasivo, cuando no se alcanza un acuerdo, este es impugnado y anulado o cuando el mediador constata posteriormente su incumplimiento. Estos supuestos dan lugar a la incoación de la declaración de concurso de acreedores consecutivo, que puede ser solicitado también por el propio mediador concursal.

#### **Principales especialidades del concurso consecutivo:**

- Salvo justa causa, el administrador del concurso consecutivo será el propio mediador concursal.
- El plazo de dos años para la determinación de los actos rescindibles se contará desde la fecha de la solicitud del deudor de nombramiento del mediador concursal. Cabe aquí la incertidumbre de si esto supone que los actos posteriores a dicha solicitud y hasta que se declare el concurso no pueden ser objeto de acciones de reintegración, lo que carecería de sentido. De lo contrario, nos encontramos con un supuesto en el que, asumiendo una espera máxima de tres años, el periodo susceptible de dichas acciones podría llegar a ser de cinco años o superior (dos años previos a la solicitud, más tres años de espera en los que no existiría posibilidad de incumplimiento del acuerdo si se hubiesen configurado como de carencia total y el tiempo que transcurra desde entonces hasta que aquel se produzca).
- Por último, desde su espíritu de ayuda al emprendedor, la norma introduce de alguna manera en el sistema concursal español el mecanismo de fresh start para las personas naturales. Así, a la conclusión del concurso fortuito se declarará la remisión de las deudas no satisfechas, salvo las de derecho público, siempre que se hayan pagado los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados (algo que también se contempla ahora fuera del concurso consecutivo si, además, se ha atendido al menos el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios).

#### **Modificaciones legislativas en materia concursal: Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, Ley 14/2013 y Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal. Juan Ignacio Fernández Aguado.**

Pocas materias han sido tantas veces reformadas en los últimos años, como lo están siendo aquellas normas que afectan de forma directa a la materia concursal. Baste señalar, como botón de muestra, la propia Ley Concursal: 15 reformas en 10 años.

La duración de la crisis económica y las nuevas realidades que se van produciendo están exigiendo una adaptación, casi permanente, de la legislación concursal, si bien no siempre con los resultados que serían deseables.

En este contexto, recientemente se han producido dos reformas de la propia Ley Concursal, y se ha anunciado otra próxima en materia de insolvencias punibles, a todas ellas nos referiremos seguidamente.

La primera de ellas, en materia de adaptación de lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley Concursal a la última de las reformas laborales. Así, el artículo 10 del Real Decreto-ley 11/2013, adapta el contenido del referido artículo 64, relativo a la tramitación de los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, y de suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, una vez declarado el concurso, a los cambios que afectan a la comisión negociadora en procedimiento de consulta.

La segunda de ellas, y sin duda con un contenido y una trascendencia mucho mayor, es la que se ha llevado a cabo a través de la recientemente aprobada (segunda) Ley de Emprendedores, que de una parte ha incluido una regulación novedosa y completa relativa a los acuerdos extrajudiciales de pagos, y de otra ha vuelto a modificar la regulación que, en materia de refinanciación, se encuentra contenida en el artículo 71.6 de la Ley Concursal, así como en su Disposición Adicional 4ª, a lo que se refiere el artículo que me precede en este Boletín.

El capítulo V de la (segunda) Ley de Emprendedores -"Acuerdo extrajudicial de pagos"- prevé un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios, ya sean personas físicas o jurídicas, similar a los existentes en los países próximos. En la situación económica actual, son necesarios tanto cambios en la cultura empresarial como normativos, al objeto de garantizar que el fracaso no cause un empobrecimiento y una frustración tales que inhiban al empresario de comenzar un nuevo proyecto y

pase a ser un medio para aprender y progresar.

El procedimiento, siguiendo los esquemas del Derecho comparado, es muy flexible y se sustancia, extrajudicialmente, en brevísimos plazos ante funcionarios idóneos por su experiencia y cualificación como son el registrador mercantil o el notario, si bien, como ocurre con los acuerdos de refinanciación, se limitarán a designar un profesional idóneo e independiente que impulse la avenencia y a asegurar que se cumplan los requisitos de publicación y publicidad registral necesarios para llevar a buen término los fines perseguidos con el arreglo.

Es responsabilidad del negociador impulsar los trámites de un procedimiento que aparenta ser sencillo en que, al menos, se discipline mínimamente la convocatoria de todos los acreedores del deudor común, a quienes se incentiva la asistencia a la reunión. En la reunión, a la vista de una propuesta avanzada por el negociador, se discute el plan de pagos o el eventual acuerdo de cesión de bienes en pago de deudas. Por otra parte, la Ley es generosa en el reconocimiento de las posibilidades de negociación de deudas, de modo que pueden pactarse quitas de hasta el veinticinco por ciento de los créditos y esperas de hasta tres años.

El procedimiento fracasa cuando no se alcanza un acuerdo o cuando el negociador constata el incumplimiento. En estos casos, el procedimiento sirve de tránsito al concurso con las especialidades adecuadas, atribuyendo legitimación activa para su solicitud al mediador concursal.

La reforma incluye una regulación suficiente de la exoneración de deudas residuales en los casos de liquidación del patrimonio del deudor que, declarado en concurso, directo o consecutivo, no hubiere sido declarado culpable de la insolvencia, y siempre que quede un umbral mínimo del pasivo satisfecho. Finalmente, está prevista una nueva regulación de los delitos de concurso punible o insolvencia que conjuga una doble necesidad: el deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que se producen en el contexto de una situación de crisis económico del sujeto o empresas y que ponen en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico, o son directamente causales de la situación de concurso; y la de ofrecer suficiente certeza y seguridad en la determinación de las conductas punibles, es decir, aquellas contrarias al deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos que constituyen un riesgo no permitido.

El nuevo delito de concurso punible o bancarrota se configura como un delito de peligro, si bien vinculado a la situación de crisis (a la insolvencia actual o inminente del deudor) y perseguible únicamente cuando se declara efectivamente el concurso o se produce o sobrepasamiento de pagos; y se mantiene la tipificación expresa de la causación de la insolvencia por el deudor.

La norma delimita, con la finalidad de garantizar un grado de seguridad y certeza ajustado a las exigencias derivadas del principio de legalidad, las conductas prohibidas por medio de las cuales puede ser cometido el delito. Para ello, tipifica un conjunto de acciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos mediante las cuales se reduce indebidamente el patrimonio que es garantía del cumplimiento de las obligaciones, o se dificulta o imposibilita el conocimiento por el acreedor de la verdadera situación económica del deudor.

Así, será castigado con una pena de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realizare alguna de las siguientes conductas:

1. Oculte, destruya, cause daños o realice cualquier otra actuación que no se ajuste al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y que disminuya el valor de elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura.
2. Realice actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial.
3. Realice operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su coste de adquisición o producción, y que en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica.
4. Simule créditos de terceros o reconocimiento de créditos ficticios.
5. Participe en negocios especulativos, cuando ello carezca de justificación económica y resulte, en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada, contrarios al deber en la gestión de asuntos económicos.

6. Incumpla el deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad, o cometa en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

También será punible la destrucción o alteración de los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

7. Oculte, destruya o altere la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extienda este deber legal, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor.

8. Formule las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil, de forma que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor, o incumpla el deber de formular balance o el inventario dentro de plazo.

9. Realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial.

Si mediante alguna de estas conductas se hubiera causado o agravado la situación de insolvencia, entonces se impondrá una pena de dos años a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses.

La nueva regulación se completa con la previsión de un tipo agravado aplicable en los supuestos en los que se causa perjuicios económicos de especial gravedad o en los que la mayor parte del crédito defraudado corresponde a deudas frente a la Hacienda Pública y la Seguridad Social. De igual forma, se amplía la protección de los acreedores mediante la tipificación de acciones no justificadas de favorecimiento a acreedores determinados llevadas a cabo, antes de la declaración del concurso, pero cuando el deudor se encontraba ya en una situación de insolvencia actual o inminente.

Así, se castigará con pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1. Cuando se cree el peligro de causar un perjuicio patrimonial relevante para una pluralidad de personas, o de ponerlas en una grave situación económica.
2. Cuando se causare a alguno de los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 euros.
3. Cuando al menos la mitad de importe de los créditos concursales tengan como titulares a la Hacienda Pública, sea esta estatal, autonómica, local o foral y a la Seguridad Social.

Por su parte, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión o multa de ocho a veinticuatro meses, el deudor que, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, favorezca a alguno de los acreedores realizando un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar un crédito no exigible o al facilitarle una garantía a la que no tenía derecho, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial.

Y será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de 12 a 24 meses el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto.

---

## 2. DERECHO SOCIETARIO

### TEMAS ACTUALES

#### **Propuesta de reformas legales en materia de sociedades anónimas cotizadas y otras sociedades presentada por la Comisión de Expertos en materia Gobierno Corporativo. Andrés Recalde.**

La Comisión de Expertos nombrada por el Gobierno el 10 de mayo pasado para presentar propuestas de reformas legales en materia de gobierno de las sociedades cotizadas y formular un nuevo Código de Buen Gobierno, ha terminado la primera fase del encargo.

El pasado 14 de octubre la CNMV informó de la presentación de las propuestas de reformas legales que

deberían incluirse en la Ley de Sociedades de Capital. Estas modificaciones no afectarían exclusivamente al ámbito de las sociedades cotizadas, sino que se extiende a todas las sociedades anónimas.

Las modificaciones afectan, en primer lugar, al *régimen de la junta general*:

- Se amplían las competencias de la junta, extendiéndose la posibilidad, hasta ahora limitada al ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada, de que la junta imparta instrucciones al consejo de administración en asuntos de gestión.
- Se refuerza el derecho de información del accionista, en particular la que se adjunta a la convocatoria, para incluir, en el caso de las sociedades cotizadas, un resumen de la información que los administradores presentarán en la Junta con un curriculum de los consejeros propuestos para ser nombrados.
- Los requisitos a los que se condiciona el derecho de asistencia del socio a la junta sufren una importante reducción.
- Se establece la exigencia de votación separada de los asuntos sustancialmente independientes y en especial en los casos de nombramiento, ratificación, reelección o separación de cada administrador.
- Se limita la extensión a la sociedad anónima de la prohibición de votar que se impone al socio de una sociedad de responsabilidad limitada incurso en conflicto de intereses: el accionista no podrá votar si se pretende autorizarle a vender sus acciones o excluirle de la sociedad, siempre que esto se hubiera previsto en los estatutos. Tampoco podrá votar si se le va a conceder un derecho o a liberarle de una obligación o se le pretende proporcionar asistencia financiera o liberarle de alguna obligación. En fin, se presume contrario al interés social el acuerdo adoptado con el voto determinante del socio en conflicto de interés, con lo que soportará la carga de la prueba.
- También se propone sustituir la regla de la mayoría absoluta por la relativa, lo que evita que se deban considerar como votos negativos los votos emitidos en blanco o las abstenciones.
- En materia de impugnación de acuerdos se suprime la distinción entre acuerdos nulos y anulables, a cuyos efectos se establece un plazo único de caducidad de un año. Por otro lado, se reduce igualmente la legitimación para la impugnación de acuerdos sociales, que pasa de 1 % para las sociedades no cotizadas y el 0,1 % o uno por mil del capital para las cotizadas y se aclara que la revocación o sustitución de un acuerdo impugnado puede hacerse incluso tras la impugnación judicial. En fin, en relación con los vicios de forma se acoge la doctrina de la relevancia y la de la resistencia cuando el vicio haya afectado a la emisión del voto.

En el ámbito de los *consejos de administración*, entre las novedades más destacadas se encuentran:

- Se recoge la *business judgement rule* con el nombre de "protección de la discrecionalidad empresarial.
- Se detalla de manera importante el régimen del deber de lealtad, con una lista detallada de casos y sujetos sometidos al citado deber, extendiéndose, incluso, al socio de control.
- La autorización para realizar transacciones vinculadas a veces corresponde a la junta, pero en ocasiones se atribuye al consejo cuando se garantice la independencia, transparencia y equidad de la decisión.
- La responsabilidad de la persona jurídica administrador se extiende al representante que esta debe nombrar en el consejo.
- Se recoge por fin en la ley la distinción entre las diversas clases de consejeros (Se reduce de 6 a 4 años el periodo de nombramiento de los administradores ejecutivos/internos, y externos, lo que incluye a dominicales, independientes y "otros externos").
- En el consejo de administración en el que no se separa la condición de presidente del consejo y consejero delegado (primer ejecutivo), se impone la presencia de un consejero independiente coordinador, al que se atribuye algunas competencias importantes.
- Se modifica significativamente el régimen de remuneración de los consejeros mediante la obligación de que la junta, al menos cada tres años, decida sobre el sistema de remuneración de los consejeros, sin perjuicio del mantenimiento del voto consultivo en relación con el informe anual sobre remuneraciones. El "sistema de remuneración" debe precisar los conceptos de retribución. La junta aprobará el máximo de la remuneración anual del conjunto del consejo, y este determinará la cantidad que corresponde a cada consejero en función de las tareas que

realice. Se propone, en fin, una limitación legal de la cuantía de la remuneración (esa debe guardar una "proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera ... y los estándares de mercadeo de empresas comparables"), que puede ser enormemente importante a la hora de la valoración judicial en caso de retribuciones excesivas.

- También se establece el carácter obligatorio en las sociedades cotizadas de la Comisión de Auditoría y de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones, cuyos presidentes necesariamente tienen que ser consejeros independientes. La Comisión de Auditoría, en particular, adquiere competencias muy relevantes, extendiéndose ésta a cualquier "estrategia" contable, incluida la adquisición de participaciones en entidades de propósito especial o domiciliadas en territorios que tengan la condición de paraísos fiscales, así como en el caso de operaciones con partes vinculadas.
- Este documento previsiblemente va a ser el detonante de una muy importante reforma del régimen de las sociedades anónimas en España. En todo caso, si el gobierno promoviera estas reformas, quedarían en buena medida vaciado de sentido (al menos en el Derecho de sociedades) el texto de la propuesta de código mercantil. En el futuro se profundizará en el estudio de estas propuestas en función de la evolución del proceso legislativo.

Mientras tanto, se espera también con interés la propuesta que vaya a realizar esta comisión de expertos en relación con la reforma del Código Unificado de Gobierno Corporativo, que era la segunda tarea que recibió del gobierno.

**Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo: Flexibilización del límite máximo impuesto por el artículo 405 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) relativo al importe total de las emisiones de obligaciones u otros valores que reconozcan o creen una deuda. Pablo Ruiz de Assín.**

Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo: Flexibilización del límite máximo impuesto por el artículo 405 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) relativo al importe total de las emisiones de obligaciones u otros valores que reconozcan o creen una deuda.

El apartado 1 del artículo 405 la LSC establece que el importe total de las emisiones de obligaciones u otros valores que reconozcan o creen una deuda no puede ser superior al capital social desembolsado, más las reservas que figuren en el último balance aprobado y las cuentas de regularización y actualización de balances.

