

Your World First



BOLETÍN MERCANTIL Nº 17

Abril - Junio 2014

SUMARIO

1. DOCTRINA

2. DERECHO SOCIETARIO

3. DERECHO BANCARIO Y DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

- Mercados Financieros
- Mercado de Valores

4. CONTRATOS MERCANTILES

5. DERECHO CONCURSAL

6. PROPIEDAD INTELECTUAL

7. COMPETENCIA DESLEAL Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

8. TEMAS DE ACTUALIDAD

9. ABREVIATURAS

1.- Doctrina

- El Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo. Lucía Rodríguez, Elena Alcázar, Eduardo Apilánez y Rafael Sánchez

2.- Derecho Societario

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- Ejercicio de derecho de separación que conlleva disolución de sociedad profesional. Comentarios a la STS de 14 de abril de 2014. Ángel Ruiz Camacho.
- La empresa en liquidación no puede ampliar capital social (SAP 11 de abril de 2014, Ponente D. Alberto Arribas Hernández). Rosa Cañas
- Valoración de participaciones en la exclusión de socios. (SAP de Madrid de 14 de marzo de 2014). José María Rojí.
- Representación en la Junta General de una Sociedad de Responsabilidad Limitada (STS de 15 de abril de 2014). Beatriz Durán

3.- Derecho bancario y de los mercados financieros

TEMAS ACTUALES

A) MERCADOS FINANCIEROS

- REGLAMENTO (UE) Nº 468/2014 DEL BANCO CENTRAL EUROPEO de 16 de abril de 2014 por el que se establece el marco de cooperación en el Mecanismo Único de Supervisión entre el Banco Central Europeo y las autoridades nacionales competentes y con las autoridades nacionales designadas y REGLAMENTO (EU) Nº 469/2014 DEL BANCO DENTRAL EUROPEO de 16 de abril de 2014 por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2157/1999 sobre las competencias del Banco Central Europeo para imponer sanciones (BCE/1999/4). Almudena Cuéllar
- Directiva 2014/49/UE de 16 de abril de 2014 sobre sistemas de garantía de depósitos. Jacobo Otero
- Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) no 1093/2010 y (UE) no 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (1). Marta González Araña

B) MERCADO DE VALORES

- Reglamento (UE) Nº 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión. Andrés Álvarez Sala
- Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE y Reglamento (UE) Nº 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativo a los mercados de instrumentos financieros y por el que se modifica el Reglamento (UE) Nº 648/2012. Pablo Ruiz de Assín.
- Circular 1/2014, de 26 de febrero, de la CNMV, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión. Fernando Revuelta.

4.- Contratos Mercantiles

- Orden, de 29 de abril, de medidas temporales para facilitar la progresiva adaptación de las entidades aseguradoras y reaseguradoras al nuevo régimen de la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio. Rafael Sáez
- La doctrina del Tribunal Supremo sobre créditos documentarios a la luz de dos nuevas y recientes sentencias en relación con el mismo supuesto de hecho. Andrés Recalde

5.- Derecho Concursal

- Concurso de acreedores y garantías otorgadas en el seno de un grupo de sociedades (STS de 30 de abril de 2014). Fco. Javier Arias Varona

6.- Propiedad Intelectual

- El Tribunal Europeo respalda el derecho al olvido. Blanca Cortés
- Sentencia 21 de mayo de 2014 del Tribunal Supremo sobre la inclusión indebida en el registro de morosos Asnef. Eva Cassinello.

7.- Competencia Desleal y Derecho de la Competencia

8.- Temas de actualidad

- Comentarios a la prohibición de vender Tónica Schweppes fabricada en Reino Unido. Ángeles Jiménez.
- "El Derecho" contra "La Ley"; responsabilidad por actos de sabotaje. Diego Crespo

9.- Abreviaturas

1.- Doctrina

El Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo. Lucía Rodríguez, Elena Alcázar, Eduardo Apilánez y Rafael Sánchez.

1. Introducción

1.1 Los antecedentes de la reforma; propuestas internacionales de cambios en materia de gobierno corporativo

Diversos organismos públicos y privados internacionales vienen publicando informes y documentos que relacionan algunos de los efectos más graves de la crisis económica con los problemas de gobierno corporativo que aquejan a las empresas y, en particular, a las de mayor tamaño. También los escándalos financieros, que tan grave daño reputacional tienen sobre las empresas y sus gestores, se relacionan, igualmente, con deficiencias en la estructura organizativa y de administración. El punto de mira se ha puesto en los obstáculos (quizá inevitables) que impiden que los socios supervisen de manera efectiva la gestión, en los desequilibrios. Pero también en la desproporción en la remuneración de los administradores y ejecutivos (con especial relevancia en las entidades de crédito), y en las crisis empresariales, que no sólo se achacan a un entorno de crisis económica general, sino que igualmente vendrían provocadas por una gestión ineficiente no sometida a mecanismos que aseguren una eficiente gestión y control de los riesgos financieros y empresariales.

Todas estas cuestiones han atraído a la agenda de actualidad las reformas de las normas sobre la organización y la titularidad y el ejercicio del poder de decisión en las sociedades de capital. Algunas de las propuestas formuladas condujeron ya a algunas novedades legislativas en los últimos años, en particular en el ámbito de la remuneración de administradores de sociedades cotizadas. Otros cambios, por contra, fueron acogidos en los "códigos" de buen gobierno.

Pero las propuestas que han suscitado más interés son, sin duda las formuladas por la OCDE, dadas a conocer a través de varios informes publicados desde el año 2009, así como las de la Comisión Europea, a través de varios documentos y, muy significativamente, las recogidas en el *Plan de acción: derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo; un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas*, publicado en diciembre de 2012.

Estos textos han tenido una influencia significativa en las propuestas de cambio del Derecho español de sociedades de capital, que recientemente se han planteado desde el Gobierno de España.

1.2 La creación de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo y el doble encargo encomendado: reforma de la LSC y propuesta de un nuevo CUBG

a. Nombramiento de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo

Haciéndose hecho eco de las generalizadas demandas de cambio, desde instancias gubernamentales se asumió la necesidad de emprender reformas importantes en el régimen de los órganos de las sociedades de capitales, con un énfasis especial en las sociedades anónimas cotizadas. Estos cambios deberían afectar tanto a la regulación del gobierno corporativo en la ley, como a las recomendaciones que se incluyen en los códigos de cumplimiento voluntario. Por ello, en mayo de 2013, el Gobierno nombró una *Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo*, con el encargo de elaborar un estudio que analizara la situación del gobierno y la administración de las sociedades en España y que propusiera medidas dirigidas a mejorar la eficacia y responsabilidad en la gestión. El encargo recibido por esta comisión consistía tanto en presentar una propuesta de reforma de la legislación de sociedades de capital, como en ofrecer un nuevo texto de "código unificado de buen gobierno" que sustituyera al actual.

Los principios que presiden el informe sobre la situación actual y la propuesta de reforma pasan por la potenciación del papel de las juntas de accionistas y la posición de los socios en el control de los órganos de gestión y de la alta dirección, la adopción de medidas dirigidas a que la finalidad de la gestión de los administradores sea el incremento del valor de la compañía y una adecuada retribución del accionista, la garantía de la responsabilidad que se pudiera derivar por la actuación de consejeros y ejecutivos, y el establecimiento de reglas claras en los casos en que los administradores y otros agentes estuvieran en conflictos de interés. Las iniciativas que se adoptaran deberían garantizar, asimismo, una ampliación de la información que los administradores deben suministrar a los socios y a los mercados, y la veracidad y comprensibilidad de esos datos. En fin, se trataría de garantizar que la gestión de las sociedades de capital cumple con los estándares de diligencia y, sobre todo, de lealtad, asegurándose, en definitiva, la intensa dedicación de los administradores en favor del interés de la sociedad y no del suyo propio.

b. Presentación del estudio sobre problemas de gobierno corporativo y de propuestas de reforma

El 14 de octubre de 2013 la Comisión de Expertos cumplió con el primero de los encargos recibidos, presentando un borrador de reforma de la Ley de Sociedades de Capital (y de algunas normas de la Ley del Mercado de Valores). Este texto constituyó la base, con muy escasas modificaciones, del Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley de Sociedades de Capital, que el Gobierno dio a conocer en diciembre del año 2013.

La reforma proyectada se sitúa en dos frentes: por un lado, las novedades afectarán al régimen de los derechos de los socios y de la minoría, y se manifiesta en reglas que afectan a su ejercicio y al funcionamiento de la junta general. Por otro lado, el segundo gran bloque de materias que pretenden reformarse viene dado por la incorporación de modificaciones en el régimen de los administradores de las sociedades de capital. En ambos casos, junto a las reglas que afectarían con carácter general a todas las sociedades de capital, hay otras que prestan una atención particular a las sociedades cotizadas.

Una valoración preliminar de la reforma no sólo debe fijar la atención en las materias que se modifican. Conviene mencionar previamente los cambios en relación con la técnica utilizada en la regulación de la organización de las grandes empresas. Debe advertirse a estos efectos una profunda alteración del planteamiento de principio. El modelo que se había seguido en las últimas décadas, reflejaba la confianza en un mercado en el que las empresas compiten en materia de "buen gobierno". La competencia en la elección de la estructura organizativa constituiría, en definitiva, un buen instrumento para la mejora del gobierno de las grandes empresas. El complemento normativo venía dado por la imposición legal a las empresas de la obligación de informar sobre las razones que les impulsa a incumplir las recomendaciones voluntarias de los códigos de buen gobierno (*comply or explain*).

La Comisión de Expertos no renuncia a la idea de que los códigos de buen gobierno (*soft law*) constituyan una herramienta útil para los objetivos del buen gobierno corporativo. Sin embargo, el Proyecto de Ley advierte de las deficiencias de algunas de las explicaciones que son habituales en el tráfico. Por ello, al igual de lo que se promueve en otros países, se indica que las reformas deberían realizarse también mediante modificaciones legislativas que, además, deben manifestarse en normas imperativas, como las que tradicionalmente regularon las sociedades anónimas. De hecho, si se aprobase el Proyecto de Ley en los términos hasta ahora conocidos, las normas inderogables constituirían el centro de la nueva regulación.

c. Ámbito de las sociedades afectadas por la reforma

La reforma propuesta afecta al régimen de todas las sociedades de capital (SAs y SRLs), diluyéndose las diferencias (ya cada vez más escasas) entre los dos tipos. En efecto, tanto en materia de derechos de socio y de junta, como en relación con el régimen de los administradores, se verían afectados los preceptos que regulan ambos tipos societarios. Pero, situado el objetivo de la reforma en el interés por atender a los problemas estructurales y organizativos de las grandes sociedades, es lógico que una parte importante de los cambios afecten preferentemente a las sociedades anónimas cotizadas.

d. Estado de la tramitación legislativa

El pasado 30 de mayo de 2014, se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el texto del Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Se estableció inicialmente un plazo de enmiendas, por un período de quince días hábiles, que finalizaba el día 17 de junio de 2014. No obstante, a la fecha de cierre de este trabajo, el citado plazo de enmiendas quedó ampliado hasta el 2 de septiembre de 2014.

2. Modificaciones relativas a la junta general

2.1. Sentido general de la reforma: pretensión de incentivación del activismo accionarial

Las modificaciones que afectan al régimen de la junta general tienen como objetivo principal proteger al inversor y fomentar la participación de los accionistas en el control de la gestión social. A estos efectos, la reforma propone mejorar el régimen de los derechos de los socios e incrementar su poder de decisión en la sociedad. No obstante, no se ignora que en los casos de las sociedades con un gran número de accionistas, hay una menor asistencia y participación por parte de estos en las juntas de accionistas, puesto que las expectativas de beneficio de los accionistas minoritarios no compensan los costes de identificación, organización, etc. existentes para poder ejercer su derecho de minoría.

Fruto de ese objetivo por el fomento del accionariado es la regulación relativa a las asociaciones y foros de accionistas. La propuesta no es del todo novedosa, por cuanto ya se contenía en los trabajos de la comisión de codificación, la reforma desarrolla el régimen de estas asociaciones, manifestado a través de una regulación especial que supone el reconocimiento a estos instrumentos de participación accionarial. No obstante, se les somete a rigurosos condicionamientos y requisitos, tanto materiales (sometimiento al principio de exclusividad del objeto al que se pueden dedicar, número mínimo de miembros, obligación de formular y depositar cuentas, llevanza de un registro de representaciones, etc.) como formales (escritura pública, inscripción obligatoria en el Registro Mercantil y en el registro al efecto constituido en la CNMV, etc.).

2.2. Ampliación de las competencias de la junta

En el marco de la preocupación por revitalizar las juntas generales y fomentar la participación de los accionistas, se ha sometido a revisión sus competencias y la delimitación de sus funciones en relación con el órgano de administración. En efecto, la reforma precisa los asuntos que, para todas las sociedades de capital, son competencia de la junta general, admitiéndose, dentro de estrictos y taxativos términos, la posibilidad de que los estatutos amplíen el ámbito competencial de la junta general en algunos nuevos asuntos que se añaden a los expresamente contemplados en la norma.

Por otro lado, en el marco de la refundición del régimen de las sociedades anónimas y limitadas, planteó alguna duda la posibilidad de extender a las sociedades anónimas la facultad de la junta de injerirse en los asuntos de gestión, que son de competencia del órgano de administración, facultad que ahora sólo está prevista para el caso de las sociedades limitadas. El proyecto de reforma presupone que no hay razón para la distinción entre uno y otro tipo, por lo que se extiende a todas las sociedades el ámbito de la norma por el que la junta puede impartir instrucciones a los administradores o someter a su autorización la adopción de determinados acuerdos. En este sentido, pueden plantearse dudas respecto de las consecuencias que se producirían en caso de adopción de un acuerdo por el órgano de administración sin haber obtenido la aprobación de la junta general (acuerdo impugnado por falta de cumplimiento de requisitos internos, responsabilidad de administradores, etc.). En cualquier caso, como es obvio, esta injerencia del órgano de los socios en asuntos de gestión de la empresa no afecta a las relaciones externas ni a la validez de las actuaciones de los administradores.

Pero la previsión más relevante es la que fija, en concordancia con lo que ya venían recomendando los códigos de buen gobierno, la ampliación de las competencias de la junta general de las sociedades anónimas cotizadas. En efecto, en este tipo de sociedades, el órgano de reunión de los socios deberá pronunciarse sobre transacciones de especial significación cualitativa y cuantitativa, que afecten a activos esenciales de la sociedad o que suponen de facto la liquidación de la sociedad.

En fin, *las competencias de la junta general de las sociedades también se extienden a la política de remuneración de administradores y directivos*, en los términos que luego se indicarán.

La reforma en materia de competencias de la junta tendrá, sin duda alguna, bastante trascendencia práctica. Sin embargo, la delimitación de los supuestos no es todo lo clara que sería deseable, debiendo cuestionarse si operaciones no expresamente mencionadas, pero en las que existe una identidad de razón, también deberán someterse al acuerdo de la junta general (piénsese, p. ej., en el acuerdo de presentar una OPA).

2.3 Los derechos de minoría y el nuevo concepto de minoría

La vigente Ley de Sociedades de Capital atribuye diversos derechos que la minoría puede hacer valer preferentemente en la junta. El concepto de minoría se delimita a partir de la cifra del capital. Las reformas que se pretenden introducir afectan, entre otros, a la delimitación del porcentaje necesario para el ejercicio de estos derechos de minoría.

Frente a algunas propuestas que abogaban por el establecimiento de umbrales escalonados, la reforma opta por rebajar el umbral y fijar un único porcentaje aplicable a casi todos los derechos de minoría, que difiere en función de si se trata de una sociedad cotizada o no: las sociedades no cotizadas mantienen el actual umbral del 5 % del capital social, mientras que en las sociedades cotizadas, teniendo en cuenta la mayor dispersión de su capital social, ese porcentaje se reduce al 3% del capital con el objetivo de facilitar el ejercicio de estos derechos por los accionistas minoritarios.

2.4 Derecho de información

Una parte importante de los cambios introducidos en el régimen de la junta se producen en relación con el derecho de información de los accionistas. Tal como está configurado en la actualidad el derecho de información, puede distinguirse entre el ejercicio del derecho de información previo a la celebración de la junta, que permite al accionista formarse una opinión de cara al ejercicio del derecho de voto y aquel que se ejerce durante la celebración de la junta.

Respecto del primero de los casos, algunas modificaciones introducidas por la reforma suponen un incremento de la información que los administradores deben difundir y, en su caso, entregar a los accionistas de las sociedades cotizadas. En particular, aumenta la información que debe incluirse en la convocatoria de la junta y se establece la obligación de incluir en su página web los textos completos de las propuestas de acuerdo sobre todos los puntos del orden del día e informes de los órganos competentes, en su caso.

Asimismo, se amplía el plazo para solicitar información de forma previa a la celebración de la junta general de las sociedades cotizadas hasta cinco (5) días antes de su celebración, frente a los siete (7) actuales; además, los administradores pueden limitar su contestación, remitiéndose a la información que dieron a conocer con carácter previo a la celebración de la junta, si entienden que la información solicitada está clara y directamente disponible en la página web de la sociedad bajo el formato de pregunta y respuesta. No es clara, sin embargo, la razón por la que esta restricción sólo se establece para las sociedades cotizadas y no con un carácter general para todas las sociedades de capital.

Por último, la reforma no deja de tener en cuenta el riesgo de que el derecho de información en las sociedades anónimas se ejerza de manera abusiva y, en concreto, que se utilice en contra del interés social. Consiguientemente, la cláusula general que permite a los administradores rechazar la solicitud de información se formula en términos más amplios, al justificarse la denegación cuando la información fuese *"innecesaria para la tutela de los intereses del socio, existan razones fundadas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas"*.

Otra de las novedades que se introducen en esta materia es la relativa al reconocimiento del derecho a conocer la identidad de los accionistas en las sociedades cotizadas a (i) aquellas asociaciones que representen, al menos, el 1% del capital social de la sociedad; y (ii) accionistas que, individual o conjuntamente, representen, al menos el 3% del capital social. En este sentido, es conveniente mencionar la ausencia de mecanismos que garanticen que no se va a hacer un uso indebido de esa información que, tal como establece el proyecto de reforma, sólo podrá ser obtenida *"exclusivamente a efectos de facilitar su comunicación con los accionistas para el ejercicio de sus derechos y la mejor defensa de sus intereses comunes"*.

Por lo que respecta al ejercicio del derecho de información durante la celebración de la junta general, se aclara que la vulneración de tal derecho deja de ser causa de impugnación de los acuerdos adoptados en aquella, facultando al accionista únicamente a exigir el cumplimiento de la obligación de información y los correspondientes daños y perjuicios.

2.5 Régimen del derecho de asistencia y voto; la adopción de acuerdos en la junta general y los conflictos de intereses de los socios.

En relación con la constitución de la junta general, la asistencia de los socios y las votaciones en ella, la reforma incorporaría varias modificaciones de interés. Se modifica el número de acciones exigible en los estatutos para poder asistir a la junta general en las sociedades cotizadas, que se fija en mil acciones, mientras que para las sociedades no cotizadas se mantiene el límite actual máximo del 1 por mil del capital social.

Respecto de las votaciones, son varias las modificaciones de interés. Destaca, en primer lugar, la exigencia de una votación separada de cada una de las propuestas de acuerdo, a los efectos de que los accionistas puedan pronunciarse con sus votos respecto de cada una de las materias que se sometan a su consideración. Con ello se evita la agrupación de asuntos comprendidos en un mismo orden del día, que se someten "en bloque" a la decisión de los accionistas, ante el peligro de que esto pudiera distorsionar el resultado o impedirles la discriminación.

Una segunda modificación importante se refiere al *cómputo del voto*. El cómputo de la mayoría para la válida adopción de acuerdos sociales ha venido suscitando dudas sobre si se exigía una mayoría relativa o absoluta y, en consecuencia, el tratamiento que había de darse a los votos en blanco, nulos y a las abstenciones. Con la reforma, en contra de lo que venía interpretándose hasta ahora, se requerirá una mayoría relativa para que un acuerdo sea aprobado, puesto que optar por la mayoría absoluta supondría dar a los votos en blanco, nulos y a las abstenciones un sentido negativo cuando la intención de los accionistas no es esta, sino expresar su voluntad de no participar en la decisión. Esta medida, probablemente más acorde con la voluntad de los socios, puede simplificar la adopción de acuerdos.

