

BOLETÍN MERCANTIL Nº 9

Marzo 2012 – Mayo 2012

SUMARIO

- 1. DERECHO SOCIETARIO**
- 2. DERECHO DE LOS MERCADOS FINANCIEROS**
- 3. CONTRATOS MERCANTILES**
- 4. TEMAS DE ACTUALIDAD**
- 5. PROPIEDAD INTELECTUAL**
- 6. ABREVIATURAS**

BOLETÍN MERCANTIL Nº 9

Marzo 2012 – Mayo 2012

SUMARIO DETALLADO

1.- DERECHO SOCIETARIO

TEMAS ACTUALES

- Simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital (Real Decreto-ley 9/2012, de 16 de marzo).

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- Aumento de capital mediante compensación de créditos (Resolución de la DGRN de 6 de febrero de 2012). Acuerdos perjudiciales para la minoría y la prevalencia del interés social: el caso Transmediterránea/Acciona (STS 17 de enero de 2012).
- La nulidad de la adquisición de participaciones propias vulnerando los límites legales (STS de 1 de marzo de 2012).
- Sistema de valoración de las participaciones sociales en el derecho de adquisición preferente a favor de los socios.
- A vueltas con la prohibición de limitaciones de voto en las sociedades cotizadas.

2.- DERECHO DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

TEMAS ACTUALES

- Real Decreto 778/2012, de 4 de mayo, de régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico.
- Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.
- Plan de pagos a proveedores de las Administraciones Públicas territoriales.
- Reglamento (UE) no 236/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012,

sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago.

- Reseña de tres Circulares del Banco de España.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- De nuevo sobre los swaps: comentarios a la SAP de Zaragoza, de 19 de diciembre de 2011 y a la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Móstoles, de 30 de marzo de 2012.

3.- CONTRATOS MERCANTILES

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- Venta de empresa: el comprador se subroga frente a la distribuidora. La compañía principal deberá soportar incluso las reclamaciones anteriores a la compra. (STS 12-03-2012).

4.- TEMAS DE ACTUALIDAD

- Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- Nueva reforma de la normativa de acceso a las profesiones de abogado y procurador.

5.- PROPIEDAD INTELECTUAL

- Derecho al olvido en Internet

6.- ABREVIATURAS

1. DERECHO SOCIETARIO

TEMAS ACTUALES

Simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital. Por Eduardo Apilánez

“Las reformas introducidas, en materia de derecho de sociedades, por el Real Decreto-ley 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital tienen por objeto la transposición de una Directiva europea que reformó las anteriores normas europeas en materia de fusiones y escisiones de sociedades. El transcurso del plazo previsto para la transposición de esa Directiva justificó que el Gobierno considerara que concurrían las circunstancias de urgente y extraordinaria necesidad que legitiman al uso del Real Decreto-ley, como fuente normativa. Así las cosas, dichas reformas entraron en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE, esto es, el 18 de marzo de 2012.

Esta reforma afecta, de una parte, al régimen de la página web corporativa y, de otra parte, en consonancia con lo previsto en aquella Directiva, se pretende acentuar la tendencia hacia la simplificación de las normas en materia de fusiones y escisiones, a cuyos efectos, se modifican algunas normas de la Ley de Sociedades de Capital, así como determinadas previsiones recogidas en la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.”

Puede leerse un análisis más detallado elaborado por miembros del departamento de Derecho Mercantil de CMS Albiñana & Suárez de Lezo pinchando en este link:

[Artículo Modificación Ley Sociedades de Capital](#)

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

Aumento de capital mediante compensación de créditos. José Ramón Meléndez

El pasado 1 de marzo se publicó en el BOE una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de fecha 6 de febrero, que resolvía un recurso gubernativo planteado por un notario de Cádiz ante la denegación del registro mercantil de dicha provincia a inscribir una escritura de aumento de capital social, de una sociedad limitada, en el que el desembolso

se realizó mediante la compensación de un crédito que un socio ostentaba frente a dicha sociedad. Se resalta que el otro socio de la sociedad no acudió a la junta general a pesar de haber sido legalmente convocado.

El motivo por el que la registradora mercantil justificó la denegación de la inscripción fue que no se había respetado ni excluido, como se podía haber hecho, el derecho de asunción preferente que asistía al resto de los socios –en este caso uno solo y que además no había acudido a la junta general- ex artículo 93.b) LSC. El art. 308 LSC, dice la registradora, establece los requisitos para poder excluir el citado derecho de asunción preferente.