La Ley 11/2013 ha incluido un nuevo artículo 30 quater en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV) que establece en su apartado 1 determinadas excepciones a la aplicación del artículo 405 LSC.

Así, la colocación de emisiones de obligaciones o de otros valores que reconozcan o creen deuda no estará sujeta a la limitación del apartado 1 del artículo 405 LSC cuando se trate de una oferta:

- dirigida exclusivamente a inversores cualificados;
- dirigida a inversores que adquieran valores por un importe mínimo de 100.000 euros por inversor, para cada oferta separada; o
- de valores cuyo valor nominal unitario sea al menos 100.000 euros.

Estas excepciones a la limitación general permiten que un emisor pueda financiarse más allá del límite colocando deuda de manera restringida entre los conocidos como inversores profesionales. El propósito de esta norma es flexibilizar el recurso a este tipo de financiación asegurando a la vez una adecuada protección de los inversores minoristas.

## **JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES**

### **Reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el derecho de información en las sociedades de capital. Rafael Sánchez.**

La Ley de Sociedades de Capital ("LSC") consagra el derecho de los socios de una sociedad de capital, ya sea limitada (artículo 196) o anónima (artículo 197), a obtener información en relación con los asuntos comprendidos en el orden del día de una Junta General, tanto con carácter previo a ésta como

durante su desarrollo.

Adicionalmente, la Ley de Sociedades de Capital establece, de forma dispersa por su articulado, formas expresas de ejercicio del referido derecho de información. Así, en su artículo 272.2 se prevé el derecho a obtener, a partir de la fecha de convocatoria de la Junta General Ordinaria y de forma inmediata y gratuita, copia de las cuentas anuales, del informe de gestión y del informe de auditoría, y en su artículo 287 se establece el derecho a examinar el texto íntegro de cualquier modificación estatutaria propuesta, así como del correspondiente informe de administradores en el caso de la sociedad anónima.

En este contexto, resulta muy interesante la sentencia dictada el pasado 19 de septiembre de 2013 por la Sala Primera del Tribunal Supremo, ya que, entre sus aportaciones, recuerda que las tendencias normativas en la Unión Europea abogan por la ampliación del ámbito del derecho de información en las sociedades de capital (que entiende como un derecho autónomo, mínimo e irrenunciable), sistematiza los requisitos inherentes a su ejercicio y aborda su interrelación con el derecho a obtener información de naturaleza contable ex artículo 272.2 LSC.

Así las cosas, la referida sentencia establece que toda solicitud de información de un socio al amparo del derecho que le concede la LSC ha de cumplir los siguientes requisitos:

- i. Conexión con el orden del día de la Junta General: la solicitud ha de versar sobre los puntos contenidos en el orden del día de la Junta General, sin que se precise una relación directa y estrecha -debiendo estarse al juicio de pertinencia en cada caso-, ya que el derecho de información, aun cuando pueda ser instrumental del derecho de voto, tiene naturaleza autónoma y puede servir a otras finalidades, lo que explica que en las sociedades anónimas las solicitudes de información formuladas en el seno de la Junta General de Accionistas puedan ser atendidas en los siete días siguientes (artículo 197.2 LSC).
- ii. Adecuación del momento de solicitud: la solicitud ha de formularse bien por escrito desde la convocatoria de la Junta General hasta el séptimo día anterior a su celebración, bien verbalmente durante el desarrollo de la Junta General.
- iii. No perjuicio de los intereses sociales: la publicidad de los datos solicitados no puede perjudicar los intereses sociales, si bien no ha de identificarse el interés de los administradores en esconder detalles de su gestión con el interés de la sociedad en no difundir ciertos datos. En todo caso, la información debe facilitarse cuando la solicitud esté apoyada por socios que representen, al menos, el 25% del capital social (pudiendo los estatutos, solo para la sociedad anónima, fijar un porcentaje menor pero siempre superior al 5%).

Sin perjuicio de lo anterior, la sentencia también recuerda que el derecho de información encuentra un límite en su ejercicio de forma abusiva, ya sea objetiva o subjetivamente, lo cual ha de examinarse caso por caso en función de múltiples parámetros, como características de la sociedad o volumen y forma de la información solicitada.

Por su parte, y en relación con el derecho a obtener copia de las cuentas anuales y demás documentación relacionada ex artículo 272.2 LSC, el Alto Tribunal entiende que este complementa pero no sustituye al derecho de información previsto en los artículos 196 y 197 LSC, de suerte que la solicitud de soportes contables y documentación de índole bancaria y fiscal entraría dentro del ámbito de aplicación de estos últimos artículos, siempre y cuando cumpla los requisitos apuntados anteriormente.

Por otro lado, con fecha 5 de julio de este mismo año el Tribunal Supremo dictó otra sentencia cuya cuestión de fondo también está relacionada con el derecho de información, si bien en este caso con la expresión contenida en el artículo 287 LSC.

En este caso, el Tribunal entiende que se vulneró del derecho de información de los socios de una sociedad profesional porque el informe de administradores sobre un aumento de capital "de cauce a la promoción profesional" (esto es, aquel cuya finalidad es atribuir la condición de socio a un profesional que no lo era o incrementar la participación de un socio) no contenía la mención de que quedaba excluido, por imperativo legal ex artículo 17.1.b) de la Ley de Sociedades Profesionales y no por acuerdo de la Junta General, el derecho de preferencia de los restantes socios.

No obstante, resulta sorprendente el fallo del Alto Tribunal, especialmente porque en la misma sentencia no aprecia infracción del derecho de información en la correspondiente convocatoria de Junta General, aun cuando tampoco incluía mención expresa a la supresión del derecho de preferencia, sobre la base de que en el anuncio contenía una referencia concreta al régimen legal aplicable al aumento de capital (esto es, el que excluye dicho derecho preferencial).

Por tanto, y sin entrar a valorar en mayor grado el acierto de su veredicto, cabe destacar como aportación notable de esta sentencia la doctrina por la cual el contenido del informe de administradores

sobre una propuesta de acuerdo a someter a votación de la Junta General resulta relevante a los efectos del derecho de información y su eventual vulneración.

**Cláusulas de blindaje y la compatibilidad de la retribución de administradores y altos cargos de sociedades de capital. (STS 25 junio 2013). Sixto de la Calle.**

El Tribunal Supremo reconoce el derecho a un administrador y consejero delegado de una sociedad de capital, encargado de la actividad de dirección ejecutiva diaria de una empresa, a percibir las indemnizaciones previstas en el contrato laboral de alta dirección suscrito con la empresa, para el caso de extinción anticipada del contrato de trabajo por voluntad de la sociedad.

Con ciertos matices, el supuesto de hecho resuelto por el Tribunal Supremo en la Sentencia objeto de este comentario se ha repetido una y otra vez. Administrador de una sociedad de capital con funciones ejecutivas suscribe un contrato laboral de alta dirección en el que se pactan ciertas retribuciones o indemnizaciones para el caso de extinción anticipada del contrato por voluntad de la sociedad. Como en el caso que nos ocupa, y cuando el contrato es laboral de alta dirección, el periplo del administrador cesado comienza acudiendo a los juzgados de lo social, que se declaran incompetentes para conocer de la demanda mediante un razonamiento repetido en muchas ocasiones: dada la imposibilidad de distinguir las funciones realizadas en su condición de administrador y las desempeñadas como alto directivo, el carácter de la prestación de servicios, en atención a la naturaleza del vínculo y de la posición de la persona que las desarrolla en la organización de la sociedad, debe considerarse subsumido en la relación mercantil y, en consecuencia, remiten al administrador a que comience de nuevo su andadura ante la jurisdicción civil.

De acuerdo con lo anterior, el administrador cesado interpuso una demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil nº7 de Madrid que, estimando parcialmente la demanda, condenó a la sociedad al pago del blindaje contemplado en el contrato de alta dirección consistente, de una parte, en una indemnización por desistimiento del empresario y, de otra, en una indemnización en concepto de pacto de no competencia.

La sentencia fue recurrida en apelación por la sociedad. La resolución de este recurso correspondió a la Audiencia Provincial de Madrid que estimó parcialmente el recurso y condenó a la sociedad a indemnizar al administrador cesado exclusivamente con el importe correspondiente a la indemnización en concepto de no competencia.

Ante esta sentencia el administrador cesado interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid. Las actuaciones fueron elevadas al Tribunal Supremo que resolvió no admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y admitir el recurso de casación que se fundaba, de una parte, en que la sentencia de la Audiencia Provincial rechazaba que el administrador cesado tuviera derecho a la indemnización pactada por desistimiento del empresario, argumentando que el cese tuvo lugar por caducidad del nombramiento como consejero delegado por el transcurso del plazo y, de otra, que a juicio de la recurrente, junto a la relación orgánica coexiste un contrato de alta gerencia y dirección, que determina la validez de la cláusula indemnizatoria pactada por la extinción del contrato por desistimiento del empresario.

A juicio del Tribunal Supremo, el recurso planteado suscita tres cuestiones que deben analizarse: La primera es la interpretación que debe hacerse del art. 130 del TRLSA (en la actualidad el 217 de la LSC) que establece que la retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos sociales. En este sentido, el Tribunal Supremo confirma el razonamiento inicial de la jurisdicción laboral que desestimó las pretensiones del demandante argumentando que, en atención a los servicios prestados en su condición de miembro del consejo de administración y consejero delegado, su relación o vínculo con la sociedad no podía considerarse como laboral si no como mercantil y, por tanto, no existía justificación alguna a que su retribución fuera ajena al sistema de retribución de los administradores sociales que, como decimos, debe figurar en estatutos. En el supuesto que nos ocupa los estatutos sociales si preveían la retribución de los administradores, cuya cuantía debía fijar la junta general con carácter anual. Dicho de otra forma, en un primer análisis el Tribunal Supremo considera la pretensión del administrador cesado no tanto por la validez o eficacia de los pactos alcanzados en virtud del contrato laboral de alta dirección si no por el cumplimiento de los requisitos contenidos en la norma mercantil respecto de la retribución de los administradores. El matiz es importante, porque en otros supuestos muy similares a este, el Tribunal Supremo ha desestimado la pretensión del administrador a percibir las indemnizaciones contempladas en el contrato de alta dirección argumentando que la relación no era laboral si no mercantil y que, no estando prevista la retribución o indemnización en los estatutos, ésta debe considerarse como gratuita en atención a lo previsto en el art. 217 de la LSC (entre otras, STS de

30 de diciembre de 1992, de 21 de abril de 2005 y de 24 de octubre de 2006).

La segunda cuestión que aborda el Tribunal Supremo es la validez de las cláusulas de blindaje y su exigibilidad. En este caso, el alto tribunal interpreta que las indemnizaciones que se hubieren podido pactar deben considerarse subsumidas dentro del régimen general de retribuciones a que hace referencia el artículo 130 del TRLSA. Y ello en atención a la amplitud de la fórmula contenida en el artículo 200 TRLSA que establece la obligación de incluir en la memoria de las cuentas anuales "el importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por los miembros del consejo de administración, cualquiera que fuera su causa.". En definitiva, parece obvio que la norma lo que trata de proteger es el interés de los accionistas en no verse sorprendidos por cláusulas de indemnización pactadas por los propios consejeros con motivo de su cese.

En atención a lo anterior, y teniendo en consideración que los estatutos preveían el carácter retribuido del cargo de administrador y el consejo de administración en el que estaban representados todos los accionistas acordó una retribución para el consejero delegado que incluía una eventual indemnización para cuando cesara de prestar sus servicios a la sociedad por voluntad unilateral de la misma, no debe entenderse contrariada la exigencia contenida en el artículo 130 del TRLSA.

Por último, el Tribunal Supremo analiza el cumplimiento del presupuesto pactado para que surja el derecho a la indemnización. El Tribunal Supremo considera irrelevante que el cese hubiera venido formalmente determinado por el cumplimiento del plazo de duración del cargo, puesto que resulta probado que una de las contraprestaciones pactadas con el administrador fue precisamente que la vinculación con la sociedad tuviera el carácter de indefinido y, en este contexto, la falta de renovación del nombramiento supone la voluntad de la sociedad de concluir una relación que inicialmente se había pactado como indefinida.

### **Efectos derivados de la nulidad de acuerdos sociales en la vida futura de la sociedad (RDGRN de 30 de mayo de 2013). Elena Alcázar Cuartero.**

En el BOE de 28 de junio de 2013 se publicó la RDGRN, de 30 de mayo de 2013, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil XII de Madrid a inscribir determinadas escrituras de elevación a público de acuerdos sociales. Entre otros, los documentos que se habían presentado a inscripción fueron: (i) varias escrituras de elevación a público de acuerdos adoptados en 2011 por la junta general de una sociedad anónima, en virtud de los cuales se destituía a los administradores de la sociedad, se nombraba un administrador único, se modificaban todos los artículos de los estatutos sociales (con cambio de estructura del órgano de administración y traslado del domicilio social de Málaga a Madrid), se refundían en un nuevo texto, y se declaraba ejecutado el acuerdo adoptado por la junta de reducción y aumento simultáneos del capital social de la sociedad; así como (ii) una certificación expedida por el nuevo administrador único de la sociedad a los efectos de lo dispuesto en los apartados 5. y 7. del artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM).

En las escrituras se expresaba que los acuerdos adoptados en la referida junta general de 2011 tenían por objeto reconocer en la vida social de la sociedad los efectos de una Sentencia, de 5 de mayo de 2006, de la Audiencia Provincial de Málaga, confirmada por Auto de la Sala Civil del Tribunal Supremo, de 16 de junio de 2009, que declaraba la nulidad de todas las juntas generales de accionistas de la sociedad celebradas con posterioridad al 29 de mayo de 1989 y de todos los acuerdos sociales adoptados desde entonces. Además, esta sentencia establecía la obligación de cancelar las anotaciones registrales que se derivaban de los acuerdos sociales declarados nulos, devolviendo a la sociedad a la situación en la que se encontraba en 1989.

Ante tal situación, la junta general de la sociedad decidió adoptar una serie de acuerdos, que son los que se presentaron a inscripción y fueron calificados negativamente por el registrador mercantil XII de Madrid, que pretendían hacer frente a los efectos que la nulidad de todos esos acuerdos sociales desencadenaron sobre la sociedad. Así, por ejemplo, se decidió ejecutar una reducción y un aumento del capital social de la sociedad simultáneos para, en un primer momento, reducir el capital social a la cifra que tenía la sociedad en 1989 y, seguidamente, volverlo a aumentar hasta el importe actual, dando entrada de nuevo a todos los socios en la sociedad.