Pero la más importante de las novedades en esta materia hace referencia al conflicto de intereses en el que pudieran verse inmersos los accionistas en relación con determinados acuerdos. En la actualidad, hay una ausencia del deber legal de abstención para los accionistas de una sociedad anónima (aunque si se prevé un control posterior en estas situaciones que se podría ejercer a través de la impugnación del acuerdo adoptado con la intervención del accionista en conflicto de interés). No obstante, para las sociedades de responsabilidad limitada si se prevé una norma de este tipo, que *prohíbe el ejercicio del derecho de voto al socio* en ciertos supuestos tasados en la ley. La reforma pretende ampliar la regla de la prohibición de votar a todas las sociedades de capital, si bien con algún matiz importante, ya que en la sociedad anónima la prohibición de votar en determinados supuestos (i.e. cuando se trate de autorizar la transmisión de sus acciones y su exclusión de la sociedad), se condiciona a una expresa previsión estatutaria.

De cualquier manera, *fuera de los casos expresamente previstos, la imposición al socio de la prohibición de votar no opera*, ya que, entendida en un sentido estricto, el deber de abstención contradiría la función del derecho del voto como instrumento que se atribuye al socio para determinar la gestión de la sociedad de acuerdo con sus intereses. En efecto, mientras es comprensible la imposición de un deber de abstención a los administradores en conflicto de interés (pues están sometidos al deber de lealtad y deben subordinar su propio interés al de la sociedad), no hay razón para una aplicación general de esa regla al socio, so pena de una inadmisibles limitación de la autonomía privada a la hora de votar en función de sus intereses.

Es obvio que en los supuestos de conflicto de interés se corre el riesgo de que el acuerdo satisfaga el interés particular del socio o socios que incidieron en su aprobación, en oposición al interés de la sociedad, que es el del común de los socios. Pero parece más razonable que, *frente a los acuerdos abusivos o contrarios al interés social, se actúe* mediante instrumentos de control ex post y, en particular, *a través de la impugnación de acuerdos*. Ahora bien, otro elemento de la reforma pasa por la presunción de que los acuerdos adoptados con el voto determinante de un socio respecto del que se demuestra que concurría una situación de conflicto de interés, son contrarios al interés social. En este caso, se invierte la carga de la prueba, ya que quien pretende la impugnación del acuerdo lo basta con demostrar el conflicto de interés, siendo la sociedad la que debe demostrar que, no obstante, el acuerdo adoptado es acorde con el interés de la sociedad.

2.6 Modificación del régimen de impugnación de acuerdos sociales

Una de las modificaciones más trascendentes que la ley traerá consigo tiene por objeto el régimen de impugnación de acuerdos sociales. Con carácter general, la posibilidad de solicitar la anulación de acuerdos sociales debe ponderar la seguridad jurídica, en particular, cuando el acuerdo tiene una trascendencia externa, con la tutela de la minoría frente a decisiones adoptadas por la mayoría en perjuicio del interés social o que, en su caso, suponen un abuso de la mayoría que causa daño a la minoría. Este régimen ha sufrido pocas variaciones a lo largo de las sucesivas reformas que se han producido en las últimas décadas, a pesar de su importancia en materia de defensa del interés social y de los derechos de los accionistas minoritarios.

Las claves de la reforma que se propone comprenden medidas que pretenden ampliar la tutela del interés social y la protección de los accionistas minoritarios y, por otra parte, luchar contra el abuso del derecho de impugnación. Entre las primeras destacan (i) la simplificación del régimen que hace desaparecer la distinción entre acuerdos nulos y anulables; (ii) la fijación de un plazo general de caducidad de un (1) año para la impugnación de todos los acuerdos, salvo en el caso de las sociedades cotizadas o de los acuerdos que suponen una modificación estructural, supuestos en los que el plazo será de sólo tres (3) meses y, en el caso de acuerdos contrarios al orden público, que no prescriben; (iii) la previsión de una nueva causa de impugnación por infracción de los reglamentos de la junta o del consejo de administración, en su caso; y (iv) la ampliación del concepto de interés social, que comprendería la lesión injustificada del interés de la minoría (sin necesidad de demostrar que ese acuerdo lesiona el interés de la sociedad).

Por otra parte, entre las medidas que tienden a evitar el abuso del derecho de impugnación y los riesgos para la sociedad que ello conlleva, cabe destacar la restricción de los requisitos de legitimación de los socios (no de los administradores ni de los terceros que demostraren un interés legítimo) para la interposición de una demanda de impugnación, puesto que en el caso de las sociedades no cotizadas se condiciona a la titularidad, individual o conjunta, del 1% del capital social, mientras que en el caso de las sociedades cotizadas, el umbral se sitúa en el 1 por mil. Sin perjuicio de lo anterior, los socios que no alcancen dichos umbrales podrán reclamar, en todo caso, el resarcimiento de los daños y perjuicios que les hubiera causado el acuerdo impugnado. No obstante, como

excepción a la restricción a la legitimación, se establece que cualquier socio o tercero estará facultado para impugnar aquellos acuerdos que sean contrarios al orden público.

Por último, se incorporan una serie de casos en los que la impugnación de acuerdos no procedería si la demanda alega infracciones irrelevantes de los requisitos procedimentales. A ese supuesto se asimila la impugnación por incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información, en la medida en que esa información no hubiera sido esencial para el ejercicio razonable, por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación. Tampoco procedería la impugnación (i) cuando esta se base en la participación en la junta de personas no legitimadas para ello, siempre que la presencia de estas personas no hubiera sido determinante para la válida constitución del órgano; (ii) en la invalidez de uno o varios votos o en el cómputo erróneo de los emitidos, salvo cuando el voto inválido o el error de cómputo hubiera determinado la adopción del acuerdo ("prueba de resistencia"); o (iii) respecto de aquellos acuerdos nulos que han sido revocados o subsanados por otros válidos, incluso con posterioridad a la interposición de la demanda de impugnación.

2.7 Fraccionamiento del voto

Con el fin de no poner barreras a las habituales situaciones en el tráfico por las que los accionistas de otros países intervienen en las juntas a través de intermediarios profesionales, que, sin embargo, formalmente se acreditan como accionistas frente a la sociedad, la reforma, permite a los socios un "fraccionamiento" de su voto, es decir, emitir votos en sentido divergente en la junta por las acciones de las que son titulares. En cambio, se han suprimido algunas de las cargas de información y burocráticas, que la ley impone a este tipo de intermediarios, que no encuentran justificación y que, sobre todo, incrementan las trabas al ejercicio indirecto del derecho de voto por los accionistas.

3. Modificaciones en el régimen de los administradores

3.1 Consideraciones generales

El segundo frente en el que se ha centrado la reforma de la LSC en materia de gobierno corporativo es el órgano de administración de las sociedades mercantiles. Esto se debe a que uno de los objetivos principales de la reforma era lograr el adecuado funcionamiento de los órganos de gobierno y administración de las sociedades mercantiles, conduciéndolas a las máximas cotas de competitividad, procurando la transparencia necesaria para generar confianza de socios e inversores, y asegurando una adecuada segregación de funciones, deberes y responsabilidades en las empresas.

A estos efectos, se han modificado diversos aspectos en relación con los administradores, incluyéndose una mayor regulación de sus deberes de diligencia y lealtad, modificándose los procedimientos a seguir en caso de conflictos de interés, e introduciendo cambios en el régimen de responsabilidad de los consejeros.

Además, dado que la experiencia adquirida durante los últimos años ha puesto de manifiesto la importancia de que las sociedades cuenten con un Consejo de Administración bien gestionado, se han modificado varios aspectos de su régimen, incluyéndose la gran mayoría de novedades en el ámbito de los Consejos de Administración de las sociedades cotizadas.

3.2 Los deberes de los administradores

La propuesta de reforma de la LSC mantiene la tradicional división de los deberes de los administradores, distinguiendo entre deberes de lealtad y deberes de diligencia. No obstante, se le otorga un mayor peso a la regulación de los deberes de lealtad, estableciéndose una tipificación más detallada de los mismos, mientras que el deber de diligencia es tratado, bajo una cláusula general, de forma menos concreta y casuística.

Otra diferencia entre ambos deberes es que el régimen relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción es imperativo, mientras que el cumplimiento del deber de diligencia se ampara en la regla de la discrecionalidad empresarial.

a. El deber general de diligencia y la "regla de la discrecionalidad empresarial":

El enfoque prioritario hacia los deberes de lealtad no significa que la reforma no introduzca novedades en el deber de diligencia. Muy al contrario, se incluyen en su regulación cambios de gran interés.

Si bien se mantiene la regla tradicionalmente utilizada para juzgar el comportamiento de los administradores (que es la del diligente empresario y representante leal), se introduce una importante modificación en el artículo 225 LSC en virtud de la cual se exige que esa evaluación del comportamiento tenga "en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno" de los administradores. Esto responde a la necesidad de determinar la posible responsabilidad de los consejeros atendiendo a las características particulares de las funciones que cada

uno desarrolle dentro del consejo de administración. Se recoge así normativamente el carácter variable del deber de diligencia.

El empleo de la diligencia como pauta para enjuiciar la actuación de los administradores plantea problemas particulares con la posible existencia de un margen de actuación autónoma de los administradores. Y es que, la actividad empresarial requiere, en ocasiones, la adopción de decisiones que impliquen riesgos, basadas en la confianza de la generación de beneficios futuros. En esta línea, algunos ordenamientos, concretamente, el estadounidense, han venido incluyendo en el juicio de diligencia una reserva expresa de aquellos actos o decisiones propios del negocio, tratando de evitar un análisis ex post sobre la base de sus efectos finales. Para este tipo de comportamientos, en este planteamiento, el juicio debía limitarse a adopción de decisiones informadas, aun cuando lleven implícito cierto riesgo que podría concretarse en un futuro.

Teniendo en cuenta lo anterior, la reforma incorpora una regla, conocida tradicionalmente como la *business judgement rule* o regla de discrecionalidad empresarial. La finalidad es proteger la discrecionalidad empresarial en el ámbito estratégico y en las decisiones de negocio. Con esta finalidad, el nuevo artículo 226 LSC establece que *"en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y en el marco de un procedimiento de decisión adecuado"*.

La formulación de la regla, que en todo caso excluye las operaciones vinculadas y la dispensa de las prohibiciones derivadas de los deberes de lealtad, traslada el juicio de diligencia al proceso de formación de la decisión adoptada. Si el administrador adoptó una decisión de buena fe, sin interés personal y suficientemente informado, su decisión quedará protegida frente a un juicio posterior, en caso de que tenga consecuencia negativa para la sociedad.

b. Los deberes de lealtad:

La segunda tipología de deberes propios de los administradores de las sociedades de capital son los deberes de lealtad. Bajo esta categoría se incorporan una pluralidad de comportamientos que, en última instancia, podrían asociarse a la posición del administrador como representante, gestor de intereses ajenos y, por tanto, persona obligada a tutelar esos intereses ajenos con lealtad.

La reforma se centra en: (i) mejorar la descripción y el rango de los comportamientos incluidos dentro del deber de lealtad; (ii) regular el régimen de dispensa de las prohibiciones asociadas; (iii) ampliar el número de sujetos afectados por la prohibición; y (iv) extender el alcance de la sanción, incluyendo no solo la indemnización del daño causado sino también la obligación de devolver el enriquecimiento injusto.

El régimen del deber de lealtad se recoge en varios artículos, estableciéndose en el primero de ellos, el más general, la definición del deber: que los administradores deben desempeñar su cargo con la *"lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad"*. Este artículo genérico se acompaña de una lista abierta de obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad (parte de las cuales ya estaban reguladas) como, por ejemplo, el deber de no ejercitar las facultades con fines distintos a aquellos para las que se concedieron, el deber de secreto durante el desempeño del cargo y también tras su cese y el deber de abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que los administradores o las personas vinculadas a ellos pudieran tener intereses, entre otros.

Por su parte, el deber de evitar las situaciones conflicto de interés tiene un desarrollo particular, mediante un precepto concreto, que detalla una serie de comportamientos de los que se deben de abstener los administradores.

La existencia del conflicto de interés obliga al administrador a comunicarlo al resto de administradores, tanto si el conflicto es directo, como si es indirecto, y tanto si les afecta a ellos o a personas vinculadas. Esta obligación de notificación se entiende en conexión con la posibilidad de que la sociedad pueda dispensar a los administradores de las prohibiciones legales, entendiendo que no perjudican sus intereses. La posibilidad de autorización, sin embargo, no es ilimitada. El previsto artículo 230 LSC la limita a ciertos comportamientos.

Los cambios en la regulación de los comportamientos se ven acompañados de importantes novedades desde el punto de vista de las acciones derivadas de la infracción de las prohibiciones. En primer lugar, porque se reconoce la independencia del régimen de responsabilidad y las medidas de protección frente al incumplimiento del deber de lealtad. Así, el nuevo artículo 232 LSC declara que el ejercicio de la acción de responsabilidad no impide el de acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos o anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores contraviniendo sus deberes de lealtad. En segundo lugar, porque la infracción no solo determina la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto.

3.3. Modificación del régimen de responsabilidad

La reforma de la LSC incluye ciertas modificaciones del régimen ahora en vigor relativas a las normas generales en

materia de responsabilidad de los administradores. Así, frente a la redacción actual del artículo 236 LSC, que fija como presupuesto para la responsabilidad la infracción de las normas legales o estatutarias o el incumplimiento de los deberes inherentes al cargo, el nuevo texto añade la exigencia de que en la actuación haya intervenido "dolo o culpa".

Los cambios en el régimen de responsabilidad incluyen también modificaciones relevantes en materia de legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad y en materia de prescripción.

En lo que se refiere a la legitimación activa, la reforma busca facilitar el ejercicio de la acción social frente a los administradores. En el derecho vigente, la legitimación está atribuida a la sociedad, a través del correspondiente acuerdo en junta general, de modo que la legitimación de los accionistas requiere que la sociedad no la haya ejercitado (bien porque no se haya acordado en la junta, o bien porque, acordada, no se haya ejercitado en un plazo de un mes). La reforma establece que los socios titulares de un porcentaje que permita solicitar convocatoria de junta general (un 5% en las sociedades no cotizadas y un 3% en las cotizadas), pueden ejercitar directamente la acción social sin someter la decisión a la junta general. Se trata de una regla, sin embargo, limitada exclusivamente a los casos en los que el ejercicio de la acción se fundamente en una infracción del deber de lealtad, lo que viene sin duda a confirmar la mayor relevancia otorgada por el legislador a los deberes de lealtad frente a los de diligencia.

En cuanto a la legitimación pasiva, es decir, a la determinación de quiénes pueden responder civilmente, la reforma incluye una gran novedad, ampliando los sujetos afectados por el régimen de responsabilidad. Es cierto que la recepción de los administradores de hecho, como sujetos responsables, ya está presente en el texto en vigor. No obstante, la reforma dota a esta figura de un alcance muy superior al que hasta ahora ha tenido, dado que incorpora una definición legal expresa (que atiende al ejercicio de las funciones propias de administrador de quien no tiene un nombramiento formal) e incluye, bajo la figura, a los sujetos "bajo cuyas instrucciones pudieran estar acostumbrados a actuar los administradores de la sociedad". Este último supuesto puede ser, con seguridad, muy problemático, en tanto que se relaciona de manera directa con los grupos de sociedades y la impartición de instrucciones, más o menos precisas o más o menos recurrentes, a los administradores de las sociedades filiales.

Adicionalmente, el nuevo artículo 236 LSC extiende el régimen jurídico de los administradores, incluyendo el de responsabilidad (i) a las personas que tengan atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, en caso de que no haya delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, y (ii) a la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador.

3.4 Modificaciones en el régimen del consejo de administración

Los cambios relativos a la regulación del Consejo de Administración se producen principalmente en relación con las sociedades cotizadas, para las que se prevé añadir una sección completa en el texto de la Ley de Sociedades de Capital, titulada "*Especialidades del Consejo de Administración*", que abarcaría los nuevos artículos 529 bis a 529 novodecies.

El legislador ha optado por rechazar la introducción de un sistema dualista (órgano de administración y órgano de control), lo que hubiera supuesto una modificación radical en el régimen del Consejo de Administración, manteniendo el modelo monista (órgano de administración exclusivamente).

Sin embargo, con el objetivo de lograr un mejor funcionamiento del Consejo de Administración y lograr una adecuada tutela de todos los intereses, se han incorporado importantes modificaciones en su tratamiento. Una buena parte de las normas contenidas en la reforma proceden de las normas de buen gobierno corporativo. De hecho, las modificaciones que se introducen en el tratamiento legal de este órgano suponen, más que novedades radicales, una traslación al ámbito legislativo de lo que antes formaba parte de las recomendaciones de cumplimiento voluntario. Se pretende, así, una mayor efectividad de dichas normas, que escapan al principio cumple y explica, para pasar a ser de cumplimiento necesario.

a. Composición "heterogénea" del Consejo de Administración:

La reforma pretende garantizar una composición heterogénea del Consejo de Administración. Así, el nuevo artículo 529.2 bis LSC incluye una norma programática en virtud de la cual "*El consejo de administración deberá velar por que los procedimientos de selección de sus miembros favorezcan la diversidad de género, de experiencias y de conocimientos y no adolezcan de sesgos implícitos que puedan implicar discriminación alguna y, en particular, que faciliten la selección de consejeras*".

Como consecuencia de la introducción en la nueva regulación del Consejo de Administración de los principios propios del buen gobierno corporativo ha resultado necesario garantizar la diversidad de categorías de consejeros. Así, el nuevo artículo 529 duodécies LSC distingue entre consejeros:

Ejecutivos: aquellos que "*desempeñen funciones de dirección en la sociedad o su grupo, cualquiera que sea el*

vínculo jurídico que mantengan con ella". No obstante, los consejeros que sean, a su vez, altos directivos o consejeros de sociedades pertenecientes al grupo de la entidad dominante de la sociedad, tendrán la consideración de dominicales.

Dominicales: aquellos que posean una participación accionarial igual o superior a la que se considere legalmente como significativa (i.e. 3%); que hubieran sido designados por su condición de accionistas, aunque su participación no alcance tal porcentaje; o que representen a accionistas de los anteriormente señalados.

Independientes: aquellos que sean designados en atención a sus condiciones personales y profesionales y que puedan desempeñar sus funciones sin verse condicionados por relaciones con la sociedad, su grupo, sus accionistas significativos o sus directivos.

Otros externos: que serían aquellos dominicales o independientes que pierden las circunstancias que permiten su calificación como tales, pero que, por diversos motivos, continúan siendo consejeros.

La reforma incluye un listado con una serie de supuestos que impiden la calificación de un consejero como independiente.

b. Medidas para mejorar el funcionamiento del Consejo de Administración: mayor dedicación y autoevaluación:

La reforma del régimen relativo al Consejo de Administración se apoya también en el establecimiento de una serie de medidas que buscan mejorar el funcionamiento del órgano y que conllevan mayores exigencias de dedicación, dirigidas tanto al Consejo (como órgano), como a los propios consejeros.

Así, entre las obligaciones que afectan al Consejo, el nuevo artículo 245.3 LSC establece la de que este órgano se reúna, al menos, una vez al trimestre (lo que resulta de aplicación tanto para sociedades cotizadas como para no cotizadas).

En cuanto a las medidas dirigidas a los consejeros destacarían las siguientes: (i) su condición de administradores les impone la obligación de estar debidamente informados, lo que conlleva la dedicación del tiempo necesario para lograrlo; (ii) se establece de manera expresa la obligación de asistir personalmente a las reuniones, con un régimen muy restrictivo de asistencia por representante (sólo puede serlo otro consejero y, en el caso de los no ejecutivos, que además tenga la misma condición); y (iii) se les obliga a estar informado con el tiempo suficiente, de manera que puedan deliberar y adoptar acuerdos.