La DGRN, tras hacer un repaso a las últimas modificaciones legislativas que han tenido como objeto el derecho de suscripción/asunción preferente, indica en la presente Resolución: *“Indudablemente, la norma actualmente vigente extiende a la sociedad de responsabilidad limitada en este extremo el régimen establecido para la sociedad anónima. Así resulta del artículo 304.1 de la Ley de Sociedades de Capital que reconoce el derecho de preferencia únicamente en los aumentos de capital social con emisión de nuevas participaciones sociales... con aportaciones dinerarias”*. Finalmente la DGRN indica: *“...Pero se trata de hipótesis que dejan a salvo la adecuada reacción de quienes se consideren con derecho a cuestionar la validez del acuerdo de que se trate mediante la correspondiente acción de impugnación de aumento de capital social cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales (cfr. Artículos 204.1 y concordantes de la Ley de Sociedades de Capital; 7 del Código Civil).”*

Destacan dos aspectos en esta resolución: (i) la DGRN entiende que la aportación realizada en una ampliación de capital por compensación de créditos tiene el carácter de no dineraria (así también la Sala 1ª del TS en Sentencia de 9 de junio de 2006, y otras resoluciones de la DGRN), lo que justifica la estimación del recurso por entender innecesario la previa exclusión o renuncia del derecho de asunción preferente y la inscripción del aumento y (ii) la DGRN reconoce que dado el texto actual de la norma, y a pesar de que esta modalidad de ampliación se puede prestar a favorecer maniobras del socio mayoritario para diluir al resto, existen mecanismos de protección de quien pueda considerar que el acuerdo de ampliación vulnera algún derecho, ya sea por la vía de la impugnación del acuerdo en los términos previstos en la LSC o el propio artículo 7 del Código Civil, debiendo de

quedar estos fuera de la tutela del registro mercantil y, por tanto del ámbito de conocimiento de la propia DGRN. Respecto del primero de los dos temas apuntados, con anterioridad ya indiqué (Diario La Ley, nº 6840, 13 Dic. 2007) que, la compensación es un mecanismo de pago mediante el cual ambas partes, que son deudoras y acreedoras a la vez por contraprestaciones coincidentes, dan por saldados sus créditos, sin que se produzca una salida de bienes de sus patrimonios para realizar el pago de las prestaciones debidas. Por tanto, el contravalor aportado como desembolso de las participaciones o acciones cuando este se realiza mediante el mecanismo de la compensación no es otro que dinero, sin perjuicio de que se recurra a un subrogado del pago cual es la compensación de créditos. En este sentido, la doctrina más autorizada (por todos, Iglesias Prada, “Sobre el aumento de capital por compensación de créditos”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXXIII, pág. 203 y ss.) defiende que la ampliación de capital por compensación de créditos se realiza mediante una aportación dineraria. De haber sido considerado así por la DGRN, lógicamente, no debería haber estimado el recurso ya que la sociedad debería haber reconocido el derecho de asunción preferente al resto de accionistas. En cuanto al segundo aspecto, la propia DGRN parece apuntar que el control de legalidad que realiza el registro mercantil en la tutela de los derechos de terceros, debería dejarse en manos de aquellos que pudieran impugnar el acuerdo de ampliación. Es el eterno asunto de los controles de legalidad en nuestro derecho ya que, “en principio” el primer control lo hace el notario autorizante, el segundo, el registro mercantil y, en su caso, el recurso gubernativo y, finalmente, los Jueces y Tribunales. El hecho es que, aunque ni el Registrador ni la DGRN pueden declarar la nulidad o la lesividad de un acuerdo, en la práctica, por la vía de la denegación de la inscripción retrasan ésta, lo que supone más tiempo y dinero para la sociedad, los accionistas o aquellos que tuvieran legitimidad para impugnar.

Acuerdos perjudiciales para la minoría y la prevalencia del interés social: el caso Transmediterránea/Acciona (STS 17 de enero de 2012). Por Ignacio Cerrato.

Por medio de la sentencia de 17 de enero de 2012, el TS desestima sendos recursos por infracción procesal y de casación interpuestos por la entidad Compañía Transmediterránea, S.A. (“Transmediterránea”) contra la sentencia de apelación dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, estimatoria de la demanda interpuesta por un conjunto de accionistas minoritarios de la sociedad en relación con una serie de acuerdos societarios adoptados

en el seno del Consejo de Administración de la demandada y, a la vez, recurrente. Antes de profundizar en el estudio de la sentencia, conviene aclarar que no serán objeto de este análisis las cuestiones procesales planteadas del proceso.

Los accionistas minoritarios de Transmediterránea impugnaron el acuerdo del Consejo de Administración de la sociedad en el que se acordó (por un solo voto de diferencia) el cambio de imagen llevado a cabo que suponía el uso conjunto de la denominación *Transmediterránea* y del gráfico y denominación *Acciona*, solicitando su nulidad. Cabe advertir que, en el momento en que se adoptó el acuerdo, la compañía Acciona, S.A. (“Acciona”) era accionista mayoritaria de Transmediterránea y había designado a la mayoría de los miembros de su Consejo de Administración. El principal alegato de los demandantes fue la denuncia del carácter lesivo del acuerdo para la compañía y en beneficio, a su vez, de Acciona como accionista mayoritario.

En esta sentencia fundamentalmente, se ponen de relieve tres cuestiones clave en materia de derecho societario: (i) los requisitos para calificar como lesivo un acuerdo, (ii) la ponderación del interés social frente al interés de la minoría, y (iii) el riesgo potencial de una lesión.