Esta Resolución hace especial hincapié en la eficacia de las sentencias de nulidad de los acuerdos sociales y en cómo esa nulidad puede crear situaciones caóticas en el tráfico mercantil. Se centra en la dificultad para trasladar el concepto de "nulidad de los negocios jurídicos" previsto en el Código Civil y sus consecuencias (carácter retroactivo, automático, originario, estructural, absoluto e insubsanable) a los acuerdos sociales; así como en la necesidad de tener en cuenta la doble vertiente que generan las sociedades en el tráfico jurídico: una obligatoria, que conlleva la creación de derechos y obligaciones

para las partes; y otra organizativa, en virtud de la que se pone en pie una organización unificada para el desarrollo de su objeto social, que da lugar a un sujeto con personalidad jurídica que opera en el tráfico.

La aplicación estricta de la nulidad de los acuerdos sociales, concretamente su retroactividad, puede tener consecuencias devastadoras sobre los derechos adquiridos por socios y terceros. Ello explica que hayan prosperado soluciones más ponderadas o conformes con el principio de estabilidad y conservación de la empresa y de los acuerdos sociales de gestión, como es el régimen de la nulidad de sociedades o la convalidación de la fusión o de la escisión inscritas.

La DGRN establece en esta Resolución que la eficacia retroactiva o ex tunc de la declaración de nulidad de los acuerdos sociales no debe producir de forma automática un regreso radical al estado de cosas anterior a los acuerdos anulados. Es decir, que no procede devolver a la sociedad a la situación en la que se encontraba en 1989, haciendo tabla rasa de lo actuado por su órgano soberano durante veinte años. Sí surge, en cambio, la obligación de adoptar los acuerdos y las medidas necesarias para regularizar la situación y adecuarla a lo previsto en el contenido de la sentencia, protegiendo siempre los derechos de socios y de terceros.

Estos argumentos llevan a la DGRN a revocar la calificación negativa otorgada por el registrador XII de Madrid, ya que éste, en aplicación de la sentencia de nulidad de la Audiencia Provincial de Málaga, había apreciado una serie de defectos que impedían la inscripción de los acuerdos adoptados.

Así, el primer motivo en el que se basó el registrador para denegar la inscripción de los documentos referidos era la consideración de que, al anularse y cancelarse las inscripciones relativas a los aumentos de capital que la sociedad había ejecutado desde 1989, el capital social quedaba reducido por debajo del mínimo legal y que, en aplicación de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley de Sociedades Anónimas, la sociedad se encontraría disuelta de pleno derecho y cancelados todos sus asientos registrales.

El registrador también considera que, al haber sido cancelados los asientos relativos a los aumentos de capital social posteriores a 1989, y al haber quedado reducido el capital inscrito a 18.030,36 euros, no podía inscribirse la pretendida operación de reducción y aumento de capital social simultáneos, por impedirlo el principio de tracto sucesivo recogido en el artículo 11 RRM.

Otro de los defectos invocados por el registrador en su calificación negativa es que la hoja registral de la sociedad se encontraría cerrada por falta de depósito de las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios de 2008 a 2010. Con respecto a las cuentas anuales de 2008 su depósito quedaría sin efecto por haberse declarado nula la junta que las aprobó. El depósito de las cuentas anuales de 2009 fue rechazado en el Registro Mercantil por no hallarse inscrita en el mismo la sociedad en cuestión, ya que uno de los acuerdos sociales declarados nulos por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga fue el del cambio del domicilio social de la sociedad de Málaga a Madrid, con el consiguiente traslado de su hoja social. Por lo que respecta a las cuentas anuales de 2010, como se ha comentado anteriormente, el nuevo administrador único de la sociedad expidió una certificación en la que se acreditaba que tales cuentas anuales no habían podido ser aprobadas todavía por no haberse podido celebrar la correspondiente junta general al efecto. No obstante, al no estar inscrita la sociedad en el Registro Mercantil de Madrid, y no haberse podido inscribir el nombramiento del nuevo administrador único, se denegó también la inscripción de esta certificación.

La DGRN opta por revocar la nota de calificación negativa, rebatiendo cada uno de los defectos descritos por el registrador, bajo el argumento de la necesidad de primar el principio de conservación frente a los efectos que genera la nulidad radical de los acuerdos sociales en el tráfico jurídico.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, el Auto y esta Resolución de la DGRN crean una situación, cuanto menos, sorprendente. La Sentencia ordena la nulidad de determinados acuerdos sociales y, como consecuencia de esa nulidad, se ordena también la cancelación de las inscripciones posteriores que se basen en los acuerdos anulados. Sin embargo, la Resolución permite que todas esas inscripciones que ya habían sido canceladas puedan ser tenidas en cuenta para practicar inscripciones posteriores (así, por ejemplo, la DGRN permite que se inscriba la operación acordeón de reducción y ampliación de capital social, a pesar de que la operación parte del capital social actual ampliado, no coincidiendo tal importe con el que consta inscrito en el Registro una vez canceladas las inscripciones registrales por orden de por la Audiencia Provincial de Málaga, que resultó ser el que tenía la sociedad en 1989. Se produce, por tanto, una reviviscencia de las inscripciones canceladas a los solos efectos de tratar de mitigar las consecuencias que la nulidad de los acuerdos sociales supondría para el funcionamiento futuro de la sociedad.

Esta Resolución trata de solucionar el grave problema que conllevaría devolver a la sociedad a la situación en la que se encontraba en 1989. No obstante, debe ser acogida con prudencia: resulta difícil imaginar a cualquier registrador atreviéndose a tomar como base de una inscripción unos asientos que

han sido previamente cancelados por una sentencia firme. Por lo menos, se pone de manifiesto el problema que conlleva la nulidad de determinados acuerdos sociales, así como la necesidad de regular ese vacío legal.

**Denegación de inscripción de una modificación estatutaria en virtud de la cual se establecía la retribución del cargo de administrador en función de las tareas que, a juicio de la Junta General, efectivamente estuvieran desempeñando los administradores (RDGRN de 21 de mayo, 24 de mayo y 18 de junio de 2013). Ignacio Cerrato.**

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en sus resoluciones de 21 de mayo, 24 de mayo y 18 de junio de 2013, acordó desestimar sendos recursos gubernativos interpuestos por los órganos de administración de las sociedades de responsabilidad limitada que, en sede de Junta General, habían acordado establecer que la remuneración del cargo de sus administradores se calculase, anualmente y a juicio de la propia Junta General, en función de las tareas que cada uno de los administradores realmente desempeñasen, contra las notas de calificación expedidas por la registradora mercantil por las que se denegaron las inscripciones de las mencionadas modificaciones estatutarias propuestas. En la medida en que las resoluciones objeto del presente comentario comparten la misma línea argumental, toda vez que resuelven sobre casos muy similares que fueron calificados de idéntica manera por la misma registradora mercantil, cabe advertir que su análisis se ha llevado a cabo de manera conjunta y global.

La registradora mercantil estimó que no era inscribible tal modificación estatutaria en la medida que la redacción propuesta – *“El cargo de administrador será retribuido siempre y cuando éste desarrolle funciones de gerente o de personal de alta dirección, estableciéndose dicha remuneración, por el conjunto de sus funciones, en un importe comprendido entre ... euros y ... euros. La remuneración de los administradores será fijada, para cada ejercicio, por acuerdo de la junta general, de conformidad con los presentes estatutos y el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital”* – no era clarividente sobre la gratuidad o retribución del cargo, de la misma manera que el carácter remunerado del cargo no podría depender del hecho de que los administradores ejerciesen o no otras funciones de administración distintas a las inherentes a las de su condición de administrador.

La registradora mercantil cuestiona la legalidad de la redacción estatutaria propuesta entendiendo que el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital exige una declaración incondicional en lo que a la gratuidad del cargo se refiere, en contra de la opinión de los recurrentes, quienes pretenden establecer un tratamiento desigual (ex artículo 124.3 del Reglamento del Registro Mercantil), diferenciando a aquellos administradores que lleven a cabo funciones como las de consejero delegado o miembro de la comisión ejecutiva, de aquellos que simplemente ejercen labores de administración de la sociedad, como “meros administradores”.

Es conocido por todos que la cláusula estatutaria concerniente a la retribución de los administradores en las sociedades de responsabilidad limitada debe contener (i) en primer lugar, una afirmación relativa a si el cargo es o no retribuido, y (ii) en segundo lugar, la determinación de un sistema de retribución cuya existencia no dependa del arbitrio de los acuerdos sociales que pudieran ser adoptados anualmente por la Junta General.

En la medida en que la redacción estatutaria propuesta conjuga los dos requisitos mencionados anteriormente, condicionando la gratuidad del cargo a la falta de desempeño de funciones distintas a las de “gerente o de personal de alta dirección”, es necesario analizar si la condicionalidad en la cuantía de la retribución puede confundirse con la condicionalidad en el hecho mismo de la propia retribución.

En este sentido, toda vez que la exigencia de que los estatutos determinen el carácter retribuido de los miembros del órgano de administración está fuera de toda duda – o, en su defecto, el cargo será gratuito –, se debe tener en cuenta que esta exigencia legal no limita la posibilidad de que algunos administradores estén retribuidos y otros no, ya que lo que se pretende limitar no es otra cosa que la arbitrariedad de la remuneración. Para los casos en los que la administración se caracteriza por la solidaridad o mancomunidad de sus miembros, no resulta muy lógico diferenciar las funciones, pero, de lo contrario, para las sociedades cuya administración está encomendada a órganos colegiados, la identificación de las diferentes funciones que pueden desempeñar cada uno de sus miembros es mucho más palpable y, por lo tanto, el diferente trato remuneratorio resulta evidente.

Concluida la posibilidad de regular el carácter retribuido del cargo de alguno/s administrador/es frente al resto, siempre que exista un factor de distinción, se debe analizar (tal y como señalan, acertadamente, las resoluciones de la Dirección General) si cabe condicionar la remuneración al trabajo y a las funciones que cada administrador desempeña para con la sociedad. El hecho de que un administrador remunerado no pueda recibir otra remuneración por llevar a cabo la tarea de gestión y

representación derivada de su cargo, es cosa distinta del hecho de que solo algunos administradores reciban remuneración, o una remuneración distinta a la de los anteriores, por el hecho de que realicen unas funciones especiales por razón de su cargo. Por lo tanto, es posible que el factor de diferenciación a la hora de remunerar a unos y a otros administradores radique en el desarrollo de unas funciones u otras.

Por último, habiendo quedado demostrada la habilitación legal que permite, vía norma estatutaria, el hecho de que existan remuneraciones diferentes en función de las labores encomendadas a cada uno de los administradores, queda por determinar el aspecto más conflictivo en lo que a la remuneración de los administradores se refiere: ¿es posible que sea la propia Junta General la que determine cuándo y en qué condiciones los administradores están efectivamente realizando las funciones que justifican su remuneración?.

La respuesta en este punto debe ser negativa. La regulación legal exige una postura clara en este aspecto, no permitiendo que quede al arbitrio de la propia Junta General la decisión de concluir si determinado cargo debe ser o no retribuido. El carácter gratuito o retribuido de un cargo debe estar claramente definido en el texto estatutario, como ya ha sido analizado, habilitando exclusivamente a la Junta General para valorar y cuantificar la remuneración a conceder a cada uno de los administradores, en función de las labores que lleven a cabo. La remuneración especial debe responder al desempeño de un cargo que lleve aparejado funciones singulares, y no a la realización de unas tareas que son, per se, iguales para todos los administradores de una sociedad por el mero hecho de su nombramiento (tal y como pretende la redacción estatutaria cuya inscripción resultó rechazada – "...*siempre y cuando éste desarrolle funciones de gerente o de personal de alta dirección*").

A la vista de lo anterior, y con objeto de evitar posibles arbitrariedades a la hora de decidir la cuantía de la remuneración a conceder a unos administradores o a otros, en función – en muchos casos – de criterios que exclusivamente responden al continuo conflicto entre socios de control (que suelen, en la mayoría de los casos, ocupar los cargos de administradores) y socios minoritarios, sería recomendable y deseable incluir en los estatutos sociales una regulación lo más precisa y completa posible, a imagen y semejanza de como ocurre en las sociedades cotizadas.

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos (el alemán, por ejemplo), las normas estatutarias de las sociedades españolas – con excepción de las sociedades cotizadas – no suelen recoger de manera acertada ni completa los términos y condiciones que rigen, en el mejor de los casos, las relaciones existentes entre la propia sociedad y sus administradores, siendo éste uno de los temas más convulsos y litigiosos en la práctica. En este sentido, las resoluciones objeto del presente comentario establecen de manera clara y concisa la postura mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado durante los últimos años, en sintonía con la postura adoptada por el Tribunal Supremo (24 de abril de 31 de octubre de 2007 y 19 de diciembre de 2012, entre otras).

En este sentido, con objeto de evitar posibles irregularidades y con el propósito de esclarecer la siempre opaca relación administrador-sociedad, la Dirección General da un paso adelante reafirmando la inexistencia del reconocimiento de un contrato de administración entre el administrador (delegado) y la sociedad. De ahí, que abogue por establecer unas normas (estatutarias) del juego en defecto del anhelado contrato de administración. La inexistencia de este contrato genera infinidad de incertidumbres e inseguridades jurídicas que, en la medida de lo posible, deben ser contrarrestadas exigiendo unos criterios de remuneración claros y, ante todo, establecidos con anterioridad al momento en que se tenga que decidir sobre la cifra en cuestión; tal y como sostiene Paz-Ares <sup>1</sup>.

En definitiva, a la espera de que la Propuesta de Código Mercantil llegue a buen puerto, en la medida en que reconoce en su artículo 231-97 la obligatoriedad de celebrar un contrato de administración en los supuestos en los que exista un administrador delegado, el hecho de que en sede estatutaria se establezcan claramente los criterios aplicables para la remuneración de los administradores, tal y como se detalla en las resoluciones de la Dirección General objeto del presente comentario, debería resultar, cuando menos, tranquilizante para los accionistas minoritarios y para aquellos sin representación en la administración de la sociedad.

### **La constancia de los acuerdos de la Junta General en el Acta Notarial como condición para su eficacia (RDGRN 28 de junio de 2013). Irene Miró.**

En su resolución de fecha 28 de junio de 2013, la DGRN resuelve el recurso interpuesto por una sociedad de responsabilidad limitada contra la calificación emitida por el Registrador Mercantil de Madrid, conforme a la cual denegó el depósito de las cuentas anuales de esta sociedad por haber observado un defecto subsanable consistente en que, existiendo una anotación preventiva, de fecha 29 de octubre de 2012, en el folio de esta sociedad de la que resultaba que se había requerido la presencia

de un Notario en la Junta de Socios en la que se aprobaron las cuentas anuales, era necesario presentar el acta notarial en la que constase el acuerdo de aprobación de la Cuentas Anuales ante el Registro Mercantil para obtener el depósito de dichas Cuentas Anuales en el Registro Mercantil.