Otra de las medidas dirigidas a mejorar el funcionamiento del Consejo de Administración es la obligación de realizar, una vez al año, una evaluación de su funcionamiento, proponiendo un plan de acción que corrija las deficiencias detectadas.

c. Presidente y Secretario:

La reforma refuerza el papel del Presidente del Consejo de Administración de las sociedades cotizadas, al que dedica un artículo completo por considerar que se trata de una figura esencial para el correcto funcionamiento del órgano. Su nombramiento se realizará entre los miembros del Consejo y tras el informe de la comisión de nombramientos y retribuciones.

La reforma deja en manos de la autonomía societaria la necesidad de que el cargo de Presidente y de primer ejecutivo de la sociedad se atribuyan a personas distintas. Nada obsta, por tanto, para que en una sociedad ambas funciones recaigan en el mismo sujeto. Sin embargo, de ser ese el caso, la reforma prevé ciertas cautelas: (i) se requiere una mayoría reforzada de dos tercios de los miembros del Consejo de Administración para nombrar al Presidente; y (ii) se establece la obligación de nombrar a un consejero coordinador de entre los consejeros independientes (no pudiendo votar los consejeros ejecutivos en su elección). Este coordinador tendrá, entre otras, facultades específicas en materia de convocatoria del consejo, complemento del orden del día y dirección de la evaluación periódica del consejo.

Junto con el Presidente, el Secretario del Consejo de Administración juega un papel clave en su buen funcionamiento. La reforma realiza un reconocimiento legal de su figura y le asigna las funciones que tradicionalmente vienen desempeñando (como el asesoramiento de los consejeros, la custodia de la documentación, la redacción de las actas, etc.).

d. Las comisiones internas del consejo de administración: composición y funciones:

La reforma de la LSC mantiene la línea constante de las propuestas de gobierno corporativo, que contemplan la creación, en su seno, de distintas comisiones especializadas. Se trata no tanto de un mecanismo de especialización interna de funciones, sino, más bien, de una herramienta de control y supervisión de los ejecutivos. Para ello se llevan al texto de la LSC comisiones ya previstas en el Código Unificado de Buen Gobierno, como son las de nombramientos y remuneraciones y de auditoría.

La reforma permite la creación voluntaria de comisiones en el seno del Consejo, designando a sus miembros y detallando sus funciones, y establece la obligación de constituir las siguientes comisiones:

- Una Comisión de nombramientos y remuneraciones (o una de nombramientos y otra de retribuciones), que deberá estar compuesta exclusivamente por consejeros no ejecutivos nombrados por el Consejo de Administración, dos de los cuales, al menos, deberán ser consejeros independientes. El Presidente de la Comisión será designado de entre los consejeros independientes que formen parte de ella. A esta Comisión se le atribuyen funciones relacionadas con el nombramiento de los miembros del Consejo de Administración (para tratar de favorecer la eficacia del funcionamiento del órgano como gestor) y facultades relativas a la retribución de los consejeros (para asegurar la fijación de sistemas retributivos eficientes y equitativos).
- Una Comisión de auditoría, que debe estar compuesta íntegramente por consejeros no ejecutivos, al menos dos de los cuales deben ser independientes, y uno haber sido designado teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia en contabilidad y/o auditoría. El Presidente de esta Comisión debe ser un consejero independiente y su función principal es supervisar los asuntos de auditoría interna de la sociedad y ejercer funciones de control y gestión de riesgos.

3.5 El nuevo régimen de remuneración de los administradores

La necesidad de reforma del régimen de remuneración de los administradores parte de la insuficiencia del régimen en vigor, que, a pesar de las reformas más recientes en la materia (en 2011, a la búsqueda de una mayor transparencia y la fijación de límites en el caso de las entidades financieras), sigue siendo insatisfactorio. Esta insatisfacción se explica, también, por el hecho de que las recomendaciones de buen gobierno relativas a la retribución de administradores están, año tras año, entre las menos seguidas por las sociedades cotizadas, circunstancia que, sin duda, ha pesado en el legislador a la hora de regular legalmente esta materia.

La reforma recoge medidas que se pueden agrupar en tres grupos: (i) las que inciden en la adecuación de los sistemas de remuneración al mercado en el que operan las sociedades y a la situación económica de cada sociedad en cada momento; (ii) las que establecen un procedimiento para su determinación que prevenga el eventual conflicto de intereses de alguno de los participantes en la adopción de las correspondientes decisiones; y (iii) las que garantizan la suficiente transparencia en las remuneraciones de los administradores.

La reforma de la LSC contiene un rango de normas que son de aplicación general para cualquier sociedad de capital, a las que se unen algunas reglas específicas para el caso de las sociedades cotizadas. El nuevo régimen supondrá, en particular, la consolidación legal de un sistema retributivo diferenciado para los distintos tipos de consejeros que incluirá, como regla relevante, un régimen específico para los consejeros ejecutivos. Además, dispone un sistema nada sencillo de reparto de funciones, en el que corresponde a la Junta General la determinación de la política general de remuneraciones de los consejeros y al Consejo de Administración, en el marco de esa política de remuneraciones, fijar la remuneración de cada uno de los consejeros.

Con arreglo a lo indicado, el régimen retributivo derivado de la reforma incluye, por una parte, las reglas que determinan la retribución de los administradores como tales, que se articulan con arreglo a los siguientes principios:

- Se mantiene la presunción del carácter gratuito del cargo, salvo disposición contraria de los estatutos, con la excepción de las sociedades cotizadas, para las que se dispone el carácter necesariamente retribuido.
- En caso de que el cargo sea retribuido, se incorpora una norma expresa que pretende asegurar que la remuneración se adecúe al mercado en que opera la sociedad y a la situación económica de cada sociedad. Así, el nuevo artículo 217 LSC exige que se guarde "una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas equivalentes". Además, la remuneración deberá orientarse a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad y asegurar que se evita una asunción de riesgos excesiva o la recompensa de malos resultados.
- Se exige la inclusión en los estatutos sociales de los conceptos retributivos que percibirán los administradores, acompañándose en el nuevo artículo 217 LSC un listado ejemplificativo de los que pueden preverse.
- Se atribuye a la Junta General la competencia para fijar el importe máximo de retribución de los administradores, que una vez acordado requerirá un nuevo acuerdo para su modificación. El reparto de este importe se hará por acuerdo entre los administradores y, en caso de consejo, según las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.
- Se mantiene un régimen específico tanto para la retribución mediante la participación en beneficios, como la vinculada a la entrega de acciones de la sociedad.

A las reglas generales se añade un sistema especial para las sociedades cotizadas, caracterizado por los siguientes aspectos.

- El cargo será necesariamente retribuido.
- La Junta General debe aprobar la política de retribuciones cada tres años, al menos. Se trata con ello de que este órgano se involucre efectivamente en la aprobación y validación de la retribución. Esta política de retribuciones debe incluir el importe máximo de la remuneración anual que habrá de satisfacerse a los administradores como tales, más, en lo que se refiere a los consejeros ejecutivos, la cuantía de la retribución anual y su variación, los parámetros para la fijación de la parte variable y las condiciones principales de los contratos que regulan su relación con la sociedad.
- La política de retribuciones se completa con un informe de retribuciones que se somete a votación (consultiva) de la Junta General. El carácter consultivo, sin embargo, no impide que el rechazo tenga importantes consecuencias (como la necesidad de someter a aprobación de la Junta General la política de retribuciones aunque no hubiera transcurrido el plazo de tres años de vigencia).

Por su parte, el régimen de retribución de los consejeros ejecutivos está caracterizado por la necesidad de que la relación se documente en un contrato entre el consejero y la sociedad en la que habrán de detallarse los conceptos por los que el consejero pueda percibir retribución.

2. Derecho Societario

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

Ejercicio de derecho de separación que conlleva disolución de sociedad profesional. Comentarios a la STS de 14 de abril de 2014. Ángel Ruiz Camacho.

La STS de 14 de abril de 2014 (RJ 2014\2618) analiza las consecuencias derivadas del ejercicio de un derecho de separación por parte de uno de los tres socios de una S.L.P. multidisciplinar dedicada a la prestación de servicios profesionales de ingeniería, ingeniería técnica y delineación. Cada uno de los socios estaba habilitado para desarrollar una de las mencionadas actividades, con lo que un socio profesional era ingeniero superior, otro era ingeniero técnico y otro era delineante.

El ingeniero superior ejerció su derecho de separación en el mes de noviembre de 2010 y un mes más tarde la Junta General de Socios de la compañía acordó la disolución de la misma. En primera instancia, el Juzgado de lo Mercantil entendió que, a la hora de valorar las participaciones sociales del socio separado, habría que tener en cuenta la circunstancia de que la sociedad se encontraba en liquidación. La Audiencia Provincial consideró que las participaciones sociales debían valorarse como si la Sociedad estuviera en funcionamiento. Finalmente, el Tribunal Supremo confirmó el criterio del Juzgado.

Resulta preciso recordar que, conforme establece la Exposición de Motivos de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales ("LSP"), esta norma es flexible desde el punto de vista organizativo porque permite que las sociedades profesionales se acojan a cualquiera de los tipos sociales existentes en nuestro ordenamiento jurídico pero esta misma norma les impone la obligación de cumplir una serie de requisitos que, si no se reúnen, no será posible constituir las y, si se incumplen de forma sobrevenida, la sociedad profesional afectada incurriría en causa legal de disolución.

Conforme al art. 4.1.a) LSP los socios profesionales tienen que cumplir los requisitos legales exigibles para el ejercicio de la actividad profesional que constituye el objeto social y deben ejercer esta actividad en el seno de la compañía. En este sentido, en el caso de las sociedades profesionales capitalistas, esta obligación se configura como prestación accesoria aparejada a las participaciones sociales del socio profesional (art. 17.2 LSP).

El art. 13.1 LSP reconoce a los socios profesionales un derecho de separación "ad nutum" en la medida en que les faculta para separarse en cualquier momento de aquellas sociedades profesionales que se hayan constituido por tiempo indefinido, siempre que ejerciten su derecho de buena fe.

En el caso analizado por la sentencia comentada, como el único socio profesional que contaba con la titulación de ingeniero superior había ejercitado su derecho de separación, no quedaba en la Sociedad ningún otro socio profesional que pudiera desarrollar la actividad de ingeniería que estaba incluida en el objeto social.

Ante esta situación, la Sociedad había incumplido de forma sobrevenida uno de los requisitos exigibles para ser una sociedad profesional y, en consecuencia, conforme al art. 4.5 LSP, había incurrido en una causa de disolución obligatoria, a no ser que la situación se regularizara en el plazo máximo de seis meses contados desde el momento en que se produjo el incumplimiento. El Tribunal Supremo entendió que la regularización se podría haber producido mediante una modificación de los Estatutos Sociales para adaptar el objeto social a las actividades profesionales

para las que estaban capacitados y habilitados los restantes socios profesionales de la compañía, pero esta posibilidad no fue utilizada por la Sociedad y tampoco tenía la obligación de hacerlo.

El Alto Tribunal le reconoce mucha importancia al hecho de que la disolución haya sido provocada como consecuencia del ejercicio del derecho de separación y por este motivo justifica que en la valoración de la participación del socio separado se deba tener en cuenta el estado de liquidación de la Sociedad.

Finalmente es preciso advertir que el art. 16 LSP admite que en el contrato social se establezcan libremente criterios de valoración de las participaciones sociales del socio profesional separado pero en el caso analizado en la Sentencia comentada no existía ninguna disposición estatutaria al respecto, por lo que el Tribunal Supremo aplicó supletoriamente el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital ("LSC"), de ahí que acordara que la valoración tendría que ser realizada por un auditor de cuentas designado por el Registrador Mercantil competente, pero teniendo en cuenta la liquidación de la compañía. Esta aplicación supletoria de la LSC es respetuosa con lo previsto en el art. 1.3 LSP.

La empresa en liquidación no puede ampliar capital social (SAP 11 de abril de 2014, Ponente D. Alberto Arribas Hernández). Rosa Cañas Lorenzo

Un socio de una sociedad de responsabilidad limitada impugnó, entre otros, el acuerdo social, en virtud del cual la Junta General de socios decidió aumentar el capital social por compensación de créditos una vez acordada su disolución con motivo del cese en el ejercicio de la actividad que constituía su objeto social.

El Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid declaró nulo el acuerdo de aumento de capital por compensación de créditos, por considerar que dicho acuerdo era ajeno a la finalidad liquidatoria a la que se circunscribe la competencia de la Junta General de socios, en tanto que disuelta la Sociedad y abierta la fase de liquidación, la actividad social ha de circunscribirse a la conversión del activo social en dinero, quedando limitada la competencia de la Junta General de socios a la adopción de acuerdos necesarios para alcanzar dicha finalidad.

Adicionalmente, dicho Juzgado consideró que el referido acuerdo de aumento de capital social por compensación de créditos constituía una actuación abusiva, en la medida en que situaba al socio que había asumido el referido aumento de capital en una situación privilegiada.

Contra la sentencia objeto de análisis fue interpuesto recurso de apelación por parte de la Sociedad, alegando que la ampliación de capital se había realizado observando todos los requisitos legalmente exigibles.

No obstante, a pesar de haberse cumplido los requisitos legalmente exigibles, la Audiencia Provincial de Madrid confirmó íntegramente la resolución recurrida, reiterando que a partir del momento de disolución de la Sociedad, la actividad social había quedado limitada a la conversión del activo social en dinero, no teniendo cabida, por tanto, nuevas operaciones para las que fuesen requeridas aportaciones de los socios.

Por otra parte, en el recurso de apelación se puso de manifiesto que el acuerdo de aumento de capital había sido adoptado de forma conjunta con el acuerdo de modificación del objeto social, con el propósito de reactivar la actividad de la Sociedad, ya que de facto ésta se venía dedicando a una actividad distinta de la prevista en sus estatutos sociales. obstante lo anterior, la Audiencia Provincial de Madrid estimó que dicho argumento no era suficiente para justificar el aumento del capital social de la Sociedad una vez iniciada la fase de liquidación, ya que la reactivación de la Sociedad únicamente puede llevarse a cabo mediante la adopción del correspondiente acuerdo por la Junta General de socios.

En cuanto a la modalidad de ejecución del referido aumento de capital, la Audiencia provincial de Madrid reforzó el razonamiento del Juzgado de lo Mercantil, señalando, que la compensación de un crédito en la fase de liquidación carece de justificación ya que, precisamente, éste ha de ser abonado por la Sociedad en dicha fase.

Me gustaría destacar que, si bien es cierto que los razonamientos utilizados por el Juzgado de lo Mercantil nº 7 y la Audiencia Provincial de Madrid para negar la posibilidad de realizar un aumento de capital social en la fase de liquidación son sólidos, resultan, por el contrario, algo más confusos los argumentos esgrimidos para justificar que la ejecución del aumento de capital mediante compensación de créditos sea abusiva por situar al socio en una situación privilegiada, habida cuenta de que, ya sea en fase de liquidación o fuera de ella, la posición del socio para cobrar es, en cualquier caso, más débil que la del acreedor.

Valoración de participaciones en la exclusión de socios. (SAP de Madrid de 14 de marzo de 2014). José María Rojí.

El supuesto de hecho de la sentencia objeto de comentario trae causa de la ejecución de un acuerdo de exclusión de dos socios de una sociedad de responsabilidad limitada quienes conjuntamente ostentaban cerca de un 10% de la misma. La esencia del debate, sazonado con otras cuestiones sustantivas y procesales, fue cuál era el valor de

las participaciones pertenecientes a los socios excluidos, lo que habrá que valorar conforme a la legislación vigente en el 2003.

La primera cuestión a dilucidar consistió en determinar quién debía valorar las participaciones una vez constatada la falta de acuerdo entre las partes. Mientras los estatutos hablaban del auditor de la sociedad o, en su defecto, el elegido por el excluido entre una terna propuesta por la sociedad - procedimiento pretendido y propuesto por el mayoritario -, el artículo 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, entonces vigente en la redacción que en el 2002 le había dado la Ley de reforma del sistema financiero, señalaba para esta función al auditor designado por el Registro Mercantil a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios. Dejamos apuntado que el criterio del artículo 100 es también el del actual 353 de la Ley de Sociedades de Capital y el que incluye en el artículo 271-18 el anteproyecto de código mercantil en tramitación, si bien este último habla de experto en lugar de auditor.

Este segundo procedimiento, el del auditor designado por el Registro, es el que eligen los socios excluidos, pese a que la sociedad se opone llegando incluso a interponer un recurso gubernativo ante la DGRN, que a la postre será desestimado en 2006, y una acción declarativa ante la jurisdicción civil sobre la vigencia de la previsión estatutaria, pretensión que, aunque fue estimada en primera instancia, también sería rechazada por la Audiencia Provincial de Madrid en 2008, por ineficacia sobrevenida de la estipulación estatutaria al ser contraria a norma posterior imperativa.

Resulta de interés traer a colación la resolución de la DGRN de 28 de enero de 2012 que aunque analiza un supuesto distinto contiene afirmaciones que permiten comprender su visión sobre esta cuestión:

"Por eso este centro directivo estimó, que aunque con base en el principio de autonomía de la voluntad pueden admitirse sistemas objetivos de valoración de las participaciones sociales, no cabe atribuir a una de las partes (sociedad o socio) la determinación de su cuantía, como ocurre cuando se atribuye a una persona designada por la sociedad, sea empleado o auxiliar externo o interno, pues con ello se estaría dejando el cumplimiento del «contrato al arbitrio de una de las partes, contraviniendo con ello lo preceptuado por el artículo 1.256 del Código Civil». En el presente caso la determinación del valor de las participaciones se deja a la propia junta general, bien a través del experto independiente que ella misma debe nombrar para hacer la primera valoración; bien con los medios de que disponga la propia sociedad, tomando como base de referencia la efectuada por el asesor externo, en las valoraciones posteriores."

Junto a la oposición jurídica sumariamente descrita, la sociedad realiza una oposición material consistente en impedir la función del auditor designado por el registro al negarle la provisión de fondos y el acceso a cualquier documentación, lo que provoca que el auditor designado emita un informe denegatorio por limitación absoluta al alcance.

Presentada la demanda que da lugar al procedimiento aquí comentado, la sociedad cambia de estrategia y pide al Registro que designe auditor, nombrándose de nuevo a quien ya había sido designado en su día y recusando la sociedad a dicho auditor, recusación que no es admitida por el registrador, si bien deja sin efectos el nombramiento por falta de acuerdo entre las partes en la fijación de honorarios. Esta actitud llevará a que tanto el juzgado como la audiencia entiendan que, ante la constatada imposibilidad de que la valoración se efectúe por el auditor designado por el Registro Mercantil y por causa imputable a la sociedad demandada y luego apelante, y dado que los excluidos buscan acreditar el valor de las participaciones mediante aportación de periciales, debía procederse a su valoración judicial conforme a las periciales practicadas en autos sin que se pueda someter al excluido al peregrinaje material de pasar por una nueva designación de auditor por el Registro Mercantil que a la postre podría verse nuevamente impotente ante la eventual falta de colaboración de la demandada para la fijación de honorarios o para el suministro de la información adecuada.

Decidido quién debía hacer la valoración en primera instancia – el auditor designado por el Registro – y cómo debía procederse ante la imposibilidad de aplicar este procedimiento – mediante pericias de expertos -, la sentencia aborda como segunda cuestión un tema clásico en este tipo de litigios: la diferenciación entre la labor del auditor o experto como arbitrador con la figura del árbitro, y la consiguiente impugnabilidad de la valoración. Conviene en este punto reproducir literalmente la sentencia por su claridad cuando compila la jurisprudencia del Supremo sobre la materia:

En nuestras sentencias de fecha 29 de julio de 2008 y 23 de diciembre de 2009 indicábamos que la labor del auditor de cuentas no es la de un árbitro, sino la de un arbitrador. Su labor no es la composición extrajudicial de una controversia jurídica, sino que solventa un extremo no jurídico de una relación jurídica, como es el señalamiento del precio en la compraventa (en este sentido, Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1986 y 29 de noviembre de 2000). Es unánime la crítica a la norma técnica del ICAC sobre realización de este tipo de informes cuando afirma que en estos casos el auditor actúa como árbitro, lo que ha de ser considerado como una simple imprecisión en una norma que va destinada a establecer criterios para la actuación del auditor, no a realizar consideraciones de dogmática jurídica sobre la naturaleza de la intervención del mismo. La labor del auditor en estos casos consiste en lo que se ha venido a llamar arbitrio de determinación, concretamente la determinación del precio (art. 1447 del Código Civil , que tiene aplicaciones particulares en la

normativa societaria en lo relativo a las cláusulas de adquisición preferente) y es de naturaleza objetiva, pues no se deja a la buena fe del arbitrador, a su propio o peculiar parecer, sino que exige de éste que se ajuste a unas reglas, propias de su cualidad de auditor, como se examinará más adelante.