En relación con la primera de las cuestiones, la sentencia del TS, interpreta el art. 115.1 de la antigua LSA – aplicable al caso por razones temporales, pero cuyos términos son similares a los del art. 204.1 LSC-, en línea con sus pronunciamientos anteriores (entre otros, de 19 de febrero de 1991 y de 4 de marzo de 2000), declarando que para la viabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales anulables es precisa la concurrencia de tres requisitos: (i) un acuerdo que lesione los intereses de la sociedad, (ii) que la aprobación de dicho acuerdo beneficie a uno o varios socios, y (iii) la existencia de un nexo causal entre la lesión y el beneficio causado.

En segundo lugar, debemos plantearnos qué debe entenderse por interés social, en contraposición del interés de la minoría. A diferencia de otros ordenamientos, en nuestro sistema los intereses tenidos en cuenta de forma expresa por la norma, que, en su más amplio sentido, constituyen un límite al poder de decisión de la mayoría (en nuestro caso, al poder de decisión de Acciona), son exclusivamente los de la sociedad (es decir, en este caso los intereses de Transmediterránea). En este sentido, el TS recuerda que la impugnación de acuerdos sociales perjudiciales es el mecanismo “establecido para ventilar en el mismo – ex art. 115 LSA- los intereses generales de la sociedad y no los intereses

particulares contrarios a la misma” (entre otras, las sentencias de 7 de marzo de 2006 y 29 de marzo de 2007). La conclusión es clara: el interés de la sociedad puede y debe superponerse al interés particular de alguno de los accionistas, incluso cuando este fuese el accionista mayoritario. De una manera mucho más conciliadora y contractualista, la recomendación séptima del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas interpreta el interés social como *“el interés común de los accionistas o, si se prefiere, el interés del accionista común”*. A estos efectos toma en consideración las expectativas de los inversores dirigidas a *“la maximización, de forma sostenida, del valor económico de la empresa”*. Ello supone que no es impugnable por esta vía el acuerdo que lesiona el interés de alguno de los socios.

Una vez analizado lo anterior, la sentencia concluye afirmando que los acuerdos de la mayoría que (i) no persigan razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y (ii) perjudiquen a los minoritarios, revelándose abusivos – tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho como si se entiende que constituye un abuso de poder, deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría.

En este sentido, según el TS, queda notoriamente demostrada la obtención de ventajas por Acciona de manera discriminatoria en relación con los demás accionistas (minoritarios), ya que la decisión de usar de manera conjunta el nombre *Transmediterránea* junto con el gráfico *Acciona* se adoptó *“en manifiesto provecho exclusivo del mayoritario”*. Asimismo, la sentencia confirma, como en anteriores ocasiones (pronunciamientos de 12 de julio de 1983 y de 19 de febrero de 1991, entre otros), la consolidada jurisprudencia que revela que es precisamente la discriminación entre los socios lo que constituye el supuesto legal de impugnación, ya que, en nuestro caso, declara probada la existencia de la lesión a *Transmediterránea* que, sin recibir nada a cambio, permite que su accionista mayoritario Acciona obtenga ventajas sus expensas, sin la previsión de garantías que tutelen el derecho de *Transmediterránea*, perjudicando su valor y, en consecuencia, el valor de la participación de sus accionistas.

Por último, la sentencia, en contra de lo que apunta la parte recurrente, manifiesta que no es preciso que el daño o lesión denunciada sea actual, en el sentido más

estricto del término, sino que es suficiente que exista un peligro potencial de que se ocasione. De acuerdo con este razonamiento, los accionistas minoritarios defendieron la existencia de un daño y de una lesión a *Transmediterránea* en tanto en cuanto el hecho de que Acciona añadiera su gráfico a la marca *Transmediterránea* podía suponer la dilución y pérdida de valor de la sociedad si, en una fase posterior, Acciona decidiese vender su participación mayoritaria y denegase a *Transmediterránea* el derecho al uso de su propia marca. El TS ha considerado plenamente justificada la argumentación de los accionistas minoritarios y admite la anulación del acuerdo adoptado por el Consejo de Administración de la sociedad a pesar de que la lesión sea potencial conforme a una previsión o pronóstico razonable.

Todo lo expuesto no ha de verse enturbiado por la afirmación del TS de que tal actuación (el acuerdo impugnable) *“justifica la protesta de los socios minoritarios de Transmediterránea, que no se resignan a ver como la accionista mayoritaria es la única que saca rendimiento de tal comportamiento”*. La razón fundamentalmente por la que el TS ha desestimado el recurso de casación no es otra que determinar que el acuerdo fue lesivo para la minoría ya que, sin perjuicio de lo antes expuesto, no cabe identificar el daño a la minoría con el daño a la sociedad que justifica la reacción de los accionistas minoritarios cuando Acciona, esto es, la mayoría, con abuso de poder, decidió en su propio y exclusivo beneficio, lesionando los intereses de la sociedad y de todos.

La calificación como abusiva de la conducta de los accionistas mayoritarios solo puede hacerse tras una valoración de la misma a la luz de todas las circunstancias del caso y, en nuestra opinión, el caso *Transmediterránea/Acciona* no es otra cosa que una decisión del accionista mayoritario (Acciona) que perjudica a su filial (*Transmediterránea*) en menos de lo que beneficia al grupo empresarial que encabeza.