Más concretamente, hallándose depositadas las cuentas anuales del ejercicio 2011, se presentaron, con fecha 25 de febrero de 2013, otras cuentas anuales relativas al ejercicio 2011, con el fin de subsanar las que ya se encontraban depositadas. El Registrador Mercantil de Madrid denegó el depósito de estas nuevas cuentas anuales con base en una serie de defectos subsanables, que no son objeto del presente comentario. Presentadas nuevamente las Cuentas Anuales de la sociedad, el día 25 de marzo de 2013, el Registrador Mercantil de Madrid denegó otra vez su depósito, con base, entre otros, en el siguiente defecto subsanable: *"A la vista de la anotación preventiva letra A recogida en el folio de esta sociedad, se requiere la presencia de notario en dicha junta"*.

A este respecto, el artículo 203.1 de la Ley de Sociedades de Capital establece que, en aquellos casos en que se haya requerido la presencia de notario para que levante acta de la junta por haberlo solicitado socios que representen el 1% del capital en las sociedades anónimas o el 5% en las sociedades de responsabilidad limitada, los acuerdos adoptados por la junta sólo serán eficaces, y, por tanto, inscribible en el Registro Mercantil, si se encuentran recogidos en el acta de notarial. Del mismo modo, será precisa su constancia en el acta notarial para la inscripción de tales acuerdos en el Registro Mercantil.

Los argumentos empleados por la sociedad frente al defecto apreciado por el Registrador Mercantil de Madrid se basaron en los siguientes preceptos del Reglamento del Registro Mercantil:

- Artículo 59.2 del Reglamento del Registro Mercantil, que dispone que "La calificación deberá ser global y unitaria. La nota de calificación habrá de incluir todos los defectos por los que proceda la denegación o suspensión del asiento".
- Artículo 104.3 del Reglamento del Registro Mercantil, según el cual "La anotación se cancelará por nota marginal cuando se acredite debidamente la intervención del notario en la junta o cuando hayan transcurrido tres meses desde su fecha".

Con respecto al primero de los preceptos alegados por la sociedad para fundamentar su recurso, la DGRN sostiene que, si bien, efectivamente, la calificación emitida por el Registrador Mercantil ha de ser global y unitaria, tal exigencia no puede prevalecer sobre el principio de legalidad. En consecuencia, resulta preciso poner de manifiesto los defectos que se observen aun cuando sea extemporáneamente, sin que ello sea una muestra de mala praxis cuando el defecto no se pone de manifiesto hasta el momento en que se presenta documentación complementaria para subsanar un defecto previamente apreciado por el Registrador, como según la DGRN, ocurre en este caso.

Por lo que se refiere a lo dispuesto en el artículo 104.3 del Reglamento del Registro Mercantil, tampoco serviría de base para ignorar la regulación sustantiva recogida en el artículo 203.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

En este sentido, la DGRN hacer notar que, tratándose de sociedades de responsabilidad limitada, resulta de aplicación el artículo 194 del Reglamento del Registro Mercantil, que prevé la práctica de una nota marginal (en lugar de una anotación preventivas) en aquellos casos en que se requiere que un notario levante acta de la junta de socios, sin contemplar su cancelación por el transcurso de plazo alguno. Por ello, en el presente caso, aun cuando se haya practicado la anotación preventiva y no la nota marginal que, conforme al artículo 194 del Reglamento del Registro Mercantil debería haberse practicado, no puede dejar de aplicarse la regulación sustantiva prevista en el artículo 203.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

En lo que hace a las sociedades anónimas, con la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital ha de entenderse que la eficacia de los acuerdos adoptados por la junta general puede quedar, en ocasiones, sometida a su constancia en el acta notarial de la junta, en los mismos términos previstos para las sociedades de responsabilidad limitada.

### **RDGRN de 21 de junio de 2013: Otorgamiento de la facultad de incurrir en autocontratación por el consejo de administración. Beatriz Durán**

Con fecha 29 de julio de 2013, se publicó en el BOE la RDGRN de 21 de junio de 2013, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una SRL en relación con, entre otras cuestiones, el otorgamiento de poderes generales de representación a favor de uno de sus consejeros, indicando que tal poder podrá ser ejercitado: *"aunque al hacerlo incida en la figura de autocontratación, exista*

*conflicto de intereses o múltiple representación."*

El Registrador deniega la inscripción en relación con el otorgamiento de poderes, en base a los siguientes argumentos: el consejo de administración de la Sociedad no puede, por sí mismo, salvar la autocontratación, conflicto de intereses y múltiple representación. El Registrador aduce, entre otros, al artículo 267 del Código de Comercio, 1.459 del Código Civil y doctrina, para concluir que la autocontratación, el conflicto de intereses y la múltiple representación únicamente pueden ser salvados por acuerdo expreso de la Junta General y, por lo tanto, no son facultades que puedan ser otorgadas por el Consejo de Administración.

En el recurso interpuesto por la notario autorizante de la escritura por la que se elevaba a público dicho acuerdo, se alegaba que, conforme a la teoría general de la representación, corresponde al consejo de administración, como órgano de gestión y representación de la Sociedad (que es el representado), salvar el autocontrato o conflicto de intereses. Asimismo, añade, esta salvación se puede realizar tanto con carácter previo, tal y como sucedía en el caso, como con posterioridad, mediante la correspondiente ratificación. En su argumentación, la notario indica que, conforme a la doctrina mayoritaria, un consejero puede suscribir un contrato en su propio nombre y en el de la sociedad respecto de la que ostenta dicho cargo, siendo este contrato válido cuando sea posteriormente ratificado por el consejo de administración. Siendo esto así, la notario arguye que la ratificación *a posteriori* también puede otorgarse con carácter previo a incurrir en un supuesto de autocontratación mediante el otorgamiento de la facultad de incurrir en autocontratación, conflicto de interés o múltiple representación. Esta doctrina se sustenta en el artículo 229 de la Ley de Sociedades de Capital, conforme a cuyo contenido, el administrador que fuera a incurrir en una situación de conflicto de interés deberá comunicarlo al órgano de administración (salvo que se tratase de un administrador único, en cuyo caso, dicha comunicación deberá remitirse a la Junta General).

Esta tesis es rechazada por la DGRN, que desestima el recurso presentado contra la calificación del Registrador practicada al respecto. En su argumentación, la DGRN reitera que el administrador único sólo puede salvar la autocontratación y el conflicto de interés de manera válida y eficaz si está autorizado para ello por la Junta General de la sociedad o cuando, por el negocio concreto de que se trate, quede manifiestamente excluido el conflicto de intereses. Lo que se pretende es evitar así que el administrador, con su sola actuación, pueda comprometer, entre otros, los intereses patrimoniales de la sociedad cuya representación ostenta. Por ello, la DGRN apunta que esta carencia de la facultad de autocontratar del órgano de administración si no es con autorización de la Junta General, determina la falta de poder de este órgano para delegar tal facultad en un tercero.

### **Puede un árbitro nombrar administradores y liquidadores de SA o SRL? (RDGRN de 25 de junio de 2013, Ponente D. Joaquín José Rodríguez Hernández). Rosa Cañas Lorenzo**

El registrador titular del Registro nº 3 de Valencia, con motivo de la calificación de la escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada, denegó la inscripción de la mención estatutaria relativa a la sumisión a mediación y/o arbitraje de los conflictos entre administradores. Como motivación de su nota de calificación, invocó las dificultades que plantea la aplicación de las instituciones de la mediación y del arbitraje para resolver controversias entre administradores de sociedades de capital, partiendo de la premisa de que estos no actúan en su propio interés, sino en el de los socios. En este sentido el registrador indicó que la sumisión a mediación y/o arbitraje de los conflictos entre administradores supondría una injerencia en la competencia exclusiva de la Junta General de Socios para nombrar al órgano de administración, estipulada en el art. 214 LSC y una infracción del deber de secreto contemplado en el art. 232 LSC.

Contra dicha calificación, el notario autorizante de la escritura de constitución interpuso un recurso alegando que las instituciones de la mediación y el arbitraje gozan en los últimos tiempos de gran predicamento, una vez superado el momento en que estas instituciones fueron consideradas una interferencia en la actividad jurisdiccional. Asimismo, el notario recurrente hizo referencia a la Exposición de Motivos de la Ley 11/2011 de 20 de mayo de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (la "Ley de Arbitraje"), que destaca el papel que han desempeñado estas instituciones para modernizar la justicia, aligerarla de cargas, disminuyendo costes y tiempo de resolución de conflictos, y al art. 11 de la precitada Ley de Arbitraje que contempla, expresamente, la posibilidad de someter a arbitraje los conflictos que se planteen en el seno de las sociedades mercantiles.

En relación con la infracción del art. 214 LSC, el notario recurrente, muy acertadamente, señaló que la competencia exclusiva de la Junta General de Socios para el nombramiento de administradores no ha de extenderse al nombramiento de árbitros o mediadores. En cuanto a la infracción del art. 232 LSC, el notario apuntó que el deber de secreto viene garantizado por las obligaciones impuestas por la Ley de

Arbitraje.

En lo referente a la institución de la mediación, el notario recurrente argumentó que los criterios aplicados en relación con el arbitraje aún son aplicables con más ímpetu a esta figura, ya que a través de ella no se produce injerencia alguna en los asuntos sociales, sino que son las partes las que llegan a un acuerdo guiadas por el mediador.

Una vez elevado el expediente a la DGRN, éste organismo dictaminó que era válida la inscripción de un artículo estatuario que regulase la resolución de conflictos entre administradores mediante instituciones alternativas como la mediación o el arbitraje, siempre y cuando la actuación de dichas instituciones solo operase para la resolución de conflictos de naturaleza litigiosa.

Superadas otras interpretaciones más conservadoras, la DGRN ha entendido que no puede rechazarse la inscripción de una cláusula genérica de sumisión a arbitraje, ya que la decisión de si el conflicto puede o no ser solventado por esa vía se remite a un momento posterior en función de su naturaleza litigiosa. Deberá ser el árbitro, al igual que el juez debe rechazar su intervención cuando considera que carece de jurisdicción, quien aprecie si la controversia sometida a su conocimiento puede ser o no objeto de arbitraje.

En síntesis, la DGRN ha considerado que la inclusión de una genérica cláusula de arbitraje es válida, sin perjuicio de que el ámbito concreto de la arbitrabilidad venga determinado tanto por la materia como por el específico convenio de sumisión. A su vez, en relación con la mediación, la DGRN ha destacado que, sin perjuicio de que dicha institución no sustituya la voluntad de las partes en conflicto -las cuales pueden poner fin al proceso de mediación en cualquier momento-, el mediador debe apreciar si la controversia puede ser sometida a su actuación.

Con motivo de esta resolución de la DGRN, se ha reabierto el debate doctrinal acerca de la posibilidad del nombramiento de administradores y liquidadores en el seno de las sociedades mercantiles por mediadores y/o árbitros designados al efecto.

La aplicación de dichas instituciones a ambas figuras se debe considerar de forma separada. Pues si bien es cierto que resulta pacífica la interpretación de la naturaleza litigiosa del nombramiento de liquidadores cuando no se alcanza acuerdo por parte de la Junta General -ya que la LSC remite a los órganos jurisdiccionales el conocimiento de dicho conflicto-, dicha interpretación no cabe en relación con el nombramiento de los administradores.

Sin perjuicio de que la alternativa de nombramiento de administradores mediante las instituciones de la mediación y arbitraje es ampliamente respaldada por el derecho comparado en supuestos de bloqueo de la sociedad y que, a su vez, supone una manifestación de la autonomía de la voluntad de los socios, a día de hoy dicha solución no puede considerarse una alternativa en los supuestos de bloqueo, ante los cuales nuestro ordenamiento prevé otras soluciones, tal vez más drásticas, como la disolución de la sociedad (art. 363.1.d LSC).

### **Transacción vinculada de duración indefinida (SAP Murcia – 6 de junio de 2013). Eduardo Apilánez.**

Un accionista titular de acciones representativas del treinta por ciento del capital social de una sociedad anónima (la "Sociedad") y administrador mancomunado de aquella (el "Accionista Impugnante") impugnó el acuerdo social, por virtud del cual la Junta General de accionistas de la Sociedad decidió no desistir de un contrato de suministro (el "Contrato") suscrito con otras dos sociedades que estarían supuestamente controladas por el socio mayoritario de la Sociedad.

De la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 6 de junio de 2013 (la "SAP de 6 de junio de 2013") se desprendería que el Contrato fue celebrado con el consentimiento del Accionista Impugnante y que fue acordado por una duración indefinida.

Básicamente, el Contrato suponía que la Sociedad se obligaba a suministrar en exclusiva a las dos sociedades controladas por el accionista mayoritario el cincuenta por ciento del material que extrajera de sus canteras -se entiende que básicamente esa era su producción- y, por tanto, constituía una operación vinculada.

El Accionista Impugnante sostenía que el acuerdo de no desistir del Contrato era contrario a los estatutos sociales y lesionaba, en beneficio del accionista mayoritario, los intereses de la propia Sociedad.

En cambio, tanto la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil como la SAP de 6 de junio de 2013 desestimaron la demanda del Accionista Impugnante, sobre la base de que (i) dicho accionista había participado activamente en la adopción de los acuerdos que después consideró nulos y perjudiciales para la Sociedad; y (ii) el Contrato resultaba rentable y beneficioso para la Sociedad.

Al tratarse de un contrato de duración indefinida, lo que quizás cabría cuestionar es si mantener el Contrato en vigor, de hecho, resultaría o no contrario al interés social. A este respecto, la Audiencia Provincial de Murcia estimó que el Contrato no vulneraba la legalidad vigente, ni los Estatutos, ni los intereses de la Sociedad.

---

### 3. DERECHO DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

#### TEMAS ACTUALES

##### A) Mercados Financieros

###### Comentario sobre el MARF. Fernando Revuelta

**El pasado 7 de octubre, el Ministro de Economía y Competitividad inauguró de forma oficial el Mercado Alternativo de Renta Fija, ya comúnmente conocido como MARF.**

A grandes rasgos, el MARF es un mercado alternativo no oficial que tiene la forma jurídica de sistema multilateral de negociación. Este nuevo mercado ha sido creado con el objetivo de ser una alternativa real para que PYMES (que tengan la forma jurídica de sociedad anónima) sanas y solventes que están encontrando problemas para obtener recursos, puedan obtener financiación (no bancaria) a través de la emisiones de títulos de renta fija (bonos/pagares).

Respecto a sus características, al no está configurado como un mercado regulado oficial, el MARF tiene unos requisitos de acceso más flexibles y permiten una mayor agilidad en la tramitación de las emisiones. Sin embargo, también cuenta con una serie de medidas tendentes a asegurar la confianza de los inversores (cada emisión deberá contar con un asesore registrado y un informe de solvencia).

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

Alerta Bancario y Financiero: MARF

###### Modificaciones en la regulación del capital de los bancos. Fernando García

##### Introducción

Recientemente se han producido dos modificaciones importantes en la regulación del capital de los bancos:

- i. La recomendación de la Autoridad Bancaria Europea (EBA) sobre la preservación del capital durante la transición a la Directiva y Reglamento sobre requerimientos de capital (EBA/REC/2013/03).
- ii. La modificación de la Circular 3/2008 del Banco de España, sobre determinación y control de recursos propios mínimos, con la emisión de la Circular 4/2013 del Banco de España. Seguidamente nos referimos a cada una de éstas.