Tratándose de una función arbitrador, su decisión es impugnabile, puesto que rechazar la posibilidad de impugnación supondría convertir el arbitrio en arbitrariedad.

En definitiva, determinado el precio por el arbitrador, se trata de valorar en el proceso judicial si las alegaciones realizadas y las pruebas practicadas sirven para desvirtuar el informe del auditor, en el sentido de considerar que no ha sido emitido respetando las exigencias de la lex artis, respetando el margen de arbitrio propio de su carácter de arbitrador. Y, en caso de que no se respeten tales exigencias, si existen en autos elementos suficientes para sustituir la fijación del valor razonable contenido en el informe del auditor por otro más ajustado a lo que resulta de la norma societaria y de auditoría.

En similar sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2012, ratificando que el auditor asume no el papel de árbitro sino de arbitrador, añadiendo que: «Este arbitrador no tiene libertad para fijar el valor que considere procedente a su libre albedrío y con independencia de que sea razonable o no, ya que la Ley no tolera la transformación del arbitrio en arbitrariedad y la exigencia de que fije un "valor real" o un "valor razonable" excluye el merum arbitrium impone el deber de actuar de acuerdo con las reglas del arte exigibles en el desempeño del encargo (en este sentido, sentencia 118/2010, de 22 de marzo) o, como indica la sentencia 87/2010, de 9 de marzo, "queda sujeto a observar un criterio objetivamente adecuado al criterio normal dentro del sector de la comunidad en que se realiza la determinación" ». La sentencia de referencia concluye que la valoración efectuada por el auditor es susceptible de impugnación ante los tribunales y que ese control comprende tanto el examen de la concordancia de las operaciones desarrolladas con el método escogido por el auditor, como el de la propia razonabilidad de éste en función de las circunstancias concurrentes y, en concreto, de la fiabilidad o no de la utilización de un método estático para la valoración de acciones de una sociedad que explota una empresa en funcionamiento.

Como indica la sentencia del Alto Tribunal analizada: "... el valor fijado por el auditor designado al efecto puede ser sustituido por el determinado por el tribunal, incluso con base en informes de expertos que sin ostentar la condición de auditor permitan su concreción, dentro de los límites, claro está, que impone la congruencia, que permite señalar uno inferior incluso en el caso de que no medie solicitud expresa de la parte."

Por tanto, conforme a la jurisprudencia citada en la resolución –(a la que podría añadirse la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2012, de gran interés por hacer una reflexión sobre qué es el valor razonable), la valoración del auditor es revisable y sustituible por el tribunal enjuiciador, facultad que la Audiencia Provincial de Madrid ejercita en el caso de autos, donde además tampoco da por buenas las periciales de las partes ni la del perito designado judicialmente, fundamentando los motivos del rechazo de cada una de ellas, y procediendo en consecuencia a sustituir la valoración por el resultado de tomar el más alto de los precios por los que se hicieron transacciones sobre participaciones de la misma sociedad en un periodo cercano a la fecha de exclusión.

Sobre esta facultad, que la sentencia comentada fundamenta en: "Descartada la utilidad de los informes periciales para determinar el valor razonable de las participaciones sociales de los demandantes y siguiendo la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2012, a fin de evitar el non liquet, cabe hacer uso de la facultad de señalar el precio ex aequo et bono en función de la prueba obrante en autos, esto es, conforme a criterios de equidad, o remitir su determinación a ejecución de sentencia en una interpretación de la previsión contenida en el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ajustada, en supuestos singulares, a la exigencia de tutela efectiva"; parece oportuno traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2012:

"Nuestro sistema, siguiendo una línea jurisprudencial de la que son muestra las sentencias de 6 de diciembre de 1858 y 14 de septiembre de 1864, parte de la regla iudex peritus peritorum consagrada en el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, a cuyo tenor "[l]os Jueces y tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos", y de forma idéntica a otros ordenamientos próximos –así el artículo 389 del Código Civil portugués dispone que " a força probatória das respostas dos peritos é fixada livremente pelo tribunal " (el valor probatorio de las respuestas de los peritos se fija libremente por el tribunal; y el 116 del Código de procedimiento italiano "Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge dispoga altrimenti" (el tribunal debe valorar las pruebas según su prudente arbitrio, a menos que la ley disponga otra cosa) -, dispone en el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que "el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica", de tal forma que, como precisa la sentencia 532/2009, de 22 de julio, "la prueba pericial debe ser apreciada por el Juzgador según las reglas de la sana crítica, que como módulo valorativo establece el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , pero sin estar obligado a sujetarse al dictamen pericial, y sin que se permita la impugnación casacional a menos que la misma sea contraria, en sus conclusiones, a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica".

Cabe concluir que ni el informe de valoración de un auditor ni las periciales de parte o por designación jurisdiccional son inmunes al juicio del Tribunal, quien puede revisarlas e incluso sustituirlas como de hecho ocurre

en el caso objeto de comentario.

Otras cuestiones que menciona la sentencia fuera del análisis del núcleo central de la controversia descrito y que merecen, pese a su evidencia, se deje constancia de ellas en esta breve nota son: a) que cuando se valoran unas participaciones de una sociedad con un objeto de holding la valoración de las participaciones pasa por la valoración de las participadas; y, b) que en el supuesto de exclusión la valoración ha de referirse a la fecha en que se produjo la misma no a la cierre del ejercicio inmediato anterior.

Representación en la Junta General de una Sociedad de Responsabilidad Limitada (STS de 15 de abril de 2014). Beatriz Durán.

La cuestión principal de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que aquí nos ocupa, versa sobre los requisitos que han de concurrir para considerar válida la representación voluntaria otorgada por un socio de una sociedad de responsabilidad limitada para que se le represente en la Junta General. En el caso, uno de los socios había otorgado un poder especial de representación a favor de un tercero ajeno a la sociedad, cuyos estatutos contemplaban la posibilidad de que todo socio con derecho a asistir a la Junta se hiciera representar por medio de otra persona –aunque ésta no fuera socio– en la forma y requisitos del artículo 49 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (hoy artículo 183 LSC). Al constituirse la junta de socios, el presidente negó que dicha representación fuera la correcta, alegando que el representante carecía de un apoderamiento general para administrar todo el patrimonio del socio dentro del territorio nacional. El socio afectado, que se vio privado de sus derechos de asistencia y voto, ejercitó una demanda de impugnación de acuerdos sociales, entre otros motivos, por la infracción de dichos derechos.

El Juzgado Mercantil estimó la demanda, entendiendo que la representación otorgada por el socio era suficiente para ser representado en Junta. La Audiencia Provincial, sin embargo, consideraría, en apelación, que la representación otorgada era insuficiente por no cumplir los requisitos del artículo 49 de la LSRL. Debe recordarse que, conforme a este precepto, no resultaba suficiente un poder especial para asistir a la Junta, siendo necesario el otorgamiento de un poder general para administrar todo el patrimonio del apoderado en el territorio nacional. La Audiencia entendió que la remisión de los estatutos al artículo 49 de la LSRL debía entenderse hecha a los requisitos de forma contemplados en el apartado 3 de este precepto (es decir, mediante un poder general para administrar todo el patrimonio del apoderado en el territorio nacional).

La sentencia en apelación fue recurrida en casación y el recurso desestimado por el Tribunal Supremo, que confirma la sentencia de la Audiencia, sobre la base de los siguientes motivos:

(i) El 49.2 LSRL legitima al socio para asistir a la junta general por sí mismo o representado por (i) otro socio; (ii) un pariente próximo; y (iii) cualquier otra persona a la que le hubiera sido conferido un poder general para administrar todo el patrimonio en territorio nacional del representado, si bien los estatutos sociales pueden autorizar la representación por medio de otras personas.

(ii) El 49.3 de la LSRL establece los requisitos de forma, que no son en ningún caso dispositivos, de la representación que se otorgue. Estos requisitos exigen que la representación otorgada sea total, se haga por escrito y, de no ser un poder especial, conste en documento público.

(iii) La Audiencia interpretó correctamente la cláusula estatutaria en dos sentidos. Por una parte, entendiendo que ampliaba el perímetro de las personas por quienes puede ser representado un socio en una junta, al permitir que lo fuera cualquier persona, sin necesidad de que tuviera un poder general para administrar la totalidad del patrimonio. Por otra parte, considerando que la referencia incluida en los estatutos a que la representación se otorgara "en la forma y con los requisitos establecidos en el artículo 49 de la LSRL" debía entenderse como una remisión a las exigencias formales del artículo 49.3 de la LSRL, que además tienen carácter imperativo. Por ello, en todo caso la representación otorgada debería ser total y el poder debería constar por escrito, debiendo, además, estar formalizado en escritura pública, si no fuera especial para asistir a la junta.

3. Derecho Bancario y de los mercados financieros

TEMAS ACTUALES

A) MERCADOS FINANCIEROS

REGLAMENTO (UE) Nº 468/2014 DEL BANCO CENTRAL EUROPEO de 16 de abril de 2014 por el que se establece el marco de cooperación en el Mecanismo Único de

Supervisión entre el Banco Central Europeo y las autoridades nacionales competentes y con las autoridades nacionales designadas y REGLAMENTO (UE) Nº 469/2014 DEL BANCO CENTRAL EUROPEO de 16 de abril de 2014 por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2157/1999 sobre las competencias del Banco Central Europeo para imponer sanciones (BCE/1999/4). Almudena Cuéllar

El Banco Central Europeo (BCE) está preparándose para asumir sus nuevas funciones de supervisión bancaria en el marco de un Mecanismo Único de Supervisión (MUS). El MUS instaurará un nuevo sistema de supervisión financiera formado por el BCE y las autoridades nacionales competentes (ANC) de los países de la Unión Europea participantes. Este sistema incluirá tanto los países cuya moneda es el euro, como aquellos que tienen otra moneda, pero que han decidido establecer una cooperación estrecha con el MUS.

En el nuevo sistema, el BCE supervisará directamente las entidades de crédito significativas y colaborará estrechamente con las autoridades nacionales competentes en la supervisión de las restantes entidades. El pasado 25 de abril de 2014 se publicó el Reglamento (UE) nº 468/2014 por el que se establece el marco de cooperación en el MUS entre el BCE y las ANC y se establecen las bases para el funcionamiento del MUS cuando el BCE asuma la función de supervisión de las entidades de crédito (el "**Reglamento Marco del MUS**"). La publicación de este Reglamento Marco supone un hito importante en el establecimiento de la unión bancaria. Está previsto que el BCE asuma plenamente sus competencias de supervisión el próximo 4 de noviembre de 2014.

El Reglamento Marco viene a desarrollar el Reglamento (UE) nº 1024/2013 en el que se crea el MUS ("**Reglamento MUS**") estableciendo normas y procedimientos que rigen, entre otras, las siguientes cuestiones:

- La evaluación del carácter significativo de las entidades de crédito para determinar si serán supervisadas directa o indirectamente por el BCE;
- La vigilancia del BCE sobre el conjunto del sistema;
- La cooperación y el intercambio de información entre el BCE y las ANC para asegurar el buen funcionamiento del MUS;
- Los procedimientos relativos a la adopción de decisiones de supervisión dirigidas a entidades supervisadas y a otras personas;
- Los procedimientos aplicables a la potestad sancionadora del BCE y de las ANC dentro del MUS.
- El Reglamento Marco del MUS únicamente se refiere a las funciones de supervisión que el Reglamento del MUS haya encomendado al BCE, no afectando, por tanto, a las que hayan sido encomendadas a las autoridades nacionales.

El BCE supervisará de manera directa a las entidades de crédito que tengan la consideración de significativas de acuerdo con criterios específicos que se establecen en el Reglamento Marco del MUS, siendo estos los siguientes: (i) en función del tamaño, (ii) en función de la importancia para la economía de la unión o de cualquier estado miembro participante, (iii) en función de la importancia de sus actividades transfronterizas, (iv) en función de que sean una de las tres entidades de crédito más significativas en el estado miembro participante, y, (v) en función de que hayan solicitado o recibido asistencia financiera pública directa del Mecanismo Europeo de Estabilidad.

Los anteriores criterios vienen a determinar que al menos las tres entidades de crédito más importantes de cada estado miembro participante quedarán bajo la supervisión directa del BCE, independientemente de su tamaño absoluto. El BCE ha publicado una lista provisional de las entidades de crédito a las que ha notificado su intención de que sean consideradas como significativas y será en septiembre de 2014 cuando publique una relación en la que figure la denominación de cada entidad que quedará bajo su supervisión directa, así como el fundamento jurídico específico en el que basa esta decisión.

El BCE notificará por escrito su decisión sobre la clasificación a cada entidad en cuestión, así como a la ANC pertinente, dando a cada entidad la oportunidad de presentar comentarios por escrito antes de adoptar una decisión. Además, las ANC tendrán, igualmente, oportunidad de formular observaciones y comentarios por escrito al BCE en relación con la mencionada clasificación.

Del mismo modo, el BCE publicará una lista de entidades supervisadas que podrían eventualmente pasar a tener el carácter de significativas. Adicionalmente, el BCE revisará como mínimo una vez al año si la entidad o el grupo supervisado siguen manteniendo la condición de significativo.

Por otro lado, el Reglamento Marco del MUS establece un sistema de cooperación entre el BCE y las ANC en relación con la solicitud de autorización para acceder a la actividad de entidad de crédito y para revocar dicha autorización.

Cuando las ANC reciban solicitudes para acceder a la actividad de entidad de crédito, informarán al BCE de ello. Si la ANC estima que la entidad cumple todas las condiciones de autorización establecidas en la legislación nacional aplicable, elaborará un proyecto de decisión en el que propondrá al BCE que conceda al solicitante la autorización

para acceder a dicha actividad. El BCE deberá conceder la autorización si el solicitante cumple con todas las condiciones de autorización de conformidad con lo dispuesto en la legislación europea y nacional pertinente. Este mismo procedimiento funcionará, de forma inversa, en el supuesto de que la ANC pertinente considere que deba revocarse en todo o en parte la autorización de una entidad de crédito.

Con la publicación del Reglamento del MUS y del Reglamento Marco del MUS y a recomendación del Consejo de la Unión Europea, se ha publicado el Reglamento (EU) nº 469/2014 del Banco Central Europeo por el que se ha procedido a modificar el Reglamento (CE) nº 2157/1999 sobre las competencias del Banco Central Europeo para imponer sanciones ("**Reglamento del BCE**").

A fin de establecer un régimen coherente de imposición de sanciones por el BCE en el ejercicio de sus funciones de supervisión con arreglo al Reglamento del MUS y al Reglamento Marco del MUS, se ha decidido aclarar el Reglamento del BCE modificándolo en el sentido de que este únicamente será de aplicación para la imposición de sanciones por el BCE en el ejercicio de sus funciones de banco central distintas de las funciones de supervisión al amparo del MUS, mientras que el Reglamento Marco del MUS será el que regirá la imposición de sanciones administrativas por el BCE en el ejercicio de sus funciones de supervisión.

No obstante, por lo que respecta a las infracciones de derecho interno en el contexto del MUS, las ANC mantendrán su competencia para imponer sanciones administrativas, pero solo podrán imponerlas a las entidades de crédito directamente supervisadas por el BCE si este solicita a las ANC que inicien un procedimiento con ese fin.

Directiva 2014/49/UE de 16 de abril de 2014 sobre sistemas de garantía de depósitos. Jacob Otero

En julio de 2010, a propuesta de la Comisión, se inició una revisión profunda de la vigente Directiva 94/19/CE sobre los sistemas de garantía de depósitos (los "SGD") que previamente fue modificada, por lo que se refiere al nivel de cobertura y al plazo de pago, en virtud de la Directiva 2009/14/CE (y previamente había sufrido una pequeña reforma de carácter formal operada por la Directiva 2005/1/CE).

Dicha revisión se ha visto plasmada en la publicación el pasado 16 de abril de 2014 de la Directiva 2014/49/UE (la "**Nueva Directiva SGD**") que establece normas y procedimientos relativos al establecimiento y al funcionamiento de los SGD.

Las principales modificaciones y novedades introducidas por la Nueva Directiva SGD respecto de la Directiva 94/19/CE sobre SGD vigente hasta la fecha, son las siguientes:

El nivel de cobertura de los SGD se mantiene en 100.000 euros por depositante, si bien se permite a aquellos Estados miembros que tuvieran un nivel de cobertura mayor (antes de la Directiva 2009/14/CE que limitó el importe máximo por depositante a 100.0000 euros) que puedan mantener dicho nivel de cobertura superior con un máximo de 300.000 euros hasta el 31 de diciembre de 2018 (fecha en que la Comisión revisará la aplicación de la Nueva Directiva SGD). Este no es el caso de España.

Asimismo, la Nueva Directiva SGD establece que determinados tipos de depósitos puedan gozar de una mayor cobertura aunque limitada en el tiempo (durante un período de entre 3 y 12 meses).

Se amplían los depósitos que deben quedar obligatoriamente excluidos de cualquier reembolso con cargo a los SGD; si antes estaban excluidos los depósitos realizados por entidades de crédito, los procedentes del blanqueo de capitales y los que constituyeran fondos propios de las entidades de crédito, en adelante se excluirán obligatoriamente, además de los anteriores, los depósitos realizados por los siguientes tipos de entidades (cuya exclusión por parte de los Estados miembros estaba permitida por parte de la Directiva 94/19/CE pero no era imperativa):

- entidades financieras (tales como sociedades financieras de cartera, sociedades financieras mixtas de cartera o entidades de pago);
- empresas de inversión;
- empresas de seguros y reaseguros;
- organismos de inversión colectiva;
- fondos de pensiones o jubilación (salvo los depósitos mantenidos por regímenes de pensión personales o regímenes de pensión profesionales de pequeñas y medianas empresas);
- autoridades públicas (se permite establecer un máximo de 500.000 euros para responder de depósitos de autoridades locales).

Asimismo se excluyen de forma imperativa los títulos de deuda emitidos por una entidad de crédito y las obligaciones derivadas de efectos negociables y pagarés.

- Los SGD protegerán todos los depósitos de las sociedades depositantes independientemente de su tamaño (la legislación europea previa permitía a los Estados miembros la exclusión de las sociedades que tuvieran un determinado importe de balance o facturación o un determinado número de empleados).

- El plazo en que a los depositantes les deben ser facilitados sus fondos por parte de los SGD en la actualidad es de 20 días hábiles. En adelante ese plazo se va a reducir en tres fases: 15 días hábiles a partir del 1 de enero 2019, 10 días hábiles a 1 de enero de 2021, y, finalmente, 7 días hábiles a partir del 1 de enero 2024.
- La Nueva Directiva SGD incrementa la información que deberán recibir los depositantes para asegurar que estos sean conscientes de los aspectos fundamentales de la protección de sus depósitos derivada de la Nueva Directiva de SGD y que tengan un acceso adecuado a los correspondientes SGD.
- La Nueva Directiva SGD también se pronuncia sobre la utilización de los fondos de los SGD, en este sentido, aunque establece que la función principal de estos sistemas es garantizar el reembolso de parte de los depósitos a los depositantes, establece también que los Estados miembros podrán autorizar a los SGD a utilizar los recursos financieros disponibles para medidas alternativas con el fin de impedir la quiebra de una entidad de crédito, siempre que se reúnan determinados requisitos.
- Se regulan los supuestos de cobertura transfronteriza de tal manera que los SGD cubrirán a los depositantes de las sucursales establecidas en otros Estados miembros por las entidades de crédito que sean miembros de aquellos y podrán cubrir a las sucursales que se encuentren fuera de un Estado Miembro si así lo decide este.