La nulidad de la adquisición de participaciones propias vulnerando los límites legales (STS de 1 de marzo de 2012). Por Irene Miró

La STS de 1 de marzo de 2012 analiza la validez de los negocios jurídicos que tengan por objeto la adquisición de participaciones propias por parte de sociedades de responsabilidad limitada.

En el supuesto de hecho, el socio de una sociedad limitada suscribió con ésta un contrato de compraventa

en virtud del cual la segunda adquiriría la totalidad de las participaciones de la sociedad de las que el primero era titular. Al presentar el socio demanda exigiendo el cumplimiento del contrato, la sociedad se opuso solicitando que se declarase su nulidad en lo que a la transmisión de las participaciones se refería.

En la sentencia comentada, el TS desestimó la demanda formulada por el socio, considerando, con base en el art. 1.275 CC, que la causa del referido contrato de compraventa de participaciones era ilícita y, por tanto, la compraventa de las participaciones, nula, por haberse llevado a cabo fuera de los supuestos tasados en el art. 140 LSC. En concreto, el TS argumenta lo siguiente:

“dado que la adquisición por AFISUR de las propias participaciones no se realizó para adquirir las participaciones de un socio separado o excluido de la sociedad, es insuficiente la voluntad de desinversión del socio que pretende desprenderse de sus participaciones y su aceptación por los demás, sin adopción de los preceptivos acuerdos corporativos”

Así pues, el TS considera que la celebración del contrato de compraventa de participaciones sociales, que no viene motivado por un acuerdo previo de separación o de exclusión del socio, constituye un acto contrario a una norma imperativa, el art. 140 LSC, y, por tanto, de conformidad con el citado precepto y con el art. 6.3 CC, el negocio debe considerarse nulo de pleno derecho.

El TS también desestimó la aplicación de la norma en virtud de la cual no puede invocarse la nulidad de un contrato la parte que ha provocado tal nulidad (*nemo propriam causam turpitudinem allegare potest*), considerada por este tribunal como una concreción de la doctrina de los actos propios. La razón en la que se sustenta la conclusión del TS se encuentra en que *“en ningún caso pudo generar expectativas razonables un acuerdo ilícito, razón por la que esta Sala tiene declarado que la doctrina de los actos propios no impide invocar la nulidad de lo estipulado.”*

Como crítica a esta sentencia del TS, cierto sector de la doctrina estima que resulta excesivo equiparar la ilicitud de la causa de un negocio jurídico con la infracción de una norma legal que rige la celebración de tal negocio jurídico. La calificación como ilícita de la causa de un negocio en el que hay infracción de una norma legal debería reservarse a la infracción de normas prohibitivas

fundadas en razones que pudieran calificarse como de orden público, siendo esta, por otra parte, la doctrina tradicional del TS respecto a la nulidad de los contratos que infringen una prohibición legal.

Con base en lo anterior, considera este sector doctrinal que, dado que la adquisición de participaciones propias por una sociedad limitada no puede considerarse por sí misma contraria al orden público, la nulidad del negocio obligatorio no debería considerarse una consecuencia necesaria de la falta de observancia, en la realización de la transmisión, de los requisitos legalmente establecidos, siempre que la sociedad procediera a dar cumplimiento a dichos requisitos.

Por otra parte, de los hechos de la sentencia se deduce que los demás socios estaban de acuerdo con la adquisición y que el negocio suponía la salida del socio de la sociedad (se trataba de un pacto de salida convenido entre las partes). En este supuesto, conforme a los apartados b) y d) del art. 140.1 LSC, la adquisición de participaciones propias por la sociedad podría ser admisible si viniese acompañada de la adopción por la sociedad de un acuerdo por el que el socio se separara o fuera excluido, o de un acuerdo de reducción de capital.

Por los anteriores motivos, estos autores entienden que nada impedía considerar que el contrato de compraventa se encontraba sometido a la condición de que la sociedad procediera a acordar la separación o exclusión del socio, o la reducción de capital, acuerdos que serían obligatorios para la sociedad una vez celebrado el contrato con el socio. A este respecto, ha de tenerse en cuenta que las participaciones sociales son bienes inmateriales en los que la transmisión de la propiedad se produce, salvo pacto en contrario, con la emisión del consentimiento por ambas partes, y de las circunstancias se deduce claramente que la voluntad del socio y de la sociedad era la de ejecutar la compraventa.

Ha de tenerse en cuenta que las consideraciones anteriores sólo serían admisibles en caso de que existiera unanimidad de los restantes socios en relación con la adquisición de las participaciones por la sociedad, ya que, en caso contrario, la suscripción de un contrato de compraventa de participaciones propias por parte de la sociedad sin la previa adopción de los correspondientes acuerdos sociales podría emplearse como medio para forzar a la junta general a autorizar la adquisición de las citadas participaciones o a acordar la reducción de capital.