##### EBA/REC/2013/03

En diciembre de 2011, EBA emitió una recomendación de capital (EBA/REC/2011/01), dirigida a aumentar la cantidad y calidad del capital del sector bancario de la UE, mediante la creación de un colchón temporal de CET 1 que las principales entidades de crédito europeas debían satisfacer a fecha de 30 de junio de 2012. En España afecta a Santander, BBVA, Caixa y Popular. Este colchón debía mantenerse por las entidades hasta que la recomendación fuese derogada o modificada por EBA. Con la entrada en vigor de la nueva Directiva y Reglamento de capital prevista para 1 de enero de 2014, cabe la posibilidad de que éstas últimas establezcan unos requerimientos de capital en términos nominales inferiores a los establecidos en la recomendación de EBA. Por este motivo, el 22 de julio de 2013, EBA emitió una nueva recomendación que sustituye a la emitida en el año 2011. La nueva recomendación se denomina: "Recommendation on the preservation of core Tier 1 during transition to de Capital Requirements Directive/ Capital Requirements Regulation framework" (EBA/REC/2013/03).

Esta última establece la necesidad de que las entidades de crédito sujetas a la recomendación de 2011, mantengan sus niveles de capital CET 1 en términos nominales al nivel de 30 de junio de 2012, preparando unos planes de capital durante el periodo transitorio hasta la aplicación plena de la Directiva y Reglamento de capital. Con esta recomendación se pretende evitar que se reduzcan los niveles de capital del sistema bancario de la UE.

## **Circular 4/2013 del Banco de España**

Esta circular adapta la definición de PYME recogida en la Circular 3/2008 del Banco de España, al concepto de PYME recogido en la Recomendación 2003/361/CE/ de la Comisión Europea.

La nueva definición supone que un mayor número de empresas se clasificarán como PYME, lo que implica aumentar el número de exposiciones de las entidades de crédito que podrán clasificarse en la categoría regulatoria de exposiciones frente a minoristas, lo que favorecerá el cálculo de exposiciones ponderadas por riesgo.

Con esta medida se pretende que aumente el crédito concedido a las empresas, ya que frente a la situación previa a esta circular, las entidades podrán conceder créditos a empresas más grandes, con un menor consumo de capital, al existir un tratamiento más favorable en el cálculo de las exposiciones ponderadas por riesgo.

## **Circular 3/2013, de 29 de julio, del Banco de España, sobre declaración de operaciones y saldos en valores negociables. Ana Gimeno**

Entrará en vigor el 1 de enero de 2014 y deroga la Circular del Banco de España 2/2001, de 18 de julio, sobre declaración de operaciones y saldos de activos y pasivos exteriores en valores negociables.

### **Obligación de Informar**

Quedan sometidos a esta circular:

- i. Las entidades de crédito y las sucursales en España de entidades de crédito inscritas en los registros oficiales del Banco de España que actúen como depositarias o liquidadoras en los mercados regulados de valores negociables, y el Banco de España.
- ii. Las entidades financieras residentes inscritas en los registros oficiales de la CNMV que actúen como entidades depositarias o liquidadoras en los mercados regulados de valores negociables.
- iii. Las entidades financieras inscritas en los registros oficiales de la CNMV que actúen como sociedades gestoras de fondos de inversión, por lo que se refiere a las participaciones en fondos de inversión españoles.

### **Periodicidad y contenido de la información**

La información sobre valores negociables que se deberá remitir, valor a valor (desglosada por clase de valor, y por valor individual, identificado mediante su código ISIN), con periodicidad mensual, **dentro de los diez días hábiles siguientes al fin de cada mes**, será la que se indica a continuación:

Las entidades mencionadas en los apartados 1 y 2 de la norma anterior comunicarán:

- Las operaciones realizadas y los saldos mantenidos por cuenta de sus clientes, incluidos los correspondientes a los fondos de inversión. Cuando se trate de valores negociables emitidos por residentes, mantenidos por cuenta de clientes residentes, únicamente informarán de los saldos. Las entidades residentes comercializadoras en España de fondos de inversión extranjeros, inscritas como tales en los registros oficiales de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, comunicarán la información (operaciones y saldos) de las participaciones de los inversores.
- El total de las operaciones y los saldos de las cuentas de valores de la entidad (propias y de terceros), correspondientes a valores emitidos por residentes que se encuentren depositados en cuentas de la propia entidad abiertas en entidades depositarias no residentes, en depositarias centrales no residentes o en sistemas de compensación y liquidación internacionales.

Las sociedades gestoras de los fondos de inversión españoles informarán de las operaciones que se realicen con participaciones en dichos fondos (excepto de las que correspondan a las entidades citadas en la norma primera) y de sus saldos. No obstante, dicha información podrá ser proporcionada por las correspondientes entidades depositarias, si así fuese acordado entre estas y las gestoras. A tal efecto, las sociedades gestoras deberán facilitar a las depositarias la información que estas pudieran precisar. Para poder utilizar este procedimiento, ambos tipos de entidades deberán comunicarlo previamente al Departamento de Estadística del Banco de España.

### **Envío de la información**

La información se remitirá al Departamento de Estadística por medios telemáticos, de conformidad con los formatos, condiciones y requisitos que se establezcan en las «aplicaciones técnicas» de esta circular.

Una versión actualizada de dichas especificaciones se mantendrá en el sitio web del Banco de España, de libre acceso en internet.

### **Disposición transitoria**

- Las entidades mencionadas en los apartados 1 y 2 de la norma primera comunicarán la información que se incluye en los tres incisos siguientes desde la entrada en vigor de la presente circular hasta la correspondiente al 31 de diciembre de 2014:
- Las operaciones realizadas y los saldos mantenidos por cuenta propia. En el caso de valores negociables emitidos por residentes, únicamente comunicarán las correspondientes a adquisiciones/cesiones temporales y préstamos de valores recibidos/concedidos cuando dichas operaciones tengan como contrapartida a no residentes en España.
- Las operaciones realizadas y los saldos de valores emitidos por no residentes, mantenidos por cuenta de otras entidades de las mencionadas en la norma primera, que remitan directamente al Banco de España la información sobre sus propias operaciones y saldos.
- El total de las operaciones y los saldos de las cuentas de valores de la entidad (propias y de terceros), correspondientes a valores emitidos por no residentes.

### **Propuesta de modificación de la Circular 4/2004, del Banco de España, sobre normas de información financiera pública y reservada. Fernando García**

#### **Objetivo de la modificación**

El Banco de España ha hecho público el 6 de septiembre una propuesta de modificación de su Circular 4/2004. La modificación pretende principalmente que la circular señalada sea consistente con las Normas Internacionales de Información Financiera, aprobadas por los Reglamentos de la Comisión Europea 475/2012, 1254/2012 y 1255/2012.

El Reglamento 475/2012 adoptó en la Unión Europea, las modificaciones de la Norma Internacional de Contabilidad Nº 19 (en lo relativo a los compromisos de pensiones) y Nº1 (en lo relativo a la presentación del Estado de Ingresos Y Gastos Reconocidos).

El Reglamento 1254/2012 adoptó en la Unión Europea, las siguientes Normas Internacionales de Información Financiera:

- a) IFRS 10, establece la consolidación de entidades dependientes, sustituyendo a la NIC 27 y SIC 12.
- b) IFRS 11, establece la consolidación de los acuerdos conjuntos, sustituyendo a la NIC 31 y SIC 13.
- c) IFRS 12, establece la información a presentar en la memoria relacionada con entidades dependientes, asociadas y acuerdos conjuntos.

El Reglamento 1255/2012 adoptó en la Unión Europea, la Norma Internacional de Información Financiera Nº 13, relativa a la medición del valor razonable.

#### **Aspectos afectados por la modificación**

Los principales aspectos son:

- i. Definición de control. Se modifica la definición de control a los efectos de su aplicación en la elaboración de los estados financieros consolidados. La propuesta elimina los posibles conflictos en la aplicación del concepto del control, cuando la entidad no dispone de la mayoría de los derechos de voto o existen relaciones de agencia.
- ii. Técnicas de consolidación de estados financieros. Se elimina el método de integración proporcional que resultaba aplicable a las entidades multigrupo <sup>2</sup>. La propuesta propone consolidar estas últimas, con carácter general, por el método de la participación. No obstante, para los acuerdos conjuntos calificados como operaciones conjuntas <sup>3</sup>, se mantiene un método equivalente al de integración proporcional. Por el contrario, la Circular 3/2008 permite que el método de integración proporcional continúe utilizándose a efectos de solvencia.
- iii. Estado de Ingresos y Gastos Reconocidos. Se distinguen dentro de este estado, las partidas que potencialmente pasarán por la cuenta de resultados.
- iv. Reflejo de los compromisos por pensiones y prejubilaciones. Se elimina la posibilidad de diferir en el tiempo las pérdidas y ganancias actuariales en los compromisos de pensiones.
- v. Valor razonable. Se precisa la definición

vi. Memoria. Se modifica la información a incluir relativa al valor razonable, compensaciones de activos, así como de activos dados de baja del balance.

### **Comentarios**

La principal modificación se produce en la nueva definición de control. La propuesta señala que se entenderá que una entidad controla a otra cuando se cumplan los tres requisitos siguientes:

- i. Dispone del poder para dirigir sus actividades relevantes.
- ii. Tiene capacidad para usar aquel poder para afectar la rentabilidad de la entidad controlada.
- iii. Está expuesta, o tiene derecho, a los resultados variables por su involucración con la entidad controlada.

Esta nueva definición obligará a las entidades de crédito a analizar si deben recoger en sus estados consolidados, entidades que hasta ahora no consolidaban por no disponer de la mayoría de los derechos de voto, con el impacto que ello origina.

## **B) MERCADO DE VALORES**

**La CNMV publica criterios que recomienda sean observados por los emisores de valores y los intermediarios financieros que actúen por cuenta de los emisores de valores en su operativa discrecional de autocartera. Pablo Ruiz de Assín.**

Con el propósito de contribuir a la correcta formación de precios a la vez que fomentar la transparencia de los mercados y la protección al inversor, la CNMV ha publicado una serie de criterios que recomienda sean observados por los emisores de valores y los intermediarios financieros que actúan por cuenta de los emisores de valores en su operativa discrecional de autocartera.

A continuación se enumeran de manera resumida dichos criterios:

### **I. Criterios relativos a la forma de llevar a cabo la operativa discrecional de autocartera:**

- a. Volumen: la suma del volumen diario contratado no debería superar con carácter general el 15% del promedio diario de contratación de compras en las 30 sesiones anteriores al mercado de órdenes del mercado secundario oficial en el que estén admitidas a negociación las acciones.
- b. Precio: las órdenes de compra no se deberían formular a un precio superior al mayor entre el de la última transacción realizada en el mercado por sujetos independientes y el más alto contenido en una orden de compra del carné de órdenes. Por el contrario, las órdenes de venta no se deberían formular a un precio inferior al menor entre el de la última transacción realizada en el mercado por sujetos independientes y el más bajo contenido en una orden del carné de órdenes. Además, los precios de compra o venta no debieran generar tendencia en el precio del valor.
- c. Tiempo: El emisor o el intermediario que actúa por cuenta del emisor no debería introducir órdenes de compra o venta durante los períodos de subasta de apertura o cierre, salvo que:
  - la operativa realizada en estos períodos se realice de forma excepcional, por causa justificada, extremando la cautela al objeto de evitar que su actuación influya de manera decisiva en la evolución del precio de la subasta.
  - las acciones emitidas por el emisor se contraten bajo la modalidad de fixing.
- d. El emisor o el intermediario que actúa por cuenta del emisor no debería operar con acciones propias durante el intervalo de tiempo que medie entre la fecha en que el emisor decida retrasar bajo su propia responsabilidad la publicación y difusión de información relevante y la fecha en la que esta información es publicada.
- e. En los casos en los que se encuentre suspendida la negociación de las acciones, el emisor o el intermediario que actúa por cuenta del emisor no debería introducir órdenes durante el período de subasta previo al levantamiento de la suspensión hasta que se hayan cruzado operaciones en el valor. En caso de órdenes no ejecutadas, éstas deberían ser retiradas.
- f. El emisor o el intermediario que actúa por cuenta del emisor no debería operar con acciones propias durante el plazo de los 15 días naturales anteriores a la publicación de la información financiera regulada en el Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre.

Organización interna y control de la actividad:

- a. El emisor debería procurar que la gestión de la autocartera sea estanca con respecto al resto de las actividades de la compañía. Asimismo, debería nombrar un responsable de la gestión de la autocartera y comunicarlo a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.
- b. El responsable de la gestión de la autocartera en el emisor debería informar mensualmente al Comité de Auditoría de la negociación llevada a cabo con acciones propias.

## **II. Criterios relativos a la información de la operativa discrecional de autocartera a suministrar al supervisor y al mercado.**

Se recomienda a los emisores que informen a la CNMV de la empresa de servicios de inversión o entidad de crédito que actúe por cuenta del emisor en la operativa discrecional de autocartera, y que remitan los contratos suscritos con el intermediario financiero a los efectos de gestión de la autocartera.

Asimismo, cuando los emisores hayan realizado la correspondiente comunicación de información relevante a la CNMV sobre la compra de otra sociedad o sobre su fusión con otra sociedad y esta operación se vaya a instrumentar total o parcialmente mediante la adquisición de acciones propias, se recomienda a los emisores la observancia de las siguientes pautas de información:

- a. El objetivo de las compras, el número de acciones propias a adquirir y el plazo durante el cual se lleven a cabo dichas compras.
  - b. El emisor debería hacer público, mediante la correspondiente comunicación de información relevante a la CNMV, los detalles de las operaciones realizadas sobre autocartera a más tardar al final de la séptima sesión diaria del mercado siguiente al día de la ejecución de las operaciones.
  - c. En el supuesto de que la compra o la fusión con otra sociedad que justifique la adquisición de acciones propias no se lleve a cabo finalmente, el emisor debería hacer pública esta circunstancia, mediante la correspondiente comunicación de información relevante a la CNMV e informar del destino de las acciones propias adquiridas.
- En aquellos casos en los que los emisores vayan a adquirir acciones propias para su utilización como contraprestación en la compra de otra sociedad o para su entrega en canje en el marco de un proceso de fusión y no hubiesen realizado la correspondiente comunicación de información relevante, se recomienda, no obstante, que la información relacionada en los puntos (i), (ii) y (iii) anteriores sea comunicada a la CNMV.

### **La CNMV exige incrementar la información en determinados fondos de inversión. Fernando Revuelta.**

Como consecuencia de la situación económica actual, numerosos fondos de inversión están realizando modificaciones importantes en sus respectivas políticas de inversión con el fin de seguir siendo competitivos. Sin embargo, y a pesar de que todas estas modificaciones se están realizando conforme a la normativa aplicable, la CNMV cree que los inversores no están siendo adecuadamente informados y que no están siendo plenamente conscientes de las consecuencias que determinados cambios acarrearán.