Una novedad relevante, consiste en que la Nueva Directiva SGD establece que las aportaciones a los SGD por parte de los miembros del correspondiente SGD deberán basarse en el importe de los depósitos con cobertura y el grado de riesgo afrontado por los respectivos miembros. No obstante, se permite que los SGD puedan utilizar sus propios métodos basados en el riesgo para determinar y calcular las aportaciones basadas en el riesgo de sus miembros. El cálculo de las aportaciones será proporcional al riesgo de los miembros y tendrá en cuenta adecuadamente el perfil de riesgo de los distintos modelos empresariales. Dichos métodos podrán tener en cuenta también el activo del balance e indicadores de riesgo como la adecuación del capital, la calidad de los activos y la liquidez. Asimismo se establece el nivel objetivo de cobertura mínimo que deben alcanzar los recursos financieros de un SGD (0,8 % del importe de los depósitos con cobertura de sus miembros).

Además de las principales novedades y modificaciones señaladas, la Nueva Directiva SGD establece determinados requisitos relativos a la financiación de los SGD, regula los préstamos entre los SGD, los créditos de los SGD frente a las entidades de crédito y el establecimiento de una acción legal para que los depositantes puedan reclamar las cantidades no satisfechas por los SGD.

La Nueva Directiva SGD, deroga con efectos a partir del 4 de julio de 2019, la Directiva 94/19/CE, sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros relativas a los plazos de incorporación al Derecho nacional y de aplicación tanto de la Directiva 94/19/CE como de la Directiva 2009/14/CE.

Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión. Marta Rodríguez Araña

El mes de mayo se publicó en el Diario Oficial de la UE la directiva 2014/59 (la "Directiva") cuyo objeto es el establecimiento de normas comunes y de coordinación para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (las "Entidades"). La Directiva es parte del bloque de reformas legislativas de carácter financiero que tienen como finalidad la construcción e instrumentación de la Unión Bancaria Europea. Las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva deben ser aprobadas y publicadas por los estados miembros antes del 31 de diciembre de 2014.

Como punto de partida de la Directiva, se impone a los estados miembros la obligación de nombrar autoridades administrativas públicas para realizar las funciones y tareas relacionadas con la resolución y reestructuración de las Entidades. Las autoridades nacionales estarán representadas en colegios de autoridades de resolución para la coordinación transfronteriza de los procedimientos de reestructuración, cuyo papel es esencial en la reestructuración de grupos de entidades con presencia en más de un estado miembro. En el marco de dicha colegiación, se designa a la Autoridad Bancaria Europea como autoridad que desempeña el papel de mediador.

Con el propósito de minimizar el impacto de la inviabilidad de las Entidades en el sistema económico y financiero, se ponen a disposición de las autoridades de resolución una serie de mecanismos para la resolución de eventuales crisis de las Entidades, que son objeto de regulación en los Títulos II (Preparación), III (Actuación Temprana) y IV (Resolución). Se establecen, asimismo, principios y procedimientos comunes aplicables a dichos mecanismos. Ya existe regulación nacional de los estados miembros para la resolución de Entidades a nivel nacional, pero la armonización es necesaria para evitar el falseamiento de la competencia que pueda producirse como consecuencia de las diferencias en los sistemas de resolución de cada estado, que puede incidir de modo diferente en los costes de financiación de las Entidades.

Como medida inicial de prevención, se requiere de las Entidades y de las autoridades de resolución la aprobación de planes de resolución, que se prepararán a nivel individual o de grupo. El siguiente mecanismo también tiene naturaleza preventiva, las medidas de actuación temprana se implementarán en situaciones de riesgo en las

Entidades que no lleguen a tener la gravedad suficiente como para que sean de aplicación las medidas de resolución.

La resolución, como último recurso, solo puede producirse cuando concurren las causas tasadas en la directiva. El Título IV abarca de pleno este mecanismo y comienza fijando los objetivos de su aplicación: (i) mantener la continuidad de las funciones esenciales; (ii) evitar repercusiones negativas importantes sobre la estabilidad financiera, previniendo el contagio; (iii) proteger los fondos públicos; (iv) proteger a los depositantes cubiertos por un sistema de garantía de depósitos y a los inversores cubiertos por el sistema de indemnización de inversores; y (v) proteger los fondos y los activos de los clientes. En la ejecución de las resoluciones las autoridades de resolución procurarán minimizar el coste de la resolución y evitar toda destrucción de riqueza, tanto a nivel local como de la unión (de especial gravedad en caso de Entidades pertenecientes a grupos transfronterizos). Son también objeto de desarrollo los instrumentos al alcance de las autoridades para a cabo las resoluciones de las Entidades (venta del negocio, entidad puente, segregación de activos y recapitalización interna).

El tratamiento de la resolución de grupos con presencia en más de un estado miembro se trata en el Título V. Para la coordinación de este tipo de actividades con terceros países, se faculta a la Comisión a presentar propuestas para negociar acuerdos en relación con modalidades de cooperación.

Con el fin de desarrollar uno de los principios rectoros de la Directiva, evitar que sean los contribuyentes quienes asuman el coste de la reestructuración y resolución de Entidades, se crea un sistema europeo de mecanismos de financiación para los instrumentos de resolución mediante un fondo, cuya utilización será activada por las autoridades de resolución, y se establecen los principios para su aplicación conforme a los objetivos de la directiva. Como muy tarde, el 31 de diciembre de 2014, los recursos financieros de estos mecanismos de financiación deberán alcanzar el 1% del importe de los depósitos garantizados de todas las Entidades autorizadas en cada estado miembro.

Adicionalmente, en la medida en que no existan ya este tipo de disposiciones a nivel nacional, la Directiva obliga a los estados a establecer normas relativas a sanciones administrativas y otras medidas administrativas para caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales que se aprueben en aplicación de la Directiva.

Por último, se modifican las siguientes normas con el objeto de adaptarlas a la Directiva: Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) nº 1093/2010 y (UE) nº 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo.

B) MERCADO DE VALORES

Reglamento (UE) Nº 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/4/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión. Andrés Álvarez Sala

Desde la entrada en vigor de la Directiva 2003/6/CE, que completó y actualizó el marco jurídico de la Unión para la protección de la integridad de mercado, los cambios legislativos y tecnológicos han exigido la redacción de un nuevo instrumento legislativo que asegure la uniformidad de las normas y la claridad de los conceptos en materia de abuso de mercado. Con la aprobación de este Reglamento, se pretenden conseguir dichos fines, estableciendo una interpretación uniforme del concepto de abuso de mercado: "conductas ilegales en los mercados financieros", a saber, la realización de operaciones con información privilegiada, la ilícita comunicación de la misma y la manipulación de mercado.

En los últimos años se ha extendido el uso de los instrumentos negociados en sistemas multilaterales de negociación (SMN), sistemas organizados de contratación (SOC) o que únicamente se negocian en mercados no organizados (OTC). Sobre estos, instrumentos financieros no versaba la Directiva 2003/6/CE, que se detenía en los instrumentos negociados en mercados regulados. El Reglamento incorpora al ámbito de regulación comunitaria los mencionados instrumentos financieros.

El Reglamento define las operaciones con información privilegiada como las operaciones de mercado en las que se obtiene una ventaja injusta como consecuencia del uso de información privilegiada, en detrimento de terceros que desconozcan dicha información. Se establece una presunción de culpabilidad (sin perjuicio del derecho de defensa) sobre aquellas personas, físicas o jurídicas, que posean información privilegiada, que realicen operaciones de mercado a las que se refiere esa información. Las autoridades competentes deben analizar qué es lo que una persona normal y razonable conoce o hubiese debido conocer atendiendo a las circunstancias de cada caso. Los agentes del mercado valorarán qué información es privilegiada o no, teniendo en cuenta la publicidad de la información y el posible efecto sobre los instrumentos financieros negociados antes de la publicación o distribución de la información (excluyendo así los análisis y cálculos elaborados a partir de datos públicos).

Para evitar la prohibición de actividades financieras lícitas (donde no hay abuso de mercado) se admiten

determinadas conductas. Así, se dispensan de la posibilidad de incurrir en abuso a los creadores de mercado y a los intermediarios que actúan en nombre de personas que sí operan con información privilegiada. Por el mismo motivo se permite la elaboración propia de planes y estrategias de negociación.

Las prospecciones de mercado no se consideran, por sí mismas, abuso de mercado. El Reglamento reconoce la importancia de este instrumento y admite que puede conllevar una comunicación de información privilegiada. Por ello establece un procedimiento para admitir la comunicación de información privilegiada. La comunicación de dicha información será considerada legítima si se comunica en el ejercicio normal del trabajo o profesión de una persona y con el consentimiento de la persona a la que se la revela. Esa persona debe conocer que la información es privilegiada, que su capacidad para negociar y actuar sobre base de la misma está limitada, que debe proteger su confidencialidad y que debe dar a conocer al participante del mercado que realiza la prospección, la identidad de las personas a las que se comunica la información con la finalidad de elaborar una respuesta. Esta norma tiene una importancia trascendental en relación con las operaciones de adquisiciones de empresas en las que los administradores de la transmitente o algunos de sus socios informan al eventual adquirente de datos que no son públicos, ya que delimita el ámbito en el que el adquirente puede hacer uso de la misma para adquirir la empresa o paquetes significativos de su capital.

Para evitar las operaciones que se realicen con información privilegiada se establece un deber general para los emisores de instrumentos financieros de difusión pública de la información privilegiada, que se podrá retrasar cuando dicha comunicación perjudicase sus intereses legítimos y el retraso de la comunicación no indujera a confusión o engaño al público, siempre que el emisor pueda garantizar la confidencialidad de la información. El deber de difusión pública podría ser perjudicial para las PYMES, en este sentido el Reglamento permite e insta a la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM) a elaborar directrices que, sin comprometer la protección de los inversores, ayuden a los emisores a cumplir su obligación.

La prohibición de manipulación de mercado se extiende a cualquier conducta que intencionadamente cause confusión o engaño en los mercados financieros. Se incorpora una lista (no excluyente) de actividades de manipulación de mercado, que incluye la manipulación de los índices de referencia, la introducción de órdenes que no pueden ejecutarse, la difusión de información falsa o engañosa a través de cualquier medio (inclusive internet) y la omisión de información o hechos importantes. Así mismo, se prohíbe también la tentativa de manipulación de mercado, es decir, el inicio de una acción que manipule el mercado pero que no se acabe efectuando por causas ajenas al actor.

Igualmente, el Reglamento prevé, para la supervisión y sanción de quienes incurran en abuso de mercado, una serie de instrumentos y mecanismos armonizados. Se uniformizan los campos de datos que deben incluir las listas de iniciados y se exige a los emisores que elaboren una lista de las personas que tengan acceso a información privilegiada. Las operaciones de las personas con capacidad de dirección quedan sometidas a algunos requisitos de transparencia. Se exigirá que se publique la pignoración o préstamo de instrumentos financieros y de operaciones con uso de información privilegiada, que realicen por cuenta propia o por personas estrechamente vinculadas a ellos. En fin, se prohíbe entablar negociaciones antes del anuncio de los estados financieros intermedios o del cierre de ejercicio.

El Reglamento recoge un conjunto mínimo de competencias en materia de supervisión e investigación que se debe confiar a las autoridades competentes de los Estados miembros (acceso a locales privados para proceder a la incautación de documentos, acceso a registros telefónicos e informáticos y al registro de tráfico de datos) todo ello sin perjuicio del respeto a los derechos fundamentales. Las autoridades competentes tienen el deber de cooperar entre ellas y la AEVM en los casos de abuso de mercado transfronterizos y con Estados ajenos a la UE. Así mismo se prevé que las autoridades competentes cuenten con un régimen sancionador aplicable en materia de abuso de mercado, considerando incluso la posibilidad de inhabilitar permanentemente a determinadas personas para el ejercicio de funciones de gestión en empresas de servicios de inversión.

Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado (Directiva sobre abuso de mercado). Andrés Álvarez-Sala

Desde la entrada en vigor de la Directiva 2003/6/CE, que completó y actualizó el marco jurídico de la Unión para la protección y la integridad de mercado, los cambios legislativos y tecnológicos han exigido la redacción de instrumentos legislativos que aseguren uniformidad de las normas y la claridad de los conceptos en materia de abuso de mercado, así como una mayor uniformidad en los Estados miembros respecto del régimen de sanciones aplicables en materia de abuso de mercado. El Reglamento (UE) Nº 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el abuso de mercado estableció para los Estados miembros un régimen uniforme que define con claridad los conceptos y prevé una serie de conductas sancionables.

La Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado, desarrolla el régimen sancionador previsto en el mencionado Reglamento. Así, establece para los Estado miembros (a excepción del Reino Unido) un conjunto de sanciones penales mínimas,

tanto para personas físicas como jurídicas, aplicable tanto en los instrumentos financieros admitidos a negociación en un mercado regulado, como en aquellos instrumentos negociados en un sistema multilateral de negociación (SMN), o los negociados en un sistema organizado de contratación (SOC).

La Directiva sobre abuso de mercado obliga a los Estados miembros a establecer sanciones penales para los casos graves de operaciones con información privilegiada, la manipulación de mercado y la comunicación ilícita de información privilegiada. La gravedad del abuso de mercado se considerará teniendo en cuenta, entre otros, el impacto en la integridad del mercado, el daño causado al mercado y el valor de los instrumentos financieros utilizados.

La Directiva establece para las personas físicas culpables de realizar operaciones con información privilegiada, de inducir a terceros a realizar dichas operaciones o de manipular el mercado, una pena mínima de 4 años de privación de libertad. Del mismo modo, para las personas físicas culpables de realizar comunicaciones ilícitas de información privilegiada, la Directiva establece una pena mínima de 2 años de privación de libertad. Por otro lado, la incitación a la comunicación ilícita de información privilegiada o a la manipulación de mercado, la complicidad en el abuso de mercado, la tentativa de cometer operaciones con información privilegiada o la tentativa de manipular el mercado conllevarán igualmente sanciones penales.

Las sanciones aplicables a las personas jurídicas culpables de cometer abuso de mercado mencionadas en la Directiva incluyen la prohibición temporal o permanente del ejercicio de actividades, la vigilancia judicial, la disolución judicial, el cierre (temporal o definitivo) de los locales utilizados para cometer el abuso y la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas.

Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE y Reglamento (UE) Nº 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativo a los mercados de instrumentos financieros y por el que se modifica el Reglamento (UE) Nº 648/2012.
Pablo Ruiz de Assín.

La Directiva 2014/65/UE (conocida como "MiFID II") y el Reglamento (UE) Nº 600/2014 ("MiFIR") fueron publicados el pasado 15 de mayo de 2014 en el Diario Oficial de la Unión Europea y vienen a sustituir a la Directiva 2004/39/EC ("MiFID") como instrumento central en la regulación de los mercados financieros en la Unión Europea. Esta nueva normativa comunitaria viene a incorporar al Derecho de la Unión Europea en materia de mercados e instrumentos financieros, el contenido de las declaraciones y acuerdos del G-20 adoptados entre los años 2009 y 2011.

MiFID II viene a sustituir a MiFID en relación con la prestación de servicios de inversión sobre instrumentos financieros por entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, así como el funcionamiento de los mercados regulados.

En primer lugar, el Título II recoge las condiciones de autorización y funcionamiento de las empresas de servicios de inversión, incluyendo la tradicional regulación en materia de idoneidad de los miembros de sus órganos de dirección, régimen de participaciones significativas, requisitos organizativos, requisitos de protección del inversor, régimen de pasaporte, etc. Como novedades cabe destacar en esta sección la regulación sobre el control de riesgos en la negociación algorítmica por parte de las empresas de servicios de inversión.

El Título III contiene el régimen de autorización y funcionamiento de los mercados regulados (incluyendo el régimen sobre suspensión y exclusión de instrumentos financieros de la negociación, la supervisión de las normas del mercado regulado, etc.). La normativa también uniformiza los requisitos de pre-negociación y post-negociación de todos los instrumentos financieros, dedicando un apartado especial a la contratación de alta frecuencia, así como las obligaciones de comunicación de operaciones.

El Título IV establece limitaciones de las posiciones y controles de la gestión de posiciones de en derivados sobre materias primas y determinadas obligaciones de comunicación.

El Título V viene a regular los servicios de suministro de datos y el Título VI regula el régimen supervisor y sancionador, atribuyendo facultades de seguimiento, así como poderes de intervención temporal (incluyendo posibles prohibiciones/restricciones de comercialización, distribución o venta de determinados instrumentos financieros) a la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM) y a la Autoridad Bancaria Europea (ABE) Respecto a MiFIR, es importante señalar que se trata de la norma que sirve de base al desarrollo legislativo de MiFID II. En este sentido, MiFIR uniformiza la normativa comunitaria en lo referido a la publicación de datos sobre la negociación, la comunicación institucional de operaciones, la negociación de derivados, el acceso no discriminatorio a los mecanismos de compensación y a la negociación con índices de referencia, los poderes de

intervención de la AEVM y la ABE y la prestación de servicios de inversión por empresas de terceros países. Así, la AEVM queda encargada del seguimiento del mercado en lo relativo a instrumentos financieros y depósitos estructurados que se comercialicen, distribuyan o vendan en la Unión Europea. Tanto la AEVM como la ABE cuentan con poderes de intervención temporal, pudiendo ambas prohibir o restringir la comercialización, distribución o venta de determinados instrumentos financieros o de instrumentos financieros que presentan determinadas características específicas, o un tipo de práctica o actividad financiera.

La intervención de ambas instituciones no podrá tener un efecto perjudicial para la eficiencia de los mercados, o los intereses de los inversores, y no podrá crear un riesgo de arbitraje regulatorio.

Se establecen también en la normativa poderes de la AEVM en materia de gestión de posiciones, entre los que pueden destacarse, la solicitud de información pertinente sobre el volumen y la finalidad de una posición o exposición, medidas de reducción o supresión de las posiciones, y en última instancia, poder de limitación de la capacidad de negociación de cada persona física o jurídica.

Circular 1/2014, de 26 de febrero, de la CNMV, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión. Fernando Revuelta.

La Circular 1/2014 de 26 de febrero de CNMV sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión (la "**Circular**") publicada en el BOE de 3 de abril de 2014 y en vigor desde el día siguiente de su publicación, tiene como objetivo fundamental concretar y desarrollar los requisitos de estructura organizativa y establecer los requisitos mínimos de organización y control interno adecuados a la naturaleza, volumen y complejidad de los servicios de inversión y auxiliares prestados por las empresas de servicios de inversión ("**ESIs**"), así como detallar las tareas a desarrollar por las unidades que desempeñen las funciones de gestión de riesgos, cumplimiento normativo y auditoría interna de manera ordenada y coherente respecto de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores.

El Consejo de la CNMV, teniendo en cuenta alguna de las recomendaciones publicadas por ESMA, ha querido desarrollar, clarificar y actualizar las disposiciones relativas a los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las ESIs que estaban reguladas por la Circular 1/1998, de 10 de junio, de la CNMV, sobre sistemas internos de control, seguimiento y evaluación continuada de riesgos, ahora derogada por la Circular.

Esta Circular es de aplicación a las ESIs españolas y no comunitarias que operen en España, a las entidades de crédito, a las sucursales en España de ESIs y de entidades de crédito de Estados miembros de la Unión Europea, a los agentes establecidos en España de entidades constituidas en otros Estados comunitarios y a las empresas de asesoramiento financiero ("EAFIs"). Se determina que el órgano de administración será el responsable de establecer y mantener una estructura organizativa adecuada para garantizar el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 70 ter de la Ley 24/1988, de 28 de julio; en el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y en la normativa de solvencia. Esta estructura comprenderá:

- una unidad que desarrolle la función de cumplimiento normativo;
- una unidad que realice la función de gestión de riesgos; y
- una unidad que desempeñe la función de auditoría interna.