Con base en todo lo anterior, cabría concluir que si la norma prohibitiva, en nuestro caso, el art. 140 LSC, no pretende impedir que se produzca un determinado resultado (la adquisición, en determinados supuestos, de sus propias participaciones por una sociedad limitada) sino que este resultado se produzca omitiéndose determinados procedimientos o requisitos (en el supuesto analizado, la adopción del correspondiente acuerdo por la junta general de socios) no es necesario concluir que el resultado debe ser, con carácter general, la nulidad del contrato. Bastaría, por el contrario, impedir su ejecución y la transmisión de la propiedad de las participaciones, hasta que se hubiesen verificado los requisitos o procedimientos previstos legalmente a estos efectos.

Así pues, se podría defender que el socio dispone de una acción para exigir a la sociedad la adopción de los acuerdos societarios precisos en relación con la eficacia del contrato de compraventa, junto con la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. Asimismo, cabría entender que la sociedad, siendo consciente de la falta de cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, habría actuado de mala fe al negarse a adoptar las medidas necesarias para subsanar los vicios existentes en el contrato de compraventa y al alegar su nulidad.

No obstante las consideraciones anteriores, debe tenerse en cuenta que el apartado 2 del art. 140 prevé expresamente que las adquisiciones realizadas fuera de los casos previstos en este precepto serán nulas de pleno derecho, y que, en supuestos como el analizado, el TS ha venido excluyendo cualquier efecto traslativo de los negocios que resulten en la adquisición de participaciones propias vulnerando los límites legales.

Sistema de valoración de las participaciones sociales en el derecho de adquisición preferente a favor de los socios. Por Rafa Sáez.

El pasado 20 de febrero se publicó en el BOE una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN 28/01/12) relativa a los sistemas de valoración de las participaciones sociales para el caso del ejercicio por los socios del derecho de adquisición preferente que les corresponde en las sociedades de responsabilidad limitada.

El supuesto nace tras la aprobación por la Junta General de socios de una sociedad de responsabilidad limitada de una modificación estatutaria en la que, entre otros cambios, se acordó el establecimiento de un sistema de determinación del valor razonable de las participaciones

sociales consistente en que, cada dos años, la Junta General realizase una valoración tomando como base los fondos propios de la sociedad, los beneficios después de impuestos obtenidos durante los dos últimos ejercicios (según balances cerrados a 31 de diciembre) y reduciendo en un 25% el pasivo correspondiente al personal. Así, la primera valoración sería realizada por un asesor externo especializado, elegido por acuerdo de la Junta General de socios con el voto favorable del 80% de los votos y las veces sucesivas, con los medios de que dispusiera la propia sociedad.

Presentada esta modificación estatutaria a inscripción ante el Registro Mercantil de Málaga, la escritura fue calificada con defectos, entre otros motivos, por considerar la Registradora calificadora que *“el sistema de valoración impuesto, restringe el derecho del socio a obtener el valor real o razonable de sus participaciones en el momento de la transmisión, que no puede confundirse con el valor contable que resultaría del balance, aunque éste estuviera auditado o sometido a la intervención de un experto”*.

Tras el recurso interpuesto por el notario autorizante de la escritura contra dicha calificación, la Registradora elevó informe a la Dirección General de los Registros y del Notariado que considera que, si bien es cierto que, con base en el principio de autonomía de la voluntad, pueden admitirse sistemas objetivos de valoración de las participaciones sociales (RDGRN 02/11/10), dicha autonomía debe tener un límite y, en consecuencia, deben rechazarse todos aquellos sistemas de valoración que no se adecuen de forma patente e inequívoca a las exigencias legales de imparcialidad y objetividad, garantizando la adecuación de sus resultados al verdadero valor del bien.

A juicio de la Dirección General, no resultaría posible que una de las partes de la relación, ya sean los socios o la propia sociedad, realice la valoración de las participaciones para determinar su valor razonable, y así sucedería en el caso de que fuera la sociedad la que designara al experto independiente que habría de valorar el bien, dado que se estaría dejando el cumplimiento de lo acordado al arbitrio de una de las partes, lo que queda vedado por el art. 1256 de nuestro Código Civil.

Con la aplicación de este sistema, la falta de objetividad concurriría aun cuando el derecho de adquisición preferente fuera ejercitado por uno de los socios, ya que la fijación del precio se encomendaría no a un tercero totalmente ajeno a los interesados en la transmisión, sino a un experto que sería designado por acuerdo mayoritario

de los socios, pudiendo intervenir decisivamente aquel socios que pretendiera la transmisión.

De esta forma, la Dirección General de los Registros y del Notariado confirmó la calificación defectuosa realizada por el Registro Mercantil de Málaga sobre esta modificación estatutaria.

A vueltas con la prohibición de limitaciones de voto en las sociedades cotizadas. Por Félix Plasencia.

El pasado 28 de marzo, la Sala Tercera del TS dictó sentencia en recurso contencioso-administrativo interpuesto frente al artículo 515 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (LSC). Dicho precepto —actualmente sustituido por el artículo 527 del mismo texto, de contenido idéntico— prohíbe que los estatutos sociales de las compañías cotizadas establezcan limitaciones al ejercicio de los derechos de voto.

El establecimiento de la prohibición constituyó una decisión de política legislativa no exenta de controversia. Más allá del problema teórico acerca de su procedencia y oportunidad —una *vaxata quaestio* de la doctrina mercantilista—, lo relevante es su posible incidencia práctica: alguna de las más importantes compañías españolas incluyen en sus estatutos —en defensa de los intereses de los accionistas minoritarios— dichas limitaciones y podrían verse afectadas por la prohibición.