Por ello, el 12 de julio, la CNMV publicó una nota de prensa exigiendo a determinados fondos de inversión el cumplimiento de una serie de medidas adicionales destinadas a favorecer la protección de sus partícipes. Concretamente, la CNMV exige obligaciones adicionales de información a los fondos de inversión que acometan cualquiera de las siguientes dos modificaciones:

- fondos de inversión garantizados que están transformándose en otros no garantizados; y
- fondos de inversión que están modificando sus políticas de inversión con un objetivo concreto de rentabilidad (ya sea garantizado, o no).

Las obligaciones adicionales de información que dichos fondos de inversión deberán llevar a cabo son:

- Incluir en el folleto y en el documento con los datos fundamentales para el inversor (DFI) una advertencia de la condición de no garantizado del fondo, en el caso de que lo fuera.
  - Incluir en el folleto y en el DFI que el objetivo de rentabilidad no está garantizado, en el caso de que no estuviera.
  - Incluir en la notificación a los partícipes de los fondos garantizados que al extinguirse la garantía se establecerá una nueva política de inversión no garantizada, si tal es el caso.
- Estas medidas están dirigidas fundamentalmente a que tanto el actual como el potencial partícipe de un fondo sea plenamente consciente de sus características y de las modificaciones que se lleven a cabo y sus consecuencias.

Adicionalmente, todos aquellos fondos preexistentes que vayan a modificar su política de inversión para reflejar un objetivo concreto de rentabilidad (garantizado o no), deberán enviar a sus partícipes tanto la notificación como el nuevo DFI inscrito en la CNMV.

Por último, las entidades gestoras de fondos con objetivo concreto de rentabilidad (garantizado o no garantizado) y que admitan suscripciones y/o reembolsos tras la finalización del periodo de comercialización deberán:

- adoptar medidas tendentes a evitar posibles conflictos de interés entre los partícipes que suscriban o reembolsen, frente a los que permanezcan en el fondo; y
- garantizar que los inversores, que suscriban el fondo una vez finalizado el periodo de comercialización, tengan una información adecuada sobre la rentabilidad esperada de su inversión.

Todas estas medidas están enmarcadas dentro de la política de supervisión preventiva que la CNMV está desarrollando con el objetivo de seguir reforzando la transparencia en la comercialización de este tipo de productos y adelantarse a los futuros posibles problemas que puedan surgir a los inversores.

## **JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES**

### **Conclusiones del abogado general a las cuestiones prejudiciales planteadas en el marco de la nulidad de la suscripción de acciones con motivo de una emisión como consecuencia de errores en el folleto informativo de emisión. Lucía Rodríguez Pérez.**

El Tribunal de lo Mercantil de Viena, en el marco de un procedimiento de resolución de compraventa de acciones instado por un inversor particular que alega la falta de complitud y la inexactitud de la información contenida en el folleto informativo de emisión, interpone una serie de cuestiones prejudiciales al considerar que la normativa nacional aplicable al caso podía resultar contraria a la normativa europea aplicable en esta materia, tanto en materia de mercado de valores como de la normativa societaria sobre autocartera.

El origen del litigio y de las cuestiones prejudiciales se encuentra en la suscripción de acciones de una sociedad anónima por un inversor particular en el mercado alternativo bursátil con ocasión de una emisión. El inversor solicita la resolución de la compraventa, es decir, la devolución del precio de adquisición de las acciones más los intereses, a cambio de la devolución de las acciones a la sociedad. Dicha petición se realiza con base en el fundamento de que el folleto informativo sobre el que el accionista basó su decisión de adquirir las acciones en calidad de suscriptor era engañoso, incompleto e inexacto por destinarse los ingresos obtenidos con motivo de la emisión de valores a un fin no previsto en el folleto informativo de emisión. Esta conducta aumentaba el riesgo de la inversión y no se había advertido en el referido folleto.

Por su parte, la sociedad emisora invoca que el remedio solicitado, esto es, el reembolso del precio de adquisición de las acciones es contrario al derecho europeo, al contravenir dicho remedio la prohibición de restitución de las aportaciones a los socios mientras perdure la sociedad, así como la prohibición de suscripción por parte de una sociedad de acciones propias.

Con base en lo anterior, el Tribunal de lo Mercantil de Viena plantea una serie de cuestiones prejudiciales para la resolución del procedimiento. En primer lugar, se cuestiona si resulta compatible con la normativa comunitaria (i) la declaración de responsabilidad de la sociedad anónima como emisora de la inversión y (ii) el reembolso al inversor del precio de adquisición de las acciones y la devolución por parte de esta a la sociedad de las acciones adquiridas, incluso en aquellos casos que implican el uso del capital social de la propia sociedad o su insolvencia para realizar tal reembolso.

El abogado general da respuesta a estas cuestiones negando cualquier oposición de esas medidas con la normativa europea ya que (i) el remedio solicitado por el inversor hace responsable a la sociedad emisora de la elaboración, publicación y contenido de la información que figura en el folleto de emisión, por lo que con ello se da cumplimiento a lo establecido en las correspondientes directivas; (ii) la petición del inversor, esto es, el reembolso del precio de las acciones a cambio de la devolución de estas a la sociedad, en caso de ser estimada por el órgano competente, entraría dentro del margen de discrecionalidad otorgado por las directivas a los Estados miembros a la hora de establecer las medidas a adoptar en el supuesto de incumplimiento de una sociedad de sus obligaciones de transparencia en el marco de una emisión de acciones; (iii) el reembolso del precio de adquisición de las acciones no está dentro de los supuestos prohibidos por la Segunda Directiva de distribución de dividendos, tal como alega la sociedad en cuestión, ya que este se realiza en concepto de indemnización al inversor y no en calidad de distribución de dividendos; y (iv) la adquisición por parte de la sociedad de las acciones, en su caso, no contravendría ninguna disposición comunitaria, sino que se encontraría dentro de las excepciones previstas en las directivas, al tratarse de una obligación legal impuesta a la sociedad como

consecuencia de la resolución dictada, en su caso, por el órgano competente.

Por último, el Tribunal de lo Mercantil de Viena plantea dos últimas cuestiones prejudiciales en materia de plazos, en concreto, si la declaración de nulidad retroactiva de la adquisición de acciones es compatible con las directivas o si, por el contrario, la responsabilidad de la sociedad se limita al valor que tuvieran las acciones en el momento de la reclamación interpuesta por el accionista. A dichas cuestiones responde el abogado general negando cualquier oposición con la normativa europea, puesto que la determinación por parte de cada Estado del remedio aplicable y, por consiguiente, de si la anulación produce efectos *ex nunc* o *ex tunc* entra dentro del margen de discrecionalidad otorgado a los Estados en virtud de las directivas.

De las conclusiones presentadas por el abogado general a las cuestiones prejudiciales remitidas por el Tribunal de lo Mercantil de Viena, surge una importante cuestión a tener en cuenta, y es la consecuencia que se derivaría de someter la responsabilidad de la sociedad al régimen del error obstativo en el negocio de la suscripción de las acciones, es decir, ¿cuál es el orden de preferencia en el cobro de los créditos de los acreedores en caso de que, , como consecuencia de la declaración de la nulidad de la operación por error en el folleto informativo de emisión y la consiguiente obligación de la sociedad emisora de reembolsar a los accionistas el precio de adquisición de las acciones, la sociedad incurriese en una causa de insolvencia sobrevenida? ¿Se estarían privilegiando los créditos de los inversores que acudieron a la suscripción y que sufrieron el error frente a los del resto de acreedores de la sociedad emisora?

**Nulidad de cláusulas suelo en préstamos hipotecarios (SAP Madrid de 26 de julio de 2013, ponente D. Enrique García García). Marta González Araña.**

Poco después de la publicación de la polémica STS de 9 de mayo de 2013, una sentencia de la AP de Madrid de 26 de julio de 2013 (SAP) ha resuelto un recurso de apelación sobre una sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 8 de septiembre de 2008 en relación con una acción colectiva de cesación sobre una pluralidad de cláusulas incluidas en contratos de préstamos hipotecarios, de cuenta corriente, de tarjetas de crédito y de servicios de banca electrónica, entre otros, de dos entidades financieras. Nos detendremos aquí a resumir la doctrina que, en aplicación de jurisprudencia o legislación reciente, establece la AP respecto de algunas de dichas cláusulas.

La SAP hace un análisis preliminar sobre consideraciones generales que afectan a aspectos conceptuales en materia de condiciones generales de la contratación. Dicho análisis se centra en la consideración de las cláusulas impugnadas como condición general de la contratación (en especial, de las cláusulas suelo). Para determinar tal cuestión, la AP aplica los criterios señalados en la STS indicando que *"no puede equipararse a negociación el simple hecho de que se tenga posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario"* y añade que *"la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido"*.

A continuación, en relación con las cláusulas suelo, la AP realiza su análisis partiendo de la premisa de que el hecho de que dichas cláusulas formen parte del objeto principal del contrato (como elemento determinante del precio) no obsta a su consideración como condición general de contratación, ni tampoco lo hace el cumplimiento con la normativa sectorial sobre préstamos hipotecarios. En su argumentación, la AP cita la doctrina de la STS al indicar *"que, como regla general, no cabe realizar un control de abusividad sobre lo que constituye el objeto principal del contrato"*, pero haciendo la siguiente precisión: *"lo que sí cabe es someter a las condiciones generales a ello referidas un doble control de transparencia"*. Este doble control estaría constituido por: (i) el filtro de incorporación o de consideración de las mismas como incluidas en el contrato y, (ii) el filtro de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta (comprensibilidad real de la importancia de la cláusula en el desarrollo del contrato).

Las premisas del primer filtro de incorporación se entenderían satisfechas siempre que se diera cumplimiento con las previsiones de la normativa sectorial (Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994), pero respecto del segundo filtro reitera, a modo de criterios reveladores de la falta de transparencia los señalados por la STS.

En este aspecto, la AP hace una apreciación, en línea con las críticas que desde su publicación se han hecho a la STS, acerca de la idoneidad de los análisis abstractos en el segundo filtro de transparencia. Según la AP, los criterios reveladores de la falta de transparencia funcionan como indicadores que habrían de *"analizarse caso por caso, junto con todas las peculiaridades de carácter informativo que hubieran podido rodear cada caso concreto"*, por lo que dicho filtro de transparencia se realizaría de forma más adecuada en vía de acción individual.

Sin embargo, dado que la configuración real de las cláusulas suelo suponen que *“se estaba encubriendo que el préstamo concedido a interés variable, que era lo pretendido por el consumidor, devenía en la práctica, de manera encubierta, en un préstamo a interés fijo”*, la AP se considera facultada para, en aplicación de la doctrina del TS, someter dichas cláusulas a un examen de transparencia.

Los criterios reveladores de la falta de transparencia que utiliza la AP para determinar la nulidad de las cláusulas suelo impugnadas son los siguientes:

- Fijación de un suelo elevado, lo que puede convertir en teórica la posibilidad de variación a la baja del tipo de interés;
- Inclusión de la cláusula suelo entre una abrumadora cantidad de datos que la enmascara y que contribuyen a diluir la atención del consumidor sobre la citada cláusula;
- Falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, tratamiento impropio secundario de la cláusula que no permite al consumidor percibir su verdadera relevancia;
- Redacción densa en lo que se refiere a las alusiones al límite mínimo de referencia; y
- Creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación la fijación de un techo. Otra de las cláusulas impugnadas es la relativa a la fijación de intereses de demora de un 19% en préstamos hipotecarios. Resulta relevante como, entre otros criterios, con el fin de evaluar la concurrencia de desproporcionalidad establecida por la normativa en materia de protección de consumidores, la AP acude a la regulación de los intereses moratorios en normas como la Ley 16/2011 de crédito al Consumo, la Ley 3/2004 de lucha contra la morosidad en las operaciones mercantiles, la Ley 50/1980 del Contrato de Seguro, el artículo 1108 CC y, por último, los intereses procesales señalados en el artículo 576 LEC.

Partiendo de lo anterior, indica la AP que todas las normas citadas tratan el problema de cómo penalizar proporcionadamente a la contraparte por su incumplimiento y añade que *“precisamente el caso de las operaciones a las que se refiere la cláusula aquí impugnada, que son préstamos hipotecarios, no debería merecer un tratamiento en esta materia más gravoso que el de esos otros supuestos a los que nos hemos referido, pues precisamente el acreedor goza en ellas de garantías más fuertes (...) que en otras relaciones contractuales, (...) por lo que no se justificaría que los intereses moratorios fuesen más altos que en otras operaciones que no gozasen de tal privilegio”*.

Hace también referencia a la reciente reforma introducida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (Ley 1/2013), que modifica el artículo 114 de la Ley Hipotecaria para establecer como límite al interés moratorio el de tres veces el interés legal del dinero.

No se olvida la AP de que esta es una norma posterior al inicio del litigio, pero indica que no deja de resultar reveladora de la contención que debe predicarse en una materia *“donde las entidades bancarias han venido incurriendo en manifiestos excesos”*. Todo lo anterior lleva a la AP a concluir que el tipo de interés de demora fijado en un 19% es una cláusula nula.

De forma adicional, y aun conscientes de que la entrada en vigor de la Ley 1/2013 es posterior a la interposición de la demanda de la que trae causa la sentencia, la AP utiliza las reformas introducidas por dicha ley como argumento adicional al examen de proporcionalidad y reciprocidad para resolver sobre la abusividad de otras cláusulas impugnadas. Por ejemplo, respecto de la cláusula que establece como causa de vencimiento anticipado la *“falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses”*, la AP considera que la previsión del recientemente modificado artículo 693.1 LEC, que establece que es necesario el impago durante tres plazos mensuales o de un número de cuotas que equivalga a ello para poder declarar el vencimiento anticipado de deudas a plazos, es un indicador claro de que la redacción anterior de dicho artículo merecía ser revisada.

---

## 4. DERECHO CONCURSAL

### **Préstamos de los socios sustitutivos del capital y su tratamiento en el concurso (STS de 10 de julio de 2013). Fco. Javier Arias Varona.**

El tratamiento de los préstamos realizados a la sociedad por los propios socios ha resultado siempre problemático en aquellos casos en los que, llegada la insuficiencia patrimonial de la sociedad, lo socios concurren con el resto de los acreedores para cobrarse con los activos de la sociedad. Se trata, como es conocido, de uno de los múltiples escenarios (quizás el más evidente) de la infracapitalización, en

cuyo contexto se solía siempre enmarcar. Aunque los ordenamientos difieren en el tratamiento del fenómeno, lo cierto es que, con unas herramientas u otras, se trata de operaciones sujetas a un análisis riguroso. La opción del legislador español ha sido la indiferencia con relación al contexto en el que se produce cualquier operación crediticia entre los socios y la sociedad, siempre que se supere un determinado porcentaje de participación societaria. De este modo, se elimina la necesidad de un análisis en términos del carácter sustitutivo del capital, en beneficio de una aplicación menos problemática de la norma. Sobre esta base, el juego conjunto de los arts. 92 y 93 LC supone la subordinación de los créditos de los socios con participación significativa (5% ó 10%, según los casos) frente a la sociedad y el art. 71 LC somete a la reintegración los pagos realizados en esos casos en los dos años anteriores a la declaración de concurso. La sentencia comentada se ocupa, precisamente, de uno de estos últimos supuestos, es decir de la reintegración de un pago, por tratarse de un acto dispositivo a título oneroso a favor de una persona especialmente relacionada con el concursado (a la sazón, el socio mayoritario de la sociedad concursada).