No obstante, se habilita a las ESIs que por su naturaleza, escala y complejidad de sus actividades no requieran de una estructura tan desarrollada, a tener una única unidad que funcione de manera independiente y que desempeñe las funciones de cumplimiento normativo y gestión de riesgos siempre que la asunción de responsabilidades y la realización de las tareas asociadas a cada una de las funciones estén aseguradas. Asimismo, se entenderán cumplidas las obligaciones de disponer de las funciones de cumplimiento normativo, gestión de riesgos y auditoría interna en las EAFIs personas físicas que cuenten con un experto independiente. La Circular desarrolla las obligaciones mínimas y requisitos que cada unidad debe cumplir.

Asimismo, recoge en su norma octava la posibilidad de que todas las obligaciones relativas cumplimiento normativo, gestión de riesgos y auditoría interna sean delegadas siempre y cuando se cumpla con lo dispuesto en la sección 4.ª del capítulo I del título II del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero.

De entre las disposiciones finales, destacamos:

(i) la modificación realizada sobre la Circular 1/2010 sobre estados reservados de normas de conducta, para que las sociedades y agencias de valores y las sociedades gestoras de cartera estén obligadas a remitir a la CNMV el estado T4 sobre ingresos brutos percibidos en la prestación de servicios de inversión;

(ii) la modificación realizada sobre la Circular 3/2013, de 12 de junio, de la CNMV, sobre el desarrollo de determinadas obligaciones de información a clientes a los que se prestan servicios de inversión, por la que se elimina la obligación de recabar expresión manuscrita en la evaluación de conveniencia e idoneidad de los

instrumentos financieros cuando se realicen a los clientes profesionales señalados en el apartado 3 del artículo 78 bis de la LMV, excepto a los recogido en la letra e).

Por último, indicar que las entidades tendrán que tener adaptadas sus estructuras a los requisitos exigidos por la Circular antes del 31 de diciembre del 2014.

4. Contratos Mercantiles

Orden, de 29 de abril, de medidas temporales para facilitar la progresiva adaptación de las entidades aseguradoras y reaseguradoras al nuevo régimen de la Directiva 2009/198/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad del seguro y de reaseguro y su ejercicio. Rafael Sáez.

El pasado día 8 de mayo entró en vigor la Orden del Ministerio de Economía y Competitividad ECC/730/2014 para la implantación de diversas medidas para la adaptación progresiva del sector asegurador español al nuevo marco jurídico que impondrá, desde el 1 de enero de 2016, la Directiva 2009/138/CE del Parlamento y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre la seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio, comúnmente conocida como la Directiva Solvencia II.

La publicación de estas medidas se realiza a raíz de la aprobación, el pasado 31 de octubre, por la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (AESPJ) de una serie de directrices sobre el sistema de gobierno de las entidades aseguradoras, la evaluación interna prospectiva de los riesgos, el suministro de información al supervisor y la solicitud previa de modelos internos, dirigidas todas ellas a las Autoridades de Supervisión nacionales, en el caso de España, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGSFP).

El dictado de estas normas por la AESPJ pretende, de una parte, conseguir que las entidades aseguradoras y reaseguradoras estén preparadas para el marco regulatorio y financiero que impondrá la Directiva Solvencia II y, de otro, impedir que cada Estado miembro elabore sus propias recomendaciones, posibilitando la creación de soluciones de ámbito nacional, desconectadas de las que se pudieran adoptar en otros territorios.

Las medidas aprobadas se concretan de la siguiente forma:

- Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán presentar antes del 31 de julio de 2014 a la DGSFP un calendario aprobado por su órgano de administración que permita la implantación progresiva del contenido de la Directiva Solvencia II;
- Las entidades aseguradoras y reaseguradoras y los grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras incluidos en el proceso de solicitud previa de modelos internos para el cálculo de las exigencias de solvencia, deberán cumplir con las directrices de la AESPJ para conocer su grado de preparación para presentar la solicitud de utilización de modelos internos para dicho cálculo;
- Las entidades aseguradoras y reaseguradoras elaborarán un informe anual referido a los ejercicios 2014 y 2015 sobre el cumplimiento de las recomendaciones y directrices de la AESPJ. Dicho informe deberá ser aprobado por el órgano de administración de cada entidad y remitido a la DGSFP antes del 30 de enero de 2015 y de 2016, respectivamente;
- Las entidades aseguradoras y reaseguradoras y los grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán presentar ante la DGSFP el informe de supervisión de la evaluación interna prospectiva de los riesgos dentro de las dos semanas siguientes a su revisión y aprobación por su órgano de administración;
- Las entidades de seguros y reaseguro que concentren al menos el 80% de la cuota de mercado nacional correspondiente al ejercicio 2012, deberán presentar ante la DGSFP, antes del 3 de junio de 2015, la información cuantitativa y cualitativa correspondiente al ejercicio 2014;
- Las entidades de seguros y reaseguro que concentren al menos el 50% de la cuota de mercado nacional correspondiente al ejercicio 2012, además de la información del epígrafe precedente, deberán presentar ante la DGSFP, antes del 25 de noviembre de 2015, la información cuantitativa trimestral correspondiente al trimestre que finalice que 30 de septiembre de 2015.

Las cuotas de mercado de los apartados anteriores se determinarán, para las entidades dedicadas al seguro de vida, según la cuantía de sus provisiones técnicas brutas para seguros de vida; para las que realizan actividades de seguro distinto del seguro de vida, según las primas brutas devengadas de seguros distintos del seguro de vida, seguro directo y reaseguro aceptado;

- Los grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras con más de 12.000 millones de euros de activos totales en el balance contable consolidado correspondiente al ejercicio 2012, deberán presentar ante la DGSFP, antes del 15 de julio de 2015, la información cuantitativa y cualitativa anual correspondiente al ejercicio 2014; y antes del 7 de enero de 2016, la información cuantitativa trimestral correspondiente al

trimestre que finaliza el 30 de septiembre de 2015.

La doctrina del Tribunal Supremo sobre créditos documentarios a la luz de dos nuevas y recientes sentencias en relación con el mismo supuesto de hecho. Andrés Recalde

En los últimos meses el Tribunal Supremo se ha pronunciado en dos ocasiones sobre créditos documentario. En ambas se plantearon cuestiones de indudable interés, que inciden en el núcleo de la institución. Lo peculiar es, además, que se referían a un mismo conflicto, sobre el que el Tribunal Supremo ya se pronunció también el año pasado en otros dos pronunciamientos (SSTS 19 de marzo y 24 de abril 2013).

La más reciente es de 13 de marzo de 2014 (Ponente Arroyo Fiestas). La doctrina que en ella se establece no es, en principio, objeto de discusión. El supuesto se refería a la reclamación de una cantidad por parte de un subcontratista contra el dueño de la obra, que esta empresa debía en virtud de un contrato de venta de fábrica llave en mano. Habiéndose declarado el concurso de la demandada, los administradores concursales rechazaban el pago alegando la existencia de un crédito documentario que abrió el deudor (ordenante) para pagar la cantidad debida por el contrato. Su oposición al pago se sostenía en que el carácter irrevocable del crédito documentario lleva a que la apertura del crédito se califique como *pro soluto*, lo que vedaría toda posibilidad de que el acreedor originario (beneficiario del crédito documentario) a quien el banco (emisor) había remitido la carta de crédito, o el subcontratista (por la vía de la acción directa ex art. 1597 Cc) pudieran reclamar del deudor principal el cumplimiento de la obligación de pago.

El Tribunal Supremo rechaza esta posición y, de conformidad con lo que ya había afirmado en anteriores ocasiones (p. ej. en las citadas SSTS 19 de marzo y 24 de abril 2013), advierte, por el contrario, que la emisión del crédito documentario se hace *pro solvendo*, y no extingue la relación subyacente ni produce "efectos de pago" (art. 1170 CC). La orden del deudor al banco para que este emita una carta de crédito a favor del beneficiario (el acreedor) no extingue la relación jurídica original. Consiguientemente, esa deuda subsiste y se puede reclamar. El crédito documentario tan sólo refuerza la posición del acreedor que puede exigir el pago por parte del banco, quien, de esta forma, garantiza, con la solvencia que se presume de estas entidades, la obligación del deudor originario.

La única duda que plantearía esta sentencia se refiere a la razón por la que la subcontratista reclamó el pago de la deudora original concursada (la dueña de la obra), teniendo que esperar a la sentencia del tribunal supremo para su satisfacción, en lugar de obtener el pago de la contratista principal (una entidad austriaca). La explicación puede encontrarse en una afirmación que se hace de refilón, según la cual "*consta que aún no se ha abonado el importe del crédito documentario, en virtud de medida cautelar acordada por el Juzgado, que motivó la consignación de la cantidad por parte de la entidad bancaria*".

La interposición de una medida cautelar para impedir que el banco pague el crédito documentario abre el camino al segundo orden de problemas que plantean los créditos documentarios irrevocables: el de la eficacia de las relaciones causales que en el ámbito de la obligación del banco. La posición del Tribunal Supremo en la primera (en el tiempo) de las sentencias dictadas quizá explique la opción de reclamar del deudor originario.

La otra sentencia, que comentamos, es de unos pocos meses antes, en concreto del 21 de noviembre de 2013 (Ponente Sancho Gargallo). En ella se dilucidó la reclamación por un banco austriaco contra otro español (una antigua caja de ahorros) de la cantidad que el primero había satisfecho en cumplimiento de un crédito documentario cuando actuó como banco confirmante del crédito documentario. El origen de la deuda asumida por el banco emisor está en la orden que recibió de su cliente, el deudor de la obligación causal a la que hacía referencia la primera de las sentencias comentadas (la que tenía su origen en la construcción de la fábrica llave en mano), para que el banco se comprometiera a satisfacer aquella cantidad a reclamación del beneficiario.

Habiendo recibido la orden de su cliente, el banco español emitió una carta de crédito, que incluía el compromiso de satisfacer al beneficiario una cantidad equivalente a la debida en virtud de la referida obligación. Sin embargo, el pago no lo realizaría de forma directa, sino a través de un banco austriaco que intervino como confirmante, con lo que asumía como propia la obligación de realizar el pago al beneficiario.

Aunque en un momento el banco español informó al banco austriaco de que se cumplían las exigencias previstas en el crédito documentario para el pago, poco después le advirtió que había recibido la orden de un juzgado de proceder a la retención y depósito judicial en la cuenta de depósitos y consignaciones del juzgado, de la cantidad cuyo pago estaba pendiente y había asumido en virtud del crédito documentario.

Sin embargo, cuando el beneficiario reclamó al banco austriaco el pago, este, cumpliendo las obligaciones que tenían su origen en la confirmación de la carta de crédito, satisfizo la correspondiente cantidad. Consiguientemente el banco austriaco reclamó del banco español el reembolso de lo satisfecho. En primera instancia su reclamación fue desestimada. Pero en la apelación el banco austriaco obtuvo la condena del banco español a partir de dos argumentos: i. el carácter abstracto del crédito documentario irrevocable conduce a que el banco deba pagar al beneficiario si este presenta los documentos previstos en el contrato y cumple las instrucciones fijadas en la apertura, sin que pueda oponer un embargo judicial del crédito; ii. después de haber realizado el pago, el banco austriaco tendría derecho a reclamar del banco emisor (el español) la cantidad que había satisfecho.

El tribunal supremo, sin embargo, casó la sentencia y absolvió al banco español. El recurso de casación del banco alegaba, por un lado, que el deudor no debe realizar el pago de un crédito si un juez ha ordenado la retención de la deuda (art. 1156 Cc); por otro, la posibilidad de reclamar la cantidad pagada por cuenta de otro se excluye cuando el deudor expresamente se opone al pago (art. 1158 Cc).

El Tribunal Supremo reconoce la vinculación irrevocable del banco en los casos ordinarios de esta clase de operación como medio de garantía y financiación en el comercio internacional, que dota a las empresas de confianza y seguridad en el cobro. A este objetivo contribuye la intervención de una entidad bancaria, que no asume la obligación subyacente, sino una propia y abstracta.

Sin embargo, el Tribunal Supremo establece que el banco emisor no podría pagar porque el juzgado ordenó la retención del crédito y la consignación de la cantidad correspondiente; y que tampoco debería haberlo hecho el banco confirmante ni, consiguientemente, este puede reclamar del banco emisor el reembolso de la cantidad que satisfizo, dado que había recibido instrucciones para que no la satisficiera.

Con todos los respetos, la posición del tribunal supremo es, en nuestra opinión, errónea en el presente caso. Si se admite la oponibilidad de la interdicción judicial de pagar y, más aún, la posibilidad de invocarla frente al banco confirmante, se contradice derechamente la función del crédito documentario. Este cumple, sobre todo, una función de garantía. Las partes introducen en la obligación de pagar a un banco para ofrecer al acreedor la seguridad de cobrar. En las relaciones sinalagmáticas entre personas presentes la garantía está en la posibilidad de oponer el incumplimiento de la contraparte. En el comercio internacional en el que las relaciones se producen entre personas distantes, el sinalagma funcional se restaura con la garantía de pago asumida por un banco que se compromete a un pago, pago que no se puede ver entorpecido por ninguna circunstancia que derivara de la relación originaria. Esta afirmación vale para el banco emisor principal y para el banco confirmante, a quien se trasladó el encargo de pagar y que asume, por tanto, un nuevo compromiso abstracto a favor del destinatario de la carta de crédito y beneficiario.

Los fallos de la presente sentencia probablemente provienen de la situación procesal previa. En concreto de la eficacia del embargo del crédito del banco (el emisor) por el ordenante o por sus acreedores, que, en realidad, nunca estarían legitimados para disponer de un crédito que surge en virtud de una relación en la que no son parte: la obligación abstracta que asume el banco como consecuencia de la emisión de la carta de crédito. El juzgado nunca debió haber aceptado la petición de los acreedores del ordenante para que el banco dejara de pagar la obligación que asumió cuando, en cumplimiento del encargo recibido, emitió la carta de crédito. La relación entre el ordenante y el banco tiene la naturaleza del contrato de comisión. Pero la comisión se cumple cuando el banco, siguiendo las instrucciones del ordenante, emite la carta de crédito. Desde entonces el banco se compromete ya a pagar. Eso sí, qua comisionista, tiene también derecho a cobrar la comisión y a que el comitente le deje indemne de las consecuencias de haber cumplido el encargo que recibió.

Esto, es obvio, se aplica al banco emisor, que no debería verse afectado por una orden judicial de retención del pago. Pero más todavía en el caso del banco confirmante, incluso aunque no hubiera sido provisto de fondos por la totalidad de la deuda, ya que la realización de la provisión de fondos no es condición para cumplir la comisión. Puesto que el banco confirmante había asumido un compromiso propio de pagarle al beneficiario, no podía luego negarse alegando la existencia de instrucciones derivadas de su relación con el banco emisor o de este con el ordenante del crédito documentario. Y, si paga cumpliendo el contrato de comisión, debe poder recuperar lo pagado de quien le ordenó que pagara.

5. Derecho Concursal

Concurso de acreedores y garantías otorgadas en el seno de un grupo de sociedades (STS de 30 de abril de 2014). Fco. Javier Arias Varona

El análisis concursal de las garantías concedidas en el seno de un grupo de sociedades, además de constituir un supuesto muy frecuente en la práctica, es tradicionalmente una cuestión problemática. La razón es clara: la prestación de garantías a favor de una sociedad del mismo grupo puede resultar muy inconveniente para la sociedad que la ofrece. Sin embargo, su empleo es muy habitual en los grupos, pues es un mecanismo que permite aprovechar las sinergias derivadas de este tipo de estructuras. La prestación de garantías intragrupo es, por tanto, uno de los escenarios en los que puede observarse con mayor nitidez la tensión entre el interés individual de las sociedades que forman parte del grupo y el interés de este último como un interés superior, del que eventualmente se benefician, de modo indirecto, las sociedades participantes. El supuesto es, así, terreno abonado para la discusión en el ámbito de las acciones rescisorias concursales, cuando se produce el concurso de la sociedad que garantiza, dado que sus acreedores tenderán a considerar la prestación de la garantía como un

acto "perjudicial para la masa activa" y, por tanto, rescindible por efecto de lo dispuesto en el art. 71 de la Ley Concursal. Como en el resto de garantías a favor de tercero, además, debe resolverse si el acto considerado lo fue a título oneroso o gratuito, pues el régimen concursal diferencia las consecuencias en uno y otro caso.

La importante Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2014 viene a ocuparse de estas cuestiones, en el contexto de una garantía hipotecaria concedida por una sociedad del grupo a favor de una entidad financiera para la concesión de un préstamo en beneficio de otra sociedad del mismo grupo. En el asunto, el Juzgado de lo Mercantil de Jaén había considerado que la prestación de la garantía era un acto gratuito, a los efectos del art. 71 LC, por ser sociedades hermanas (si fuera en la relación matriz garante/filial garantizada la conclusión sería otra, según afirmó en su momento el Juzgado de lo Mercantil). La decisión fue mantenida por la Audiencia Provincial, que sostuvo el carácter de acto perjudicial para la masa activa, por tratarse de la constitución de "una hipoteca sobre el bien más valioso de la concursada para garantizar una deuda ajena de una sociedad que se encontraba en una pésima situación financiera, sin recibir contraprestación alguna pues no hay constancia de que el dinero prestado haya fluido directa o indirectamente a la concursada".

El Tribunal Supremo manifiesta expresamente que una garantía a favor de tercero ha de considerarse onerosa cuando el acreedor asume una cierta prestación, sea a favor del garante o del deudor principal. En el caso de las garantías a favor de tercero, esa circunstancia ha de entenderse presente cuanto la garantía se constituya de manera coetánea al nacimiento del crédito garantizado, dado que debe entenderse que el acreedor lo concede por la existencia de la garantía (garantías contextuales). Esto supone, por tanto, que en estos supuestos, no sería posible la rescisión concursal de la garantía por ser un acto gratuito (art. 71.2 LC). Sin embargo, como sigue argumentando el Tribunal Supremo, ello no significa la irrevocabilidad de la operación, sino la necesidad de analizarla desde el punto de vista de los actos a título oneroso (art. 71.3.1 LC). En el caso, sería aplicable la presunción de perjuicio para la masa activa en este contexto, dado que se trataría de un acto dispositivo a título oneroso a favor de un sujeto especialmente relacionado con el deudor, por ser una de las sociedades del mismo grupo (art. 71.3.1, con relación al art. 93.2, 3º LC). Con relación a este extremo, la STS recoge un voto particular del magistrado D. Antonio Salas Carceller, que, sin discutir la corrección del resultado final, considera que no cabe atribuir el carácter oneroso de la operación por ser contextual, pues supone integrar en el concepto de causa motivos que quedan fuera de ella y que no deberían ser oponibles a los acreedores del concursado (en el caso, la sociedad garante).

La construcción referida no agota la argumentación del Tribunal Supremo, que se ve obligado a analizar la existencia real del perjuicio patrimonial. No cabe olvidar que el art. 71 LC establece un juego de presunciones que, en el caso de los actos a título oneroso, tienen carácter *iuris tantum*. En este punto, entra en juego el papel del interés del grupo y los beneficios obtenidos por la pertenencia al mismo. La afirmación de partida del Tribunal Supremo es suficientemente expresiva como para recogerla literalmente. Según el Alto Tribunal, no habría perjuicio patrimonial "si existe una atribución patrimonial, siquiera indirecta, a favor de la sociedad garante, de una entidad suficiente para justificar la prestación de la garantía. Pero la simple existencia de un grupo de sociedades no es por sí sola justificativa de la existencia de esa atribución o beneficio patrimonial que excluya el perjuicio en la constitución de la garantía. No basta, pues, la invocación en abstracto del "interés de grupo" para excluir la existencia de perjuicio en la constitución de una garantía intragrupo, es preciso concretar y justificar el beneficio económico obtenido por el garante. Es más, en ocasiones, algunos resultados provechosos para el "interés del grupo" pueden lograrse a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas, lo que los acreedores de estas no están obligados a soportar". Y es que, como recuerda a continuación, "[c]ada una de las sociedades integradas en el grupo tiene una personalidad jurídica, y un patrimonio, independiente de las demás, que constituye un centro de imputación individualizado de relaciones jurídicas". Sobre la base de estos argumentos, el Tribunal Supremo considera que no se ha podido probar la existencia de un beneficio para la sociedad garante, porque el aducido por el recurrente (la concesión de préstamos para "el grupo") no se sostiene, porque el grupo carece, como tal, de individualidad propia. Como dice de manera expresa, la beneficiaria del préstamo fue otra sociedad y no "el grupo", sin que se haya demostrado la existencia de un beneficio concreto para la sociedad garante.