Un problema de Derecho Constitucional...

Sin embargo, el problema debatido ante el Tribunal Supremo pertenece al campo del Derecho Constitucional.

En síntesis, es el siguiente. La LSC fue aprobada por un real decreto legislativo; es decir, por una disposición con rango de ley dictada por el Gobierno previa habilitación de las Cortes, titular originario de la potestad legislativa. Para ser válido, un real decreto legislativo tiene que ajustarse plenamente a dicha habilitación, plasmada en la ley de delegación. Si no se actúa así —si el Gobierno trasciende o va más allá de la ley de delegación—, la disposición aprobada por el mismo incurre en exceso de delegación o *ultra vires*. La consecuencia es que pierde el rango legal que excepcionalmente tiene y queda “degradada” al rango reglamentario. Circunstancia que permite su control por los tribunales ordinarios, algo que sería imposible en otro caso ya que el enjuiciamiento de las normas con rango de ley está reservado al Tribunal Constitucional.

Lo debatido en el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente al artículo 515 de la Ley de Sociedades de Capital era justamente esta cuestión: si el Gobierno había incurrido en *ultra vires* al incluir, como contenido de dicho precepto, la prohibición de las limitaciones estatutarias al ejercicio de los derechos de voto.

Los recurrentes sostenían que sí. Se fundaban en el hecho de que la prohibición de limitaciones de voto —que había sido introducida en la Ley de Sociedades Anónimas por la Ley 12/2010, de 30 de junio, de modificación de la Ley de Auditoría de Cuentas—no había sido aprobada al dictarse la ley de delegación ni había entrado en vigor al aprobarse la LSC. Y, siendo de esencia de cualquier texto refundido el que incorpore el Derecho vigente, al no hacerlo así, se incurría en el mencionado *ultra vires*.

La sentencia del TS se aparta de los precedentes y de la costumbre constitucional para rechazar este planteamiento. Afirma que para la validez de un texto refundido basta con que incorpore el Derecho que esté aprobado al tiempo de la refundición; aunque no haya entrado en vigor y aunque ni siquiera hubiera sido aprobado al tiempo de la delegación. De forma coherente con este punto de partida, confirma la validez del artículo 515 LSC.

La sentencia —con el matiz que posteriormente se indicará— agota ahí sus declaraciones. No se pronuncia sobre las bondades o el carácter pernicioso de las limitaciones estatutarias al ejercicio de los derechos de voto. Subyace en la sentencia que se trata de una opción de política legislativa que escapa del control por los tribunales ordinarios.

... con relevantes implicaciones mercantiles

Esta “opción de política legislativa” es, desde luego, una interesantísima cuestión de Derecho mercantil.

Al “optar” por la prohibición de las limitaciones estatutarias al ejercicio de los derechos de voto —únicamente respecto de las sociedades cotizadas—, la normativa societaria española se aparta del esquema seguido tradicionalmente en el Derecho Español.

En efecto, las limitaciones estatutarias al número máximo de votos que puede emitir un accionista es una medida que —fundamentalmente dirigida a la protección de las minorías accionariales— se fue generalizando de forma explícita o implícita a lo largo del siglo XX en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos. Entre ellos, se encontraba el Derecho español, que en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 la incorporó

expresamente en su artículo 38. Más tarde, la norma sobre limitación de derechos de voto se incorporó al Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, en su artículo 105.2, ampliándose su ámbito de aplicación al extender la limitación a sociedades pertenecientes a un mismo grupo. Y es esta norma la que se incorpora, en fin, en el artículo 188.3 LSC que, sin embargo, estatuyó la limitación para las sociedades cotizadas en su artículo 515 (actual artículo 527).

En defensa de las prohibiciones estatutarias al ejercicio de los derechos de voto se ha dicho que su limitación supone una infracción inadmisibles del principio de proporcionalidad plasmado en la regla *one share/one vote*. También se ha indicado que las restricciones dificultan —en beneficio de los administradores— las tomas de control mediante la adquisición de acciones en el mercado; tendrían, así, un valor negativo para la eficiente organización de la sociedad. Incluso, de forma casi anecdótica, se ha señalado que atentan contra el contenido del derecho de propiedad vinculado a la riqueza mobiliaria.

Frente a ello, se ha destacado la relevancia de las limitaciones del ejercicio de los derechos de voto como medida de protección de los accionistas minoritarios, rechazándose que sus beneficiarios sean los administradores. En particular, se han destacado sus efectos beneficiosos como mecanismo que evita las tomas de control societario de facto y en caso de opa. La opción de una sociedad anónima por crear obstáculos a la toma de control de la misma —se ha dicho— favorece a los mismos accionistas, al obligar al potencial oferente que estuviera interesado en adquirir una sociedad cotizada a realizar una inversión que resulte proporcional al valor real de esa sociedad. Con ello se evitan las adquisiciones del control de sociedades por un precio inferior al valor de los recursos que se van a adquirir, algo que iría, precisamente, en claro y grave perjuicio de los accionistas.