El Tribunal Supremo se ocupa de distintos aspectos, de los que destacaremos aquí solo los más relevantes. En primer lugar, declara expresamente que un pago de esa naturaleza debe encuadrarse dentro de los actos a título oneroso, lo que permitirá, en su caso, destruir la presunción de perjuicio en que se apoya el art. 71 LC. En segundo lugar, se ocupa de recordar que, dentro este tipo de actos, los realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor se presumen perjudiciales para la masa activa, debiendo el sujeto afectado probar lo contrario. Así, bastará con la prueba del supuesto de hecho de la presunción para que, a falta de demostrar la ausencia de perjuicio, deba declararse procedente la reintegración de la masa.

Quizás el contenido más relevante de la sentencia es el relativo al análisis de la existencia de perjuicio. La parte afectada sostuvo la ausencia de perjuicio porque con la salida del montante correspondiente al pago (disminución de la masa activa) se produjo la cancelación de la deuda correspondiente (disminución de la masa pasiva), de modo que el resultado neto era cero. El Tribunal Supremo sigue en este punto una noción amplia de perjuicio, en la línea de una gran parte de la doctrina, que incluye no solo la disminución de la masa activa, sino la alteración de la posición que correspondería al acreedor en caso de concurso. Es en este punto donde el Tribunal Supremo, quizás de manera innecesaria, trae a colación la construcción clásica de los préstamos sustitutivos del capital y la condición de insiders de los socios con participación relevante, que les permite obtener un trato preferente frente a otros acreedores. Una conexión, por otra parte, que es frecuentemente advertida por la doctrina que se ha ocupado del análisis de los arts. 92 y 93 LC. Los argumentos empleados por el Tribunal Supremo pretenden, de este modo, apuntalar la validez del empleo de una noción amplia de perjuicio en el contexto de la reintegración concursal ex art. 71 LC.

Es también muy relevante el análisis que se hace en el Fundamento de Derecho Sexto del carácter ordinario o no del acto sometido a enjuiciamiento (el pago de la deuda correspondiente con el socio). Como es sabido, este tipo de actos no están sujetos al sistema más riguroso del art. 71 LC. El Tribunal Supremo parte del recordatorio de que es difícil dar criterios seguros para identificar ese tipo de actos, pues siempre se trata de algo casuístico. Sin embargo, en el supuesto analizado se muestra terminante: "el reembolso de [...] cantidades al socio mayoritario y administrador único [...] no puede considerarse como un acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizado en condiciones normales a efectos de hacerlo inatacable en el sistema de las acciones de reintegración del concurso". Nuevamente, parte del apoyo del argumento regresa al concepto de los préstamos sustitutivos del capital.

El contenido de la sentencia comentada no deja al lector plenamente satisfecho. Como en tantas ocasiones sucede, el empleo del concepto de los préstamos sustitutivos del capital se hace con una cierta ligereza, tratándose de una cuestión que debería abordarse con mayor cuidado. La lectura de la sentencia induce a pensar que cualquier operación crediticia entre la sociedad y un socio con participación significativa será un préstamo de ese tipo. Sin embargo, como se ha afirmado en otros ordenamientos con acierto, esa catalogación solo sería posible cuando un ordenado empresario hubiera aportado capital, cosa que no siempre sucede cuando el socio concede un préstamo a la sociedad. En todo caso, hemos de reconocer que el debate es en gran medida estéril, en tanto que la solución radicalmente adoptada por el legislador español (no atender a la situación de fondo) elimina la necesidad de un análisis cuidadoso de este tipo de operaciones.

**La inatacabilidad de los créditos con privilegio especial en los planes de liquidación (STS de 23 de julio de 2013, Ponente Ignacio Sancho Gargallo). Elisa Martín.**

## Introducción

La cuestión central de la sentencia aquí estudiada reside en que un plan de liquidación no puede dañar los derechos del acreedor hipotecario en el concurso.

### Antecedentes de hecho

En el concurso de acreedores de una entidad mercantil, se aprueba un plan de liquidación que establece la enajenación conjunta de la empresa titularidad de la concursada, entendiéndose incluido en ella un inmueble sobre el cual existen tres derechos reales de hipoteca a favor de otras tantas entidades bancarias. Dentro del plan de liquidación, se estipulaba el pago íntegro de los créditos reconocidos desde la adjudicación en ciento dos mensualidades, a contar desde la extinción de la hipoteca.

Ante esta disposición del plan de liquidación, la sociedad adquirente de la concursada pide a través de una demanda de incidente concursal la cancelación de las hipotecas antes referenciadas, a lo que la concursada se muestra conforme, oponiéndose sin embargo las entidades bancarias. La referida demanda incidental es desestimada en primera instancia, siendo después recurrida en apelación, que revoca la resolución de primera instancia y estima la demanda incidental. Frente a esto, dos de las entidades bancarias acreedoras interponen recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación. En los primeros, ambas entidades sostienen que la sentencia dictada en apelación es irracional e ilógica, además de carente de la motivación necesaria. Estos recursos son desestimados para las dos entidades bancarias. Por otra parte, en sus respectivos recursos de casación, éstas alegan la infracción del artículo 155 de la Ley Concursal, referido al pago de los créditos con privilegio especial. Éste, recordamos, ha de realizarse con cargo a los bienes y derechos afectos a la garantía real de que se trate, de forma y manera que permita la venta del bien con subrogación del adquirente en la deuda garantizada con la hipoteca. Por lo tanto, no se puede impedir la subsistencia de la carga. En este punto sí son estimados ambos recursos de casación, sobre lo cual inmediatamente se hará un análisis.

### Conclusiones relevantes

Al resolver sobre los recursos de casación interpuestos, el TS procede a valorar el impacto real y el margen de maniobra que un plan de liquidación puede llegar a tener en la conclusión de un concurso en el que se plantea la enajenación conjunta de la empresa titularidad de la concursada. Así pues, en su contraposición con las normas relativas a los créditos con privilegio especial, el Alto Tribunal llega a las siguientes conclusiones:

- i. En el caso de venta de unidad productiva de la empresa titularidad de la concursada como estipulación del plan de liquidación, la subrogación del adquirente de la misma tiene lugar con subsistencia de gravamen en cuanto a los créditos de privilegio especial.
- ii. El plan de liquidación puede prever una forma especial de enajenación de los activos del deudor, pero sin obviar los derechos del acreedor hipotecario.
- iii. El plan podría haber previsto el levantamiento de la carga si mediante la venta del bien gravado se hubiera abonado, hasta donde hubiese sido posible, el crédito garantizado, sabiendo que lo que no hubiera podido abonarse quedaría integrado en la masa pasiva con la clasificación correspondiente.

Teniendo en cuenta dichas conclusiones, el TS determina que no procede cancelar la hipoteca, pues ello supondría ir contra los derechos inherentes a la titularidad de créditos con privilegio especial. Es por ello que decide desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia dictada en primera instancia.

De esta sentencia del TS se puede extraer, por tanto, como especialmente relevante, el hecho de que esclarece la cuestión del límite de la autonomía de la voluntad en un plan de liquidación. Se revela entonces como ineludible la normativa referida al pago de créditos con privilegio especial, no teniendo cabida frente a la misma ningún tipo de estipulación que resulte perjudicial para los acreedores titulares de este tipo de créditos.

---

## 5. TEMAS DE ACTUALIDAD

### El proyecto de ley de garantía de la unidad de mercado. Clara Lombao.

#### Introducción

El pasado 5 de julio, el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto Ley de Garantía de la Unidad de Mercado (en adelante, "el Proyecto de Ley") que, de aprobarse en los términos actuales, va a permitir a las empresas operar en todo el territorio español con una licencia única.

El Proyecto de Ley ha sido aprobado tras agotarse el periodo de audiencia pública que se abrió una vez que el Consejo de Ministros diera luz verde al Anteproyecto de Ley de garantía de Unidad de Mercado (en adelante, "el Anteproyecto") el pasado mes de enero. El texto legal se encuentra en estos momentos en sede parlamentaria para su tramitación por la vía de urgencia.

## Fase de audiencia pública

Durante el trámite de audiencia pública se recibieron un total de 37 observaciones y 15 informes preceptivos. Entre otros, se recabaron informes de la hoy extinta Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, "CNC"), el Consejo Económico y Social o el Consejo de Estado.

Mientras que el Consejo de Estado daba su respaldo a la constitucionalidad del texto, asegurando que el mismo preserva las competencias autonómicas<sup>4</sup>, el Consejo Económico y Social alertaba sobre las dificultades de aplicarla puesto que *"puede dar lugar a una gran litigiosidad porque afecta a un buen número de competencias autonómicas y locales"*.

Aun así, el propio dictamen del Consejo de Estado concluía aconsejando una mejor definición del papel que va a adoptar la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia (en adelante "CNMC") y recomendando la modificación del artículo que regula las autorizaciones que pueden exigir las Comunidades Autónomas.

Por su parte, la CNC valoró positivamente el Anteproyecto de Ley, sin dejar de poner de manifiesto la falta de claridad de determinados aspectos de la norma así como la considerable complejidad del marco instaurado para velar administrativamente por la unidad de mercado. El Informe destacó la necesidad de que el papel jugado por la nueva CNMC no contaminara en ningún caso la independencia que ha de regir su actuación. En base a estas observaciones, la CNC llegó a realizar propuestas concretas de modificación al articulado que constaba en el Anteproyecto.

## El Proyecto de ley

A pesar de las recomendaciones y propuestas de determinados organismos, las modificaciones en el texto han sido mínimas.

Así, el Proyecto (en relación con el texto que constaba en el Anteproyecto) se limita a incidir en su exposición de motivos en el encaje constitucional que tiene la norma y la inexistencia de una voluntad de uniformar los ordenamientos jurídicos, entendemos que de cara a salvar las reticencias ya mostradas por determinadas Comunidades Autónomas.

Por otro lado, se regula de manera más específica la instrumentación del principio de necesidad y proporcionalidad, al limitar los supuestos en los que las Administraciones Públicas pueden someter a autorización el ejercicio de actividades económicas. Asimismo, se insiste en la prohibición de la exigencia de requisitos basados directa o indirectamente en el lugar de residencia del operador.

Además, el Proyecto detalla en mayor medida el procedimiento que va a seguir la reclamación que pueden plantear los operadores económicos a través de la Secretaría del Consejo para la Unidad del Mercado.

Finalmente, se añade un artículo que recoge unos mecanismos adicionales, más sencillos a los ya establecidos, para la eliminación de obstáculos o barreras detectados por los operadores económicos, los consumidores y los usuarios.

En definitiva, en línea con lo ya anunciado cuando se aprobó el Anteproyecto, el Proyecto de Ley se configura con la intención de crear un entorno mucho más favorable para la competencia y la inversión a través de:

- la creación de un 'principio de licencia única', por el que cualquier producto o servicio producido conforme a cualquier normativa autonómica puede ser ofertado en todo el país sin necesidad de ningún trámite adicional.
- el establecimiento de una serie de mecanismos de cooperación administrativa para el intercambio de información necesario entre las autoridades de origen y de destino. Concretamente, con la creación del Consejo para la Unidad de Mercado como órgano de cooperación administrativa y la participación de las Conferencias Sectoriales.
- el desarrollo de unos mecanismos de solución de conflictos, a través del sistema de ventanilla única ante la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado. Además, se introduce la participación de la CNMC como órgano competente para recibir denuncias de los particulares contra un acto o sanción administrativa que implique un obstáculo a la libre circulación de bienes o servicios y con legitimidad para recurrir en vía contencioso-administrativa cualquier acto que vulnere la unidad de mercado.

## Una tramitación parlamentaria complicada

Como ya se ha señalado, el Proyecto de Ley ha provocado el rechazo de determinadas Comunidades Autónomas que ven amenazada parte de las competencias que les confiere la Constitución. Más concretamente, la Ley ya nace con el rechazo de Cataluña, Andalucía, Canarias y País Vasco que consideran que invade competencias autonómicas y que puede suponer una relajación de los requisitos para la fabricación de productos o la prestación de servicios, con el consiguiente perjuicio para los consumidores. Es más, la Generalitat ha asegurado que intentará por todos los medios evitar que la normativa entre en vigor, mientras que el Gobierno canario ha señalado que ya está estudiando presentar un recurso de inconstitucionalidad.

En definitiva, la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley se avecina complicada y no exenta de importantes debates. De hecho, el Pleno del Congreso de los Diputados ya ha rechazado (por 143 votos a favor y 173 en contra) las enmiendas a la totalidad de devolución al Proyecto de Ley de garantía de la unidad de mercado presentadas por el Grupo Parlamentario Mixto, el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural, el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) y el Grupo Parlamentario Socialista.

## **Comentario al Proyecto de Reforma del Código Penal. Los programas de prevención de riesgos penales como exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y su falta de adopción como nuevo delito que afecta a los administradores sociales. Alfredo Liñán.**

### **I. Introducción**

El proyecto de reforma del Código Penal aprobado el pasado día 20 de septiembre por el Consejo de Ministros incluye modificaciones que afectan de manera esencial a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, así como a los administradores y representantes legales de estas.

Por un lado, esta reforma viene a consolidar la opinión de una gran parte de la doctrina penalista, que defendía que si la persona jurídica conseguía demostrar que había ejercido el debido control que le era exigible, y que a pesar de ello se cometía un delito en el seno de la empresa, ello debería ser considerado como una causa de exención de la responsabilidad de la persona jurídica, pues si su responsabilidad surgía por un defecto de supervisión u organización, la misma se eliminaría si se lograba probar que no existía defecto alguno.

Eso sí, para que la exigente de responsabilidad sea aplicable según el nuevo texto, se deberá haber adoptado y ejecutado con eficacia, con anterioridad a la comisión del delito, *modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control* para prevenir delitos de la misma naturaleza de los que se han cometido. Para ello, el Código Penal determina las características mínimas que deberán tener los Programas de Cumplimiento o *Compliance* para que pueda ser aplicada la exención de responsabilidad.