Es también interesante la conclusión a la que se llega en cuanto a los efectos derivados de la rescisión. La recurrente sostenía que, siendo la garantía contextual a la concesión de un préstamo, la rescisión de la garantía debía suponer la de la operación completa (es decir, incluir también la rescisión del préstamo). Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que el efecto de la sentencia rescisoria solo puede ser la extinción de la garantía (y la cancelación subsiguiente de la inscripción registral de la hipoteca). No hay diferencia, por tanto, con los supuestos ordinarios de rescisión de garantías: el préstamo no se ve afectado. La tesis es coherente con el hecho de que el ordenamiento concursal permite la rescisión de actos de disposición unilaterales (por ejemplo, pagos o compensaciones) que no afectan al negocio del que surgen, concediendo solo el derecho al acreedor beneficiado por el acto unilateral un derecho de crédito por su prestación, que tendrá la calificación concursal oportuna. En consecuencia, "el préstamo respecto del que se ha constituido la garantía real por quien después es declarado en concurso, es un negocio jurídico celebrado entre un tercero y el acreedor beneficiado por la garantía, [...] no resulta afectado por la declaración de concurso del garante".

6. Propiedad Intelectual

El Tribunal Europeo respalda el derecho al olvido. Blanca Cortés

En la era de la globalización, la información fluye libre de cualquier atadura y atraviesa tiempo y espacio ofreciéndose con la ubicuidad que ostentan las redes accesibles a todos. Cantidades ingentes de datos que un día fueron ciertos y pertinentes, pierden sentido a la espera de un nombre y apellidos con los que dibujar el perfil más escorado de sus protagonistas. Pequeños o grandes episodios, anécdotas o asuntos trascendentes son igualados por el magma que constituye la materia prima de la era de la información. En medio de este océano, muchas personas luchan por borrar las huellas de su pasado que no quieren que definan su presente. Este derecho, que no es más que una nueva forma de identificar los derechos de cancelación y oposición de datos de carácter personal, ha sido definido por la Comisión Europea como el "derecho de las personas a que sus datos dejen de ser procesados y sean eliminados cuando ya no sean necesarios para fines legítimos".

El derecho al olvido ha generado numerosos titulares a raíz del procedimiento iniciado por un particular ante la Agencia Española de Protección de Datos reivindicando que Google retirara de los resultados de búsqueda una información que reflejaba las deudas que este adquirió con la Seguridad Social, publicada originalmente en el diario La Vanguardia.

El proceso, iniciado ante la Agencia Española de Protección de Datos y recurrido por Google ante la Audiencia Nacional, generó de la mano de esta una cuestión prejudicial ante el TJUE en relación con las siguientes cuestiones: ¿es de aplicación la normativa nacional y europea de protección de datos a Google, a pesar de encontrarse el domicilio social de su empresa matriz en California?; los buscadores, cuando indexan información, ¿están realizando un tratamiento de datos personales?; ¿son responsables de ese tratamiento, debiendo atender a las peticiones de derechos de cancelación y/o oposición del afectado?; y, por último, el derecho de protección de datos, ¿debe permitir que el afectado pueda negarse a que una información referida a su persona se indexe y difunda, aun siendo lícita y exacta en su origen, si considera que es negativa o perjudicial para su persona?

Con el planteamiento de la cuestión, la Audiencia no solo pretendía hacer frente a la multitud de peticiones recibidas al respecto, sino dar respuesta al conflicto entre la Agencia Española de Protección de Datos y los distintos buscadores de Internet. Así, si bien la Agencia considera que todo afectado por un tratamiento de datos que pueda perjudicar a sus derechos debe poder ejercitar el derecho de oposición frente al buscador, los buscadores de Internet, y muy especialmente Google, defienden que el tratamiento de los datos personales es realizado únicamente por la propia página web que los aloja, exonerándose de cualquier responsabilidad al respecto. En otras palabras, Google esgrime que su papel no es el de vigilar ni alterar los contenidos sino alojarlos y permitir su libre circulación, pues lo contrario sería arrogarse un papel de vigilancia y castigo que no se corresponde con el espíritu de la red. Por lo demás, Google ha defendido desde el inicio del proceso no estar sujeto a la directiva de protección de datos por razones tanto territoriales como relativas a la naturaleza de su actividad. Así, la sede del buscador –Google Inc.– está ubicada en el estado de California, mientras que su filial española –Google Spain– actúa únicamente como representante de la primera en lo relativo a la contratación publicitaria, manteniéndose al margen de todo tratamiento de datos personales distinto al que afecta a sus propios clientes. Las conclusiones del abogado general sobre la que ha sido cuestión esencial del proceso –a saber, si puede fundarse el tan ansiado derecho al olvido en los derechos de cancelación y bloqueo de datos, de modo que un particular esté facultado para exigir que un buscador deje de indexar información lícitamente publicada en páginas web de terceros sobre su persona– se decantaron a favor de los argumentos del buscador. Así, Jääskinen fue rotundo y consideró que *"una preferencia por sí sola no equivale a una razón legítima"* suficiente para impedir que el editor publique en formato digital un contenido distinto del que en su día recogió la edición impresa. Admitir esa clase de injerencias equivaldría, en palabras del abogado, a *"falsificar la historia"*, máxime cuando todo el procedimiento tendría lugar entre el particular afectado y el motor de búsqueda, lo que dejaría desprotegido al editor web.

Pues bien, aunque las conclusiones del abogado general son seguidas por el TJUE en la mayoría de las ocasiones, contra todo pronóstico, el TJUE ha resuelto el proceso con una resolución que apoya sin reservas el derecho al olvido en la era digital, pues reconoce el derecho de los ciudadanos a solicitar a Google o a cualquier otro buscador que suprima los vínculos a informaciones que han dejado de ser relevantes y pueden perjudicarles. El reconocimiento del derecho al olvido es acompañado en la sentencia por la confirmación de que Google está obligada a cumplir con la directiva europea de protección de datos.

Así, y contrariamente a lo que pretendía el buscador, el TJUE considera que una actividad consistente en recoger, extraer, registrar y organizar todo tipo de datos con la finalidad de facilitar su acceso mediante listas de resultados conlleva un tratamiento de datos de carácter personal. Dicha calificación, a juicio del Tribunal, no se desvirtúa por el hecho de que Google no controle el contenido, o no se produzca en la práctica una distinción entre datos personales y otro tipo de informaciones, máxime si se tiene en cuenta la difusión potencial de unos datos que, de otra forma, serían de acceso complejo.

En cuanto a la sujeción de Google a la Directiva 95/46, si bien esta defendía que las únicas funciones de su filial - Google Spain- eran las de gestionar la promoción y venta de espacios publicitarios del buscador, a ojos del TJUE la separación no es suficiente como para dejar de considerar a la filial como un establecimiento permanente de la matriz en España. Después de todo, la Directiva no requiere que el tratamiento se lleve a cabo por el establecimiento permanente, sino en el *marco de las actividades de éste*.

Finalmente, establece el Tribunal que incluso un tratamiento inicialmente lícito de datos exactos puede, con el tiempo, devenir innecesario en relación con las finalidades con que aquellos fueron inicialmente recabados. En tal caso, el interés del afectado debe prevalecer no sólo sobre el interés económico (legítimo) del buscador, sino también sobre el interés del público en acceder a la mencionada información. Todo ello sin perjuicio de que razones concretas como la proyección pública del afectado pudiera justificar la prevalencia del interés público de acceso a la información y sin que, en consecuencia, la inclusión inicial de la información en la lista de resultados presuponga un perjuicio al interesado.

A fecha de hoy Google ya ha puesto a disposición de los usuarios un formulario a través del que solicitar la remoción de enlaces a datos de carácter personal irrelevantes o inadecuados. Las peticiones se cuentan por miles.

Sentencia número 267/2013 de 21 de mayo de 2014 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la inclusión indebida en el registro de morosos Asnef. Eva Cassinello.

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha condenado solidariamente a Yell Publicidad, S.A. y Equifax Ibérica, S.L. en su Sentencia de 21 de mayo de 2014 a indemnizar en la cantidad de cinco mil euros, en concepto de daños morales, a un particular por la vulneración de su derecho al honor, y ello como consecuencia de la inclusión y posterior mantenimiento de sus datos de carácter personal en el fichero de solvencia patrimonial Asnef, del que es titular Equifax.

En el caso objeto de análisis la presunta deuda encontraba su origen en la contratación por parte del particular de servicios de publicidad ofertados por Yell. Así, en virtud de lo pactado por las partes contractualmente, el demandante denunció el contrato remitiendo una comunicación a Yell en la que indicaba su voluntad resolutoria, y solicitaba el cargo a su cuenta de las cantidades adeudadas hasta la fecha, petición que fue ignorada por Yell, quien continuó emitiendo facturas mensuales y, finalmente, una vez producido el impago por el demandante, comunicó sus datos personales al fichero de morosos Asnef.

Ante tales circunstancias y al tener el demandante conocimiento de su inclusión en el fichero de morosos Asnef, reivindicó al responsable del fichero no haber recibido la preceptiva notificación prevista en el artículo 29.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal ("*se notificará a los interesados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal en ficheros, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos y se les informará de su derecho a recabar información de la totalidad de ellos*"). Al mismo tiempo, ejercitó su derecho de cancelación, adjuntando para ello el contrato suscrito con Yell en el que constaba la facultad de resolución indicada anteriormente. En respuesta al reclamante, Equifax le indicó que no podía atender su solicitud debido a que sus datos habían sido confirmados por Yell.

Adquirida por el demandante la condición de moroso, se inició por éste un proceso judicial por (i) vulneración de los demandados del derecho al honor, intimidad y propia imagen, como consecuencia de la inclusión del demandante como moroso en un fichero de datos de carácter personal accesible por terceros, y (ii) vulneración de la normativa de protección de datos, al incumplir manifiestamente los demandados los requisitos exigidos por la LOPD y su normativa de desarrollo para la inclusión de datos de carácter personal en ficheros de solvencia patrimonial.

Siendo las alegaciones del reclamante parcialmente desestimadas en primera y segunda instancia, ha sido finalmente el Tribunal Supremo quien ha reconocido la responsabilidad solidaria de Equifax al resolver el recurso de casación interpuesto por el particular, el cual se articula sobre los siguientes motivos:

1º. Infracción por aplicación indebida del artículo 9.2.c) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, donde se prevé, como medida para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate, la fijación de una indemnización. Mientras que el reclamante alega que únicamente se han indemnizado los daños morales y no los materiales, el Tribunal Supremo desestima dicha alegación en base a razones procesales, pues tal indemnización por daños materiales no fue solicitada en la demanda.

2º. Infracción por aplicación indebida del artículo 19 de la LOPD, relativo al derecho de indemnización de los afectados. Si bien el reclamante sostiene que dicho artículo no ha sido aplicado para fijar el quantum indemnizatorio de la intromisión ilegítima en el derecho al honor, la STS desestima esta alegación, pues considera que es de aplicación la LO 1/1982, al ser ésta la norma que regula de modo particular la indemnización de los daños morales sufridos por la intromisión en el honor.

3º. Infracción por aplicación indebida de los artículos 3, 4.3; 4.4; 16 y 29.4 de la LOPD, y del principio de jerarquía normativa en relación con la desestimación de las pretensiones contra Equifax. Son estos motivos expuestos por el reclamante los que llevan finalmente a la estimación de sus pretensiones.

En este contexto, es importante examinar desde el punto de vista de la legislación en materia de protección de datos el análisis efectuado por el Tribunal, y ello al objeto de determinar si Equifax respetó el derecho al honor y a la protección de datos del demandante.

Así, en primera y segunda instancia, tanto el juzgado como la audiencia, fundaron la desestimación de las pretensiones de la actora en el cumplimiento por Equifax de la normativa reglamentaria y, en particular, de su artículo 44.3.1º del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, el cual ante el ejercicio de los derechos de rectificación o cancelación de los datos contenidos en un fichero de solvencia patrimonial, apunta a que el responsable *“tomará las medidas oportunas para trasladar dicha solicitud a la entidad que haya facilitado los datos, para que ésta la resuelva”*. Así, con base en este precepto, la audiencia afirmó que *“la comprobación de la existencia, certeza y vencimiento de las deudas controvertidas no son de la incumbencia del titular del registro por exceder lógicamente de sus competencias”*. Pues bien, el Tribunal Supremo no solo discrepa de tal afirmación, sino que considera que *“esta previsión reglamentaria no puede interpretarse de modo que cuando el interesado haya ejercitado sus derechos de rectificación o cancelación de forma motivada y fundamentada, justificando ante el titular del fichero común el incumplimiento de los requisitos de calidad de los datos, este no pueda y no deba rectificar o cancelar los datos no pertinentes, inexactos o incompletos a no ser que así se lo indique el acreedor que le ha suministrado los datos.”* En este sentido, el reclamante alega – y así lo estima la STS – que, en virtud del principio de jerarquía normativa, el Juzgado no puede resolver basándose en la aplicación de preceptos del RLOPD que contradicen las normas de la LOPD. Es aquí donde debe atenderse al principio de calidad de los datos del que se hace eco la LOPD, plenamente aplicable a los ficheros sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias, en virtud del cual, la recogida y tratamiento de datos personales únicamente podrá llevarse a cabo cuando estos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se obtuvieron. Asimismo, tal y como sientan los artículos 4.3 y 4.4 de la LOPD, respectivamente, *“Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado”*, y *“si los datos de carácter personal registrados resultaran ser inexactos, en todo o en parte, o incompletos, serán cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificados o completados”*. Todo ello, sin perjuicio de la facultad de los interesados de ejercitar sus derechos de rectificación o cancelación, reconocidas por el artículo 16 de la LOPD.

Por todo lo anterior, la STS rechaza que Equifax pueda quedar excluido de la obligación de velar por el mencionado principio de calidad de los datos, razonando que debería haberse dado por su parte respuesta a la reclamación del demandante cuando éste solicitó la cancelación de sus datos. A tal efecto, la STS reconoce que Equifax ***“como responsable del tratamiento de los datos obrantes en el registro de morosos del que es titular, le compete atender la solicitud de cancelación o rectificación del afectado cuando la misma sea suficientemente fundada porque los datos incluidos en el fichero no respetan las exigencias de calidad derivadas de las normas reguladoras del derecho. Y por las mismas razones ha de responder de los daños y perjuicios causados al afectado cuando se hayan incumplido estas obligaciones”***.

Es, pues, a raíz del ejercicio del derecho de cancelación que la STS afirma que Equifax no debe constituir un mero intermediario sino un examinador de los motivos que le llevarán a incluir a un particular como moroso en el fichero del que es titular, reflejándose de forma nítida en la STS que Equifax *“debió examinar la solicitud y dar una respuesta con base en el carácter fundado o no de la misma, solicitando en su caso a Yell que justificara la confirmación de los datos, no limitándose a ser un mero transmisor de la solicitud al acreedor”*.

Así, en consecuencia, y de conformidad con el artículo 29.4 LOPD – *“sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquellos”* –, los datos personales del demandante únicamente podrían haber sido incluidos en Asnef en la medida en que tales datos fueran determinantes para enjuiciar la solvencia económica de su titular y, en ningún caso, para reflejar una deuda cuyo impago responde a la objeción al pago de un deudor que discrepa –parece que con criterio- sobre su procedencia y exigibilidad.

Tras la STS, se evidencia que incluir a un particular en un registro de morosos – que puede ser consultado por un número indeterminado de particulares y empresas – puede implicar un descrédito para el afectado y un atentado frontal a su derecho a su honor, al que en criterio del Tribunal han colaborado activamente tanto Yell como Equifax, a quienes el fallo condena solidariamente a indemnizar al reclamante por los daños morales causados.

7. Derecho de la Competencia y competencia desleal

Comentarios a la prohibición de vender Tónica Schweppes fabricada en Reino Unido. Ángeles Jiménez.

El pasado mes de enero nos sorprendía la noticia de la incautación de 15.000 botellas de tónica de la marca Schweppes fabricadas en Reino Unido por una filial del grupo COCA-COLA, a raíz de una orden del Juzgado de lo Mercantil número 1 de La Coruña tras la entrada de dicha mercancía en territorio español, donde la marca es titularidad de SCHWEPPEES INTERNATIONAL LIMITED.

Estos días la prensa se ha hecho eco de la confirmación de la prohibición de comercializar tónica procedente del Reino Unido por el juzgado gallego, destacando además que se han ordenado otros nueve ceses cautelares por juzgados de lo mercantil en diversos puntos de la geografía española, frente a dos resoluciones desfavorables que se encuentran recurridas.

Este caso pone de relieve el conflicto existente entre la libre circulación de mercancías y el derecho exclusivo de marca. El principio general es la **permisión de las importaciones paralelas**, ya que sería contrario al artículo 101 TFUE que, invocando el derecho de marca, se lograra obstaculizar la competencia efectiva en una parte importante del mercado común.

La jurisprudencia ha seguido esta línea, alcanzándose por lo general idénticas conclusiones con base en diversas teorías. Así, en un principio se aplicó la doctrina **del origen común**, según la cual el titular de una marca registrada no puede prohibir las importaciones si el producto ha sido distribuido lícitamente en un tercer Estado miembro de la EEE, o por un tercero con la misma marca si tienen un origen común.

Esta doctrina fue abandonada por el TJUE en el caso *Hag II* (C-10/89), de acuerdo con el cual los supuestos de marcas idénticas paralelas en el seno del EEE de las que sean **titulares sujetos jurídicamente independientes y económicamente desvinculados** se someten a las reglas generales del derecho exclusivo de marca. Por tanto, según esta resolución, cada uno de los titulares estará en principio legitimado para impedir la entrada de los productos del otro en los respectivos territorios cubiertos por su derecho.

En el caso *Ideal Standard* (C-9/93) el TJUE confirma el abandono de la doctrina del origen común y admite la solución del aislamiento de los mercados en caso de titulares de marca distintos para dos Estados miembros siempre que no tengan vínculo económico entre sí, puesto que la función de la marca se ve amenazada por la libertad de las importaciones, en tanto que para la marca pueda desempeñar su cometido, debe constituir la garantía de que todos los productos designados con la misma han sido fabricados bajo el **control de una única empresa**, a la que pueda hacerse responsable de su calidad.

En conclusión y de acuerdo con la legislación, doctrina y jurisprudencia existentes, el ejercicio unilateral del derecho exclusivo de marca dirigido a impedir la entrada de productos marcados con una marca idéntica vigente en un Estado distinto no es, en principio, contrario a la libre competencia que ha de regir el mercado comunitario. No obstante, cuando dicho ejercicio no sea unilateral, sino que sea fruto de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas dirigidas al restablecimiento de fronteras nacionales en el interior de la Unión, el derecho exclusivo de marca se verá sobrepasado por el principio de libertad de circulación de mercancías.

"El Derecho" contra "La Ley"; responsabilidad por actos de sabotaje. Diego Crespo

El pasado 8 de abril de 2014 la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó sentencia desestimatoria del recurso de casación interpuesto por WOLTERS KLUWER ESPAÑA (WKE) contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de marzo 2012 que revocaba, esta sí, el pronunciamiento desestimatorio del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid de 13 de septiembre de 2010 de la demanda instada por EL DERECHO EDITORES (EDE) contra la anterior mercantil.

Los hechos son los siguientes. A finales de 2005 la nueva versión de la base de datos de EDE que fue puesta en el mercado por aquellas fechas empezó a registrar diversos fallos anómalos, de manera que se cerraban sin motivo alguno las sesiones iniciadas por los clientes (3.647 sesiones cerradas y 648 clientes afectados en 20 días). Tras las investigaciones realizadas, EDE pudo determinar que la causa de estos errores no era otra que los actos de sabotaje llevados a cabo por dos trabajadores de WKE, que como ex empleados de EDE, habían utilizado las claves de acceso privilegiado al sistema de otros trabajadores de EDE sin su consentimiento para, desde las instalaciones de WKE y utilizando sus medios, cortar la conexión a la base de datos de EDE.