Como se ha anticipado, este debate mercantil no ha sido abordado directamente por la sentencia del TS de 28 de marzo de 2012. No obstante, en la misma se atisba una visión favorable a la existencia de las limitaciones en la medida en que se trata de una decisión libremente tomada por los accionistas. Se colige de las afirmaciones efectuadas por el Alto Tribunal al abordar el problema de la legitimación del recurrente para interponer el recurso contencioso-administrativo: *“La voluntad social, la de la mayoría de los accionistas expresada en esos estatutos es que esa limitación [de ejercicio de los derechos de voto] exista”*; por ello —añade la sentencia— *“es*

indudable que los administradores están respondiendo a un interés de la sociedad que administran que les legitima para instar la anulación de una norma que imperativamente obliga a eliminar la voluntad social plasmada en los estatutos”.

El Tribunal Constitucional tendrá la última palabra

La decisión del Tribunal Supremo no pone punto final al problema de la prohibición de limitaciones estatutarias al ejercicio de los derechos de voto. El recurrente ha anunciado la interposición de un incidente de nulidad frente al fallo del Alto Tribunal. Se trata de un remedio procesal extraordinario frente a sentencias firmes que constituye la antesala de un recurso de amparo. Será, por tanto, el Tribunal Constitucional quien se pronuncie de manera definitiva sobre esta relevante cuestión, en la que se imbrican problemas de Derecho Constitucional y de Derecho Mercantil.

2. DERECHO DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

TEMAS ACTUALES

Real Decreto 778/2012, de 4 de mayo, de régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico. Por Beltrán Gómez de Zayas y Pablo Ruiz de Assin.

El Real Decreto 778/2012, de 4 de mayo, de régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico (en adelante, el “Real Decreto”) entró en vigor el 6 de mayo de 2012 y desarrolla la regulación contenida en la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico (en adelante, la “Ley”), de conformidad con la habilitación que a estos efectos establecía la disposición final duodécima de la Ley.

De acuerdo con su exposición de motivos, el Real Decreto pretende, principalmente, y en línea con la Ley: (i) aumentar la precisión del régimen jurídico aplicable a la emisión de dinero electrónico, clarificando su definición y el ámbito de aplicación de la norma; (ii) completar el diseño de un régimen jurídico más proporcionado de las entidades de dinero electrónico (“EDEs”); y (iii) contribuir a garantizar la consistencia entre el nuevo régimen jurídico de las entidades de pago y el aplicable a las EDEs.

Para más información puede leerse nuestra Alerta sobre el nuevo régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico:

[Alerta Bancario Financiero - mayo 2012 - RD entidades de dinero electrónico](#)

Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. Por Gracia Sainz.

La finalidad de este Real Decreto es la de paliar los efectos dramáticos de la crisis para aquellas familias que debido a su situación de desempleo o de ausencia de ingresos no pueden hacer frente a sus hipotecas.

Para ello, el Real Decreto 6/2012 fija en primer lugar las condiciones definitorias del colectivo a proteger, y lo hace de la forma siguiente:

- Todos los miembros de la unidad familiar deben carecer de rentas derivadas del trabajo o actividades económicas;
- Ha de ser su primera y única vivienda;
- La cuota hipotecaria debe ser superior al 60% de los ingresos netos de la unidad familiar y se carezcan de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes para poder hacer frente a la deuda; y
- La operación no debe tener otras garantías reales o personales, o en el caso de existir estas últimas, en los garantes se den las circunstancias señaladas en el punto anterior.

Todos los deudores hipotecarios que reúnan estas condiciones (“*umbral de exclusión*”) podrán beneficiarse de las medidas recogidas en esta norma, de entre las que cabe resaltar la limitación de los intereses de demora al resultante de sumar a los intereses pactados un 2,5% y la posibilidad de invocar la aplicación del Código de Buenas Prácticas en los siguientes supuestos:

- que la entidad acreedora hubiera suscrito el referido Código, en cuyo caso estarán obligadas a aplicarlo por un plazo de al menos dos años, prorrogable por periodos anuales salvo denuncia expresa de la propia entidad adherida; y

- que el valor de adquisición de la vivienda sea inferior a determinados márgenes (en el caso de ciudades de más de un millón de habitantes, doscientos mil euros).

La aplicación del Código de Buenas Prácticas podrá significar:

1. La obligatoria propuesta de un Plan de Reestructuración de la deuda:

A solicitud de cualquier deudor que acredite estar en el umbral de exclusión y (siempre que no se hubiera anunciado la subasta en el marco del procedimiento de ejecución que, en su caso, estuviere iniciado), la entidad financiera acreedora deberá proponer en el plazo de un mes desde la solicitud, un plan de reestructuración de la deuda en el que se contemple la aplicación conjunta de las siguientes medidas:

- carencia de amortización de capital de cuatro años;
 - ampliación del plazo de amortización hasta un total de cuarenta años desde la fecha de concesión del préstamo;
 - reducción del tipo de interés aplicable al Euribor más 0,25 puntos porcentuales durante el plazo de carencia.
2. La eventual aplicación de una quita sobre la deuda:

En el supuesto de que el plan de reestructuración resultara inviable por resultar una cuota mensual superior al 60% de los ingresos totales de la unidad familiar, se podrá solicitar por el deudor hipotecario una quita sobre el capital pendiente de amortización (cuya cuantía se podrá determinar utilizando tres fórmulas alternativas) incluso en el supuesto de que se hubiera producido ya el anuncio de subasta de la vivienda. No obstante, las entidades acreedoras no están obligadas a aceptar la aplicación de las correspondientes quitas.