Por otro lado, el proyecto de reforma incluye un tipo delictivo de omisión pura, totalmente novedoso en el ordenamiento jurídico español, y que castiga con hasta un año de prisión al administrador o representante legal que no hubiese adoptado las medidas de vigilancia y control exigibles para evitar la comisión de conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se diera inicio a la ejecución de las conductas ilícitas.

Así, nos encontramos con que si bien el proyecto incorpora la posibilidad de que la persona jurídica quede eximida de responsabilidad adopta las medidas adecuadas y eficaces de supervisión y control, establece una sanción penal a aquel administrador que no las haya implantado y se dé comienzo a la comisión de un delito en el seno de su empresa.

### **II. El debido control y los elementos que ha de contener programa de prevención de riesgos penales.**

La actual redacción del artículo 31.1 bis del Código Penal exige al administrador de la persona jurídica ejercer *el debido control* sobre las personas que presten servicios para esta, y se encuentren sometidos a la autoridad de los administradores o representantes legales de las personas jurídicas.

Esa referencia al debido control ha sido interpretado por la doctrina como el mandato del legislador a los empresarios para que adopten medidas de *Compliance* en su empresa para intentar evitar que en el seno de la misma, y en su provecho, se cometan actividades delictivas.

Al analizar la finalidad y objeto de la incorporación de la responsabilidad de la persona jurídica en el

Código Penal, se podría llegar a la conclusión de que el debido control podría concretarse en *la labor supervisora que tiene encomendada la persona jurídica – sus representantes, se entiende – para que, a través de sus herramientas, políticas, procedimientos, guías y manuales, controle que en su quehacer diario se respeta la legalidad y la normativa que le es aplicable.*

Ello se ha venido traduciendo en la adopción, por parte de las empresas, de sistemas organizados de supervisión y control sobre la legalidad de los actos que, en ejercicio de sus actividades, ejercen tanto sus administradores como sus empleados. Para la implantación de estos programas de *Compliance* se han tomado como referencia los sistemas utilizados en otras jurisdicciones que tradicionalmente tenían establecida la responsabilidad penal o administrativa de las personas jurídicas.

En el Proyecto de Reforma del Código Penal se incorporan los requisitos que deben cumplir los modelos de organización y gestión de prevención de riesgos penales para que su implantación pueda servir como eximente de responsabilidad de la persona jurídica. Así, el artículo 31.5 bis del Proyecto de Reforma del Código Penal establece los siguientes requisitos que ha de contemplar el modelo:

1. *Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.*
2. *Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos.*
3. *Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que debe ser prevenidos.*
4. *Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.*
5. *Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.*

De este modo, el prelegislador nos aporta en el Proyecto de Reforma del Código Penal la estructura y elementos que debe tener el programa de prevención de riesgos penales para poder adaptar el que se tiene, o implantarlo en otro caso. Este sistema de prevención se deberá adecuar a la naturaleza y tamaño de la propia organización, pues en función de la actividad que desarrolle le afectarán distintos riesgos penales. No obstante, el sistema de prevención requerirá, según el proyecto de reforma, y en todo caso:

- a) *Una verificación periódica del mismo y de su eventual modificación, cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios; y*
- b) *De un sistema disciplinario que sancione adecuadamente las infracciones o medidas de control y organización establecidas en el modelo de prevención.*

Con ello, lo que se persigue es que los programas de *Compliance* no se conviertan en meros manuales “de paja” que no lleven aparejada una exigencia por parte del empresario de su cumplimiento, llevando a cabo una verificación periódica de su cumplimiento, y un sistema disciplinario – que deberá ser de corte laboral – que imponga sanciones al empleado que no cumpla con las obligaciones contempladas en el programa de prevención de delitos.

### **III. La exención de responsabilidad penal por la adopción de un plan de prevención de riesgos penales**

El Proyecto de Reforma del Código Penal establece expresamente la eximente de responsabilidad penal de la persona jurídica, al afirmar en sus artículos 31.2 bis y 31.4 bis que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si ha cumplido una serie de condiciones en la adopción de los sistemas de prevención y control.

El artículo 31.1.bis del Proyecto de Reforma del Código Penal establece dos clases de sujetos activos que si cometiesen el delito, respondería penalmente la persona jurídica.

Los primeros serían los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las personas jurídicas, y en su beneficio directo o indirecto, por los representantes legales, o por aquellos que actuando individualmente como integrantes de un órgano de la persona jurídica están autorizados para tomar decisiones en nombre de la misma u ostenten facultades de organización y control dentro de la misma.

Los segundos, serían los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales, y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes estando sometidos a la autoridad de los representantes legales o las o personas con facultades de organización y control de las personas jurídicas (es decir, por lo empleados o por agentes vinculados sometidos a la autoridad de una empresa), hayan podido realizar los hechos por haberse incumplido por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control.

En estos casos <sup>5</sup>, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal si se cumplen las siguientes condiciones:

1ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza.

2ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiando a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control.

3ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención, y;

4ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones, de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la letra b).

Si se cumpliesen estas condiciones, a pesar de que se hubiese cometido un delito en el seno de la persona jurídica, y en su beneficio, por las personas arriba indicadas, está no tendría responsabilidad penal. No obstante, y a pesar de celebrar este aspecto de la reforma, procede advertir que en función de cómo se interprete por el juez o tribunal qué puede ser un ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, se podrá aplicar la exención de responsabilidad de manera efectiva, o quedará como un requisito insalvable.

Ello podría suceder si se cayera en el maniqueísmo – y existe ese riesgo actual – de considerar que como se ha cometido un delito en el ámbito empresarial ha sido insuficiente la labor de supervisión y control, sin examinar la situación concreta de cada caso e investigar si han fallado los procedimientos de control implantado, o si el delincuente los ha sorteado al descubrir sus debilidades. Si ello sucediese – que sería tanto como afirmar la responsabilidad del Estado por cada delito que se comete al no haber ejercido de manera efectiva su labor de control y prevención – quedaría desdibujada la finalidad que, según mi criterio, debe perseguir este tipo de reformas: animar a las empresas a mejorar sus sistema de control interno y supervisión.

Y esta preocupación surge al comprobar que expresamente contempla el Proyecto de Reforma que si las anteriores circunstancias sólo pueden ser objeto de acreditación parcial, estas circunstancias serán valoradas a efectos de atenuar la penal. Ello, que resulta lógico y adecuado a una política criminal que premia al empresario diligente, aunque haya fallado algún elemento de su modelo de prevención y control, no puede ser interpretado para aplicar con carácter general la atenuante y no la eximente, partiendo del criterio interpretativo de si se ha cometido un delito, es porque algo ha fallado.

Resulta acertado que el Proyecto de reforma relaje las condiciones expuestas para las empresas de pequeñas dimensiones <sup>6</sup>, estableciendo que en estas las labores de supervisión y control no tiene por qué ser asumido por un órgano autónomo de iniciativa y control, sino que podrá ejercerlo directamente el órgano de administración, pues sería absurdo exigir a una PYME o a una empresa con tres personas que estableciese un órgano independiente de control.

#### **IV. El delito de omisión de vigilancia y control de infracción de deberes**

Si bien es cierto que el Proyecto de Reforma del Código Penal premia al empresario diligente que haya adoptado las medidas de prevención de riesgos penales con una eximente de responsabilidad, en caso de que demuestre haber cumplido los requisitos contemplados en el artículo 31 bis C.P., no lo es menos que para el empresario que no lo haga, reserva un castigo penal en forma de un nuevo delito de omisión que, en mi opinión, vulnera todos los principios básicos que el legislador ha de respetar para incorporar una nueva figura delictiva.

El artículo 286 seis del Proyecto del Código Penal establece que,

*1. Será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso, el representante legal o administrador de hecho o derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que*

*carezca de personalidad jurídica, que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resulten exigibles para evitar infracciones de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida.*

*Dentro de estas medidas de vigilancia y control se incluye la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia del personal de inspección y control y, en general, las expresadas en los artículos 2 y 3 del artículo 31 bis.*

*2. Si el delito hubiera sido cometido por imprudencia se impondrá la multa de tres a seis meses.*

De este modo, se incorpora un nuevo delito de omisión pura que sólo podría ser cometido por los representantes legales o administradores de hecho o derecho de cualquier tipo de persona jurídica, e incluso de aquellos que representen o dirijan las entidades sin personalidad jurídica. Esto ya de por sí resulta contradictorio con el artículo 31. bis del Código Penal, que establece únicamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con independencia de que el artículo 129 del Código Penal establezca como consecuencias accesorias de la pena alguna de las penas contempladas para las personas jurídicas, que podrá imponer motivadamente el Juez o tribunal.

La conducta que castigará este delito se fundamenta en la omisión de los administradores o representantes legales de haber adoptado las *medidas de vigilancia o control que resulten exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito*. Ante ello, la primera pregunta que surge es ¿cuáles son las medidas exigibles de vigilancia y control a adoptar? El segundo párrafo de dicho artículo se remite en general a las medidas que deberá contener un programa de *Compliance* (reguladas en artículo 31 bis. 2 y 3), de lo que puede inferirse que las medidas de vigilancia y control se habrán de traducir en un sistema estructurado de *Compliance* cuya finalidad sea la prevención de riesgos penales que pudieran afectar a la empresa. Por lo tanto, lo que de facto se introduce es la obligación de adoptar programas "efectivos" de *Compliance* los empresarios.

Sin embargo, se ha de tener en cuenta que la mera omisión no provocaría la responsabilidad penal del empresario que careciese de dichos mecanismos de prevención y control por sí mismo. El tipo penal exige un elemento más, y es que *se dé inicio* (en el ámbito del ejercicio de las actividades sociales, se debería entender) *de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada si se hubiera empleado la diligencia debida*.

Se ha de llamar la atención que el tipo penal no exige, para la consumación del delito de omisión, que se cometa un ilícito penal, *sino que se dé inicio*, aunque no se llegue a consumir el mismo, por lo que con la mera tentativa de un delito <sup>7</sup>, por algún empleado o administrador de la empresa (se entiende, aunque no estaría de más que se concretase en la descripción del tipo penal) sería suficiente para que se consumase el delito de omisión de los administradores.

Pero existe un último aspecto que ha de plantearse, por afectar directamente a las medidas de vigilancia y control establecidas. Los planes de Prevención de Riesgos Penales que la empresas han implantado, o van a implantar, se centrarán únicamente en prevenir los riesgos penales que afecten a su sector y que provoquen la responsabilidad penal de la persona jurídica. Se ha de recordar que no todos los delitos acarrear dicha responsabilidad, sino los que expresamente estén contemplados en el Código Penal. Por lo tanto, y poniendo otro ejemplo, una entidad financiera estructurará un plan de *Compliance* que prevenga y controle riesgos penales que pudieran afectar a su actividad y provocasen su responsabilidad penal como los delitos de estafa, blanqueo de capitales, corrupción, cohecho, contra la Hacienda Pública, bursátiles, etc.

Sin embargo, el artículo 286 seis del Proyecto no limita los delitos a los que se pueda dar ejecución a los que provoquen responsabilidad de la persona jurídica, sino que los amplía a todo el Código Penal, por lo que si un empleado de un banco amenaza a un cliente y no existen medidas de prevención del delito de amenazas porque este no provoca la responsabilidad penal de la persona jurídica, el administrador de la entidad – tal y como se encuentra redactado el tipo penal en la actualidad – también respondería penalmente pues el sistema de vigilancia y control no había incluido medidas para prevenir estas conductas peligrosas. Ello provocará, o que las medidas de *Compliance* se amplíen a todas las conductas de riesgo tipificadas en el Código Penal – algo que resulta objetivamente imposible – o asumir el riesgo de que los planes de *Compliance* siempre puedan ser considerados insuficientes e ineficaces.

Por ello, resulta esencial, si se quiere dotar de contenido este artículo y no dejarlo en el terreno del Derecho Penal simbólico, que limiten las conductas peligrosas que se han de vigilar a aquellas que provoquen la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Por último, se ha de tener en cuenta que este tipo de delito de omisión se podría cometer también de manera imprudente por el representante legal o el administrador, aunque resulte ciertamente remoto que se pueda apreciar imprudencia en un delito de omisión puro que afecta a personas obligadas por un deber de diligencia en el desempeño de sus funciones.

## V. Conclusión

Si finalmente llega a entrar en vigor el Proyecto de Reforma del Código Penal, la adopción de un sistema de *Compliance* que cumpla los requisitos establecidos en el Código Penal puede ser considerado como una eximente de responsabilidad penal de la empresa. Esta modificación resulta adecuada, no sólo por dotar de seguridad jurídica a los programas de *Compliance* que de facto ya se están implantando en nuestra realidad empresarial, sino por aportar los criterios y elementos que estos programas deben contener para que se consideren efectivos.

No obstante, el artículo 286 seis del Proyecto corre el riesgo de convertirse en tipo penal que se traduzca en un amenaza al empresario de que si no implanta medidas de prevención y control de riesgos, será castigado – y de manera muy grave – por ello. Esto, junto con la deficiente redacción del tipo penal auguran que en caso de aprobarse tal y como se encuentra redactado, se convertirá en un foco de problemas por quebrantar el principio de taxatividad y de seguridad jurídica. Por lo tanto, si se quiere seguir adelante con la implantación de este tipo penal, se hace necesaria una reconstrucción del mismo para que pueda servir para los fines propuestos – incentivar de manera positiva al empresario a mejorar su sistema de control interno- , y evitar las injustas consecuencias que se derivarán si el delito se aprueba tal y como se encuentra redactado.

## 6. ABREVIATURAS

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

### Notas

<sup>1</sup> PAZ-ARES, C., “El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos”. Indret, Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, Enero 2008.

<sup>2</sup>El artículo 47 se refiere al método de integración proporcional, pero como una opción alternativa al método de la participación.

<sup>3</sup>Se califican como operaciones conjuntas a las operaciones en las que los partícipes conservan derechos sobre los activos y pasivos directamente.

<sup>4</sup> “El anteproyecto no afecta a competencias autonómicas ni locales ni altera el reparto en materias de sanidad o defensa de los consumidores y usuarios, sino que se promueve la eficiencia reguladora removiendo obstáculos a las libertades de establecimiento y de circulación de bienes en todo el territorio nacional”.

<sup>5</sup> El Proyecto de reforma del Código Penal parece incluir una diferencia en función de las personas que cometan el delito, al exigir en el art. 31.bis.4. la exigencia añadida a las cuatro condiciones expuestas, que la persona jurídica

haya adoptado y ejecutado eficazmente u modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la misma naturaleza del que fue cometido. Esta condición es similar a la exigida en la primera condición del artículo 31.2.1ª, por lo que sería conveniente que en el proceso de enmienda se mejorase y simplificase la redacción.

<sup>6</sup> A estos efectos, se considerarán personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviadas según los artículos 257 y 258 de la Ley de Sociedades de Capital.

<sup>7</sup> Según el artículo 16 C.P. hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito...

---

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

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

CMS Albiñana & Suárez de Lezo

Génova, 27

28004 Madrid

España

T: (34) 91 451 93 00

F: (34) 91 442 60 45

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