EDE interpuso una demanda contra WKE solicitando la declaración de la deslealtad de las conductas, por ser objetivamente contrarias a la buena fe, y que se le condenara a pagar 80.757 euros por los costes incurridos para descubrir los actos realizados por los empleados de la demandada más otros 500.000 euros por daños morales, atendiendo al perjuicio para la imagen, así como a publicar la sentencia en dos diarios de difusión en toda España.

Pese a considerar probados los actos de sabotaje, el Juzgado de lo Mercantil desestimó la demanda por no apreciar

la existencia de finalidad concurrencial en la conducta, pues no se promovía o difundía la prestación propia o de tercero, ni hubo intento de captación de clientes, ni se acreditó el daño para la actora ni el beneficio para la demandada. Como se ha dicho, este pronunciamiento fue revocado por la AP de Madrid, que estimó íntegramente las pretensiones de EDE, decisión que finalmente ha sido confirmada por el más alto tribunal.

Prescindiendo de cuestiones puramente procesales, el debate jurídico se plantea en torno a las siguientes cuestiones:

a) Sobre la finalidad concurrencial de la conducta. Como hemos visto, la ausencia de este elemento fue el que llevó al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid a desestimar la demanda, en la medida en que la demandante no había conseguido demostrar que la conducta de los empleados de WKE tuviera por objeto o como efecto promover las prestaciones de dicha empresa.

No obstante, el TS coincide con la Audiencia Provincial a la hora de extender el concepto de "finalidad concurrencial" más allá de la estricta literalidad del apartado 2 del artículo 2 de la Ley de Competencia Desleal, señalando que "es suficiente que el acto sea idóneo para influir en la estructura del mercado, perjudique la posición concurrencial de una de las partes, beneficiando objetivamente, al menos de forma potencial, la posición de otros operadores económicos", invocando además el concepto de "distorsión en la decisión de consumo". En el caso que nos ocupa, resultaba evidente que los actos de sabotaje contra un programa de reciente implantación eran objetivamente idóneos para afectar la posición en el mercado de EDE, como tampoco podía haber duda de que, a falta de un tipo específico, estos tenían encaje en la cláusula general del artículo 4 de la Ley (antes el 5).

b) Sobre la acreditación del daño causado. Alega la recurrente que no se ha probado el daño causado ni el nexo causal, sin que resulte aplicable en los casos de competencia desleal el principio *ex re ipsa* al que recurrió la Audiencia Provincial. Pues bien, al margen de los daños directos derivados de los costes de averiguación incurridos por EDE que resultaban indubitados, el Tribunal Supremo considera también que los daños morales reconocidos provienen de una estimación razonable, evidenciada en el comportamiento enjuiciado, confirmando así la aplicación al caso de la doctrina *ex re ipsa* a los casos de competencia desleal (y no solo propiedad industrial), "*por resultar evidente el daño cuando deriva de actos de sabotaje*", que fueron realizados de manera masiva, sistemática y prolongada en el tiempo, en coincidiendo además en el tiempo con el lanzamiento en el mercado de la nueva base de datos por EDE, provocando numerosas quejas de la clientela, de manera que el daño es "*una consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado*".

c) En cuanto al quantum indemnizatorio. La recurrente alega que el importe de 500.000 euros por daños morales fue fijado de manera arbitraria y desproporcionada, mediante meras presunciones sin sustento. No obstante, el Tribunal Supremo desestima también este motivo pues considera que la sentencia recurrida "*hace uso de una razonable discrecionalidad... en atención a las circunstancias del caso concreto y a la convicción del resultado de la acción dañosa*".

d) En cuanto a la responsabilidad de WKE. La recurrente niega su responsabilidad objetiva sobre la base del artículo 1903.5º CC y subsidiariamente alega también la existencia de concurrencia de culpas, pues EDE actuó negligentemente al no anular las claves de acceso proporcionadas tiempo atrás a los ex empleados. El Tribunal rechaza también esta pretensión pues WKE no ha acreditado que hubiera empleado toda la diligencia de un buen empresario para prevenir el daño causado por sus dependientes, destacando que las conductas se realizaron desde las dependencias y con los medios de WKE, por unas personas que tenían las funciones de promover la venta de los productos de la demandada. En cuanto al motivo sobre la concurrencia de culpas, el Supremo lo desestima directamente puesto que el mismo no se fundamenta en los hechos considerados probados en la instancia.

8. Temas de actualidad

Aprobado el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. Andrés Recalde.

En junio de 2013 el Ministro de Justicia anunció la culminación de los trabajos que desde 2006 venía desarrollando la sección de derecho mercantil de la Comisión General de Codificación destinados a la elaboración de un Código Mercantil.

La "Propuesta de Código Mercantil" (ProCoMer) venía presidida por el afán de unificar la normativa aplicable a las relaciones entre los particulares, que se desarrollan en el mercado. La expansión de la normativa de las comunidades autónomas en sectores colindante al tradicional del Derecho mercantil, en ocasiones auspiciada por algunos pronunciamientos del tribunal constitucional, había abierto el camino a las discordancias e incrementado el riesgo de una dispersión normativa del régimen regulador de un mercado, impidiendo un normal desarrollo del mismo, que requiere reglas únicas. El interés por la unificación del Derecho del mercado, en este caso particular de la normativa de Derecho privado, con el fin de asegurar la competencia exclusiva del estado en la materia mercantil, está en el trasfondo del impulso y en el interés de las autoridades políticas nacionales por esta

Propuesta de Código Mercantil. En definitiva, su causa y origen no está alejado de las razones que impulsaron los primeros códigos del siglo XIX, tanto el de Sáinz de Andino de 1829, como el aún vigente de 1885.

Significativamente el primero de ellos trato de superar un entorno legislativo caracterizado por la multiplicidad de legislaciones forales, que constituían un importante freno al desarrollo del comercio y la industria.

Pero al margen del interés en uniformizar el Derecho de las relaciones de mercado, el texto se caracteriza también por su enorme extensión y por la ambición con la que se afronta el tratamiento de múltiples materias, que supera, ampliamente, las reguladas en los textos decimonónicos. Con alguna excepción, la comisión general de codificación elaboró un texto que abarcaba casi toda la materia que doctrinalmente se considera que constituye el objeto del derecho mercantil. E, incluso, en algunos casos extiende su ámbito hacia sectores más allá de la estricta frontera de la empresa, cuyas exigencias, según opinión común, justificaba el derecho mercantil como un derecho especial.

Resulta significativa, y ello no dejó de ser criticado, la extensa regulación que se ofrece de una "parte general" de obligaciones y contratos mercantiles. Es, sin duda, muy cuestionable la inclusión en el texto de esta materia, en un entorno en el que se tiende a prescindir de la diferencia de regímenes para los contratos mercantiles y civiles. Y, lo que es más grave, puede ser el origen de discordancias y de soluciones diferentes sin razón para ello.

Por lo demás, en materia contractual la ProCoMer era, sin duda, muy exhaustiva. Ofrecía, en efecto, una regulación completísima de un enorme número de contratos, algunos ya regulados y en otros muchos más casos incluyendo un régimen de figuras en todos los ámbitos, que hasta ahora son atípicos.

Al lado de ello debe reconocerse que el contenido del citado texto propuesto no era, a menudo, especialmente innovador (y cuando lo era sus soluciones no siempre dejaban de ser indiscutibles). Podría decirse, efectivamente, que en muchas ocasiones la ProCoMer se limitaba a ser una recopilación de normas vigentes, más que un estricto código, si este término se pretende entender en un sentido estricto, no meramente formal, como un instrumento normativo que refleja una racionalidad y coherencia interna. Un código estrictamente responde a un sistema porque atiende, en toda su estructura y normas, a las exigencias normativas suscitadas por la realidad que es objeto de regulación. Pero este sistema de fondo no caracterizaba siempre a la ProCoMer.

Durante casi un año, el citado texto fue objeto de debates en los entresijos de la administración y fue objeto de propuestas de cambios provenientes de diversas instituciones y, muy significativamente de los diversos departamentos ministeriales. Especialmente relevantes fueron las modificaciones propuestas y finalmente aceptadas a instancia del Ministerio de Economía y Competitividad, que adquirió un fuerte protagonismo en el curso del procedimiento. El texto definitivo del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (ACoMer) fue finalmente aprobado por el consejo de ministros del 30 de mayo, al que fue llevado, significativamente, conjuntamente por el Ministerios de Justicia y por el de Economía y Competitividad.

Podría decirse que subsisten en el ACoMer algunas de las líneas fundamentales del ProCoMer presentado un año antes por la Comisión de Codificación. Sin embargo, en muchos lugares ha sufrido una poda importante, que ha diluido la ya limitada racionalidad interna del texto original. A pesar de este recorte sigue siendo una obra ingente que abarca 1.726 artículos, repartidos en siete libros.

En efecto, el Código Mercantil se estructura en un título preliminar, que delimita la materia mercantil, y en siete libros: el primero establece el régimen de la empresa (representación, contabilidad) y la responsabilidad del empresario, así como el Registro Mercantil. El siguiente, el más amplio, se centra en las sociedades mercantiles. El tercero regula el derecho de la competencia y la propiedad industrial. El de las obligaciones y los contratos mercantiles en general es el cuarto, que se complementa con el quinto, referido a los contratos en particular. El libro sexto trata de los títulos valores (incluida una teoría general aplicable a estos documentos, en la que se afirma que su ámbito se extiende a títulos y soportes no documentales), al que sigue el régimen de los instrumentos de pago y de crédito (los viejos títulos cambiarios), al que acompaña el régimen de los títulos de tradición (muy vaciada) y de los valores mobiliarios (del que se han excluido las normas de los valores anotados en cuenta). En fin, el séptimo libro establece un régimen general de prescripción y caducidad de las obligaciones mercantiles.

El código utiliza el concepto de mercado, como ámbito en el que se desenvuelven relaciones jurídico-privadas entre los "operadores del mercado" (oferentes y demandantes de bienes y servicios). Pero lo más cuestionable es que el ACoMer utiliza esa referencia como instancia para la subsunción general de todas sus normas. La mejor doctrina advirtió ya de los errores de los viejos códigos, cuando intentan delimitar de manera general todas sus normas a partir de una noción omnicompreensiva de "acto de comercio". Pero si esta idea fracasó en su día, nada hay que permita predecir mayor éxito con el nuevo criterio que hoy se propone. El Derecho mercantil respondía y responde a las exigencias que plantea la actuación de las empresas en el mercado, sin perjuicio de que la noción de "empresa" no siempre tenga que entenderse en idéntico y único sentido.

En realidad probablemente no era necesario, ni había justificación para que el criterio para acotar los contratos o el régimen de la empresa o el derecho de la competencia sea el mismo. Y, en todo caso, la remisión a los actos que se desarrollan en una idea genérica de mercado se nos muestra, probablemente, poco útil. Por ello el mismo ACoMer se ve obligado a decir que sus normas se establecen sin perjuicio de la normativa de protección del consumidor, con lo que parece incluirse esa vergonzante admisión de que las relaciones de empresarios con

consumidores, no son objeto del derecho mercantil. Esta afirmación no tiene sentido y que, en todo caso, refleja una errónea preconcepción del Derecho mercantil como derecho privilegiado y no como derecho especial por razón de la materia.

Por lo demás, las normas especiales previstas para la empresa no son demasiado novedosas. Y a veces las soluciones no son plenamente concordantes entre sí; piénsese en la coordinación no del todo armónica entre las normas de transmisión de empresas (entendida esta como un "objeto" de difícil contorno) y las revistas en el régimen de las modificaciones estructurales. En cambio, donde más necesaria resultaba una reforma de fondo importante, p. ej. en el régimen del registro mercantil o de contabilidad, los cambios no son significativos.

En materia de empresa el ACoMer ha experimentado una pequeña ampliación (a través del régimen de la propiedad industrial) y una poda muy importante, al haberse suprimido, a instancias del Ministerio de Economía, la práctica totalidad de las normas reguladoras de la defensa de la competencia, en un discutible desconocimiento del engarce constitucional de este sector con el régimen general de actuación de la empresa.

Amputaciones importantísimas se han producido también en muchas otras materias que estaban originariamente incluidas en la ProCoMer, y que, finalmente, han abandonado el texto del Anteproyecto. En ocasiones esta exclusión se explica por las dudas sobre la solución más ajustada o necesaria, en el marco de materias objeto de las luchas entre lobbys empresariales, como es el caso de la decisión de excluir el régimen aplicable a los contratos de distribución. Pero en la mayor parte de las ocasiones, la poda o amputación del código responde a un menos justificable celo por preservar competencias de regulación y supervisión de algunos ministerios. A esta razón responde, junto al vaciamiento de las normas de competencia, el que se ha producido en el mismo sentido en el ámbito de los contratos que se concluyen en los mercados de valores o con el derecho regulador de las anotaciones en cuenta. La existencia de un régimen de vigilancia sobre las conductas que se desarrollan en los mercados financieros o la necesidad de reglas operativas y organizativas aplicables a las entidades que gestionan los registros contables a través de los cuales se representan o anotan los valores, no parecen razón suficiente para excluir del ACoMer las normas estrictamente privadas que se ocupan en estos sectores de las relaciones entre particulares. Son, sin duda, sectores, en los que se produce una superposición de intereses públicos con otros de particulares que se relacionan en un plano de coordinación o igualdad. Este indiscutible dato, sin embargo, no justificaría que las normas privadas no se alojen en su ubicación lógica: el del código que se ocupa de la actividad de las empresas y de las relaciones de estas entre sí o con los demandantes de sus productos o servicios. Sin embargo, quizá nos llevemos la sorpresa en breve de la inclusión en la Ley del Mercado de Valores de un libro dedicado a la regulación privada de los contratos en estos mercados.

Pero el afán de preservar ámbitos propios de los departamentos ministeriales, impulsado por el Ministerio de Economía, ha conducido a otras soluciones auténticamente paradójicas. Nos referimos al abandono de la normativa privada marítima, que se incluirá en la inminente Ley de la Navegación Marítima (aunque en este caso la solución puede comprenderse, porque la especialidad de la materia marítima está vinculada con el hecho náutico de la navegación, y no con las exigencias del tráfico empresarial), así como con la mucho menos aceptable exclusión del régimen privado del transporte de mercancías. En la ProCoMer se decidió incluir las normas de la Ley de 2009 sobre contrato de transporte terrestre de mercancías. Sin embargo, el ACoMer ha dejado en blanco todo este sector, mediante una remisión en bloque a la correspondiente ley especial. Y aquí esta solución carece de cualquier justificación. Leyes especiales había también en materia de agencia, de seguro y en otros sectores. Pero si el gobierno optó por establecer una regulación global aplicable a las relaciones particulares que se desarrollan en el mercado, la solución razonable pasaba por incluir estas leyes en el nuevo código. Una vez más, el celo administrativo por preservar ámbitos de cada departamento (en este caso del Ministerio de Fomento) desactiva todo atisbo de coherencia, incluso cuando esta era escasa.

En otros sectores, en los que quizá no había un ministerio tan claramente "afectado" no ha habido problema para conservar la ingente obra realizada por la comisión de codificación. Así ocurre con las normas generales sobre obligaciones y contratos mercantiles, junto a la regulación especial relativa a los contratos de suministro, mediación, los de obra, prestación de servicios mercantiles, operaciones sobre bienes inmateriales, prestación de servicios electrónicos, contratos bancarios y de financiación. Todo ello sin perjuicio de la primacía, que permanece, de la autonomía privada, pues el régimen general o el establecido para los contratos en particular tienen, en todo caso, un carácter dispositivo.

Otra de las materias en las que se ha producido un cambio más importante tiene que ver con el Derecho de sociedades. Permanecen los discutidos y discutibles fundamentos de fondo sobre el conjunto del Derecho de sociedades (incluida la poco razonable exclusión del régimen de la sociedad cooperativa, aunque se reconozca su carácter mercantil). Sin embargo, entre la publicación de la ProCoMer y la aprobación por el gobierno del Anteproyecto (ACoMer) se ha producido, en materia de sociedades de capital, una noticia relevante. Nos referimos a la proposición por parte de la comisión de expertos nombrada por el ministerio de economía de un propuesta de reforma de la Ley de Sociedades de Capital en materia de gobierno corporativo, que traería consigo cambios muy importantes del régimen orgánico de las sociedades de capital, al lado de cambios también muy relevantes específicamente aplicables a las sociedades cotizadas. A mediados de mayo, dos semanas antes de la aprobación del ACoMer, el consejo de ministros aprobó como proyecto de ley, ya remitido a las cortes, esta propuesta legal, que afectará al régimen de la junta y del órgano de administración de las sociedades de capital.

La tramitación paralela de dos textos legales sobre sectores plenamente coincidentes no parecía una idea muy razonable. Finalmente el gobierno decidió incluir el contenido de la propuesta de modificación de la ley de sociedades de capital en el ACoMer, con el fin de evitar cualquier discordancia entre uno y otro.

El nuevo Reglamento de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Mercedes Bértolo.

El pasado 6 de mayo se publicó en el BOE el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 29 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

El nuevo Reglamento culmina –con cierta dilación si se tiene en cuenta el plazo de 1 año para su aprobación establecido en la Disposición Final Quinta de la Ley 10/2010– el proceso de reforma de la legislación en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, e incorpora las últimas recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).

A través de este desarrollo normativo se pretende incrementar la eficacia de las medidas previstas en la Ley 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, adaptando su aplicación a la realidad específica de cada sujeto obligado.

Entre las principales novedades introducidas por el Reglamento, destacan las siguientes:

Se especifican las medidas concretas que deberán adoptar los sujetos obligados para cumplir con las obligaciones de identificación formal y de identificación del titular real. Se establece una relación de tipo de clientes y de operaciones que permiten la aplicación de medidas simplificadas o que, por el contrario, requieren de medidas reforzadas de diligencia debida.

Se establece el deber de conservar, durante un periodo de diez años (desde la finalización de la relación de negocio), los documentos obtenidos por los sujetos obligados en la aplicación de las medidas de diligencia debida. También se prevé que la Agencia Estatal de Administración Tributaria pueda requerir y obtener de los sujetos obligados dicha información.

Se limita la exigencia de las anteriores obligaciones procedimentales a los sujetos de tamaño más reducido, aquellos que tengan menos de 10 trabajadores y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supere los 2 millones de euros.

En relación con los deberes de comunicación, el Reglamento dispone la obligación de remitir también la comunicación al SEPBLAC cuando existen indicios de blanqueo de capitales o de financiación de terrorismo. Tal y como se ha señalado, el legislador pretende adaptar la aplicación de las medidas de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo a la realidad concreta de cada sujeto obligado. Por ello, como nueva medida de control interno, los sujetos obligados deberán evaluar e identificar los riesgos relacionados con el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo a los que están expuestos (en función del tipo de clientes, el área geográfica, los productos, los servicios, las operaciones, los canales de distribución, y la duración de la relación de negocio) y elaborar un informe de análisis de riesgo sobre el que se han de fundamentar el resto de medidas de control adoptadas.

Asimismo, se regula el funcionamiento del Fichero de Titularidades Financieras y el acceso a los datos inscritos en el mismo –se trata de un fichero administrativo ya previsto en el artículo 43 Ley 10/2010, por el que las entidades de crédito declararán la apertura de cualesquiera cuentas corrientes, cuentas de ahorro, cuentas de valores o depósitos–.

Por último, el Reglamento configura la nueva organización institucional de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, y crea un nuevo órgano dependiente de aquella, el Comité de Inteligencia Financiera.



También puede descargar este boletín en formato PDF

9.- 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 de 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	TS
STS	Sentencia Tribunal Supremo

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

Los comentarios expuestos contienen información de carácter general sin que constituya opinión profesional o asesoramiento jurídico.

CMS Albiñana & Suárez de Lezo, Calle Génova 27, 28004 - Madrid, España
T +34 91 451 93 00 www.cms-asl.com

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