3. La posible dación en pago de la vivienda:

En el supuesto de que ninguna de las medidas anteriores resultaran factibles, los deudores en el umbral de exclusión podrán solicitar, y la entidades acreedoras estarán obligadas a aceptar, la entrega de la vivienda hipotecada a la propia entidad o al tercero que ésta designe, quedando de esa forma definitivamente

cancelada la deuda y las responsabilidades del deudor y de terceros por razón de esa deuda.

En estos supuestos el deudor podrá permanecer, si así lo solicitase, como arrendatario de la vivienda durante un plazo de dos años satisfaciendo una renta anual del 3% del importe total de la deuda en el momento de la dación.

El procedimiento de dación en pago no será aplicable cuando el procedimiento de ejecución haya concluido o pesen cargas posteriores sobre la vivienda.

El Real Decreto 6/2012 recoge también algunos beneficios fiscales como la exención en el IRPF de las plusvalías que se obtengan por los deudores hipotecarios con motivo de la dación en pago de la vivienda, y la deducción en el IS por parte de la entidad acreedora de la pérdida que asuma en los casos de dación en pago.

Cabe destacar que, aun cuando se trata de una facultad discrecional y voluntaria de las entidades financieras, lo cierto es que tras la promulgación del Real Decreto 6/2012, prácticamente la totalidad de las entidades con actividad en el mercado hipotecario (el 95%), incluidas las grandes entidades del sector, se han adherido al Código de Buenas Prácticas.

Plan de pagos a proveedores de las Administraciones Públicas territoriales. Por Fco. Javier Arias Varona

Uno de los problemas generados en España por la situación económica es el progresivo deterioro en los pagos a los proveedores de las Administraciones territoriales, en particular en el ámbito municipal. Ello es consecuencia de la combinación de la iliquidez derivada de las restricciones de acceso al crédito y la caída en los ingresos de estas administraciones, en parte muy dependientes del mercado inmobiliario. El retraso en los pagos tiene el previsible efecto nocivo sobre las empresas proveedoras de bienes y servicios de estas Administraciones, con frecuencia de pequeño y mediano tamaño. La necesidad de ofrecer soluciones al problema explica las recientes medidas adoptadas por el Gobierno español, dirigidas a la creación de un fondo de financiación de los pagos a los proveedores.

La creación de este fondo se sustenta en dos reales decretos leyes. Cronológicamente, el primero es el **Real Decreto Ley 4/2012, de 24 de febrero**, inicialmente circunscrito en su aplicación a las entidades locales, al que seguiría poco más tarde el **Real Decreto Ley 7/2012, de 9 de marzo, por el que se crea el Fondo para la**

Financiación de los Pagos a los Proveedores. Esta última norma, que amplió a las Comunidades Autónomas el ámbito subjetivo de aplicación del sistema, constituye el régimen básico común. De forma muy concisa, se trata de crear un fondo de financiación al que pueden acogerse las entidades territoriales para el pago de aquellas obligaciones con proveedores de bienes y servicios que estén vencidas y sean líquidas y exigibles con anterioridad al 1 de enero de 2012. El acceso al sistema prevé la elaboración obligatoria de un plan de ajuste que garantice el cumplimiento de las obligaciones de las entidades acogidas, que debe ser aprobado por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Además, se garantiza la restitución de los pagos realizados con cargo a este fondo mediante el derecho de retención sobre la participación en los tributos del Estado (entidades locales) o de los recursos del sistema de financiación de las CC.AA.

Sin perjuicio del carácter común de las líneas básicas del sistema, la estructura normativa en que se ha concretado el desarrollo de los reales decretos leyes señalados mantiene ciertas diferencias en el tratamiento de Entidades Locales y Comunidades Autónomas.

La regulación del Fondo, en lo que a las Entidades Locales se refiere, está constituida por el citado **Real Decreto Ley 4/2012, de 24 de febrero**, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales, completado más tarde por el **Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 1 de marzo de 2012** y la **Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas HAP/537/2012, de 9 de marzo**. Esta última reviste una gran importancia, pues precisa el modelo de Plan de Ajuste que necesariamente deben aportar las entidades acogidas al sistema, entre otras cosas en lo que se refiere a las medidas relativas al gasto que, por ejemplo, incluyen la reducción de sueldos o efectivos de personal (medida 1), la limitación de salarios en contratos mercantiles o de alta dirección (medida 3), la reducción de personal de confianza (medida 6), o la regulación de las cláusulas indemnizatorias conforme a las derivadas de la reforma laboral (medida 5).

La extensión del Fondo inicialmente previsto para las Entidades Locales a las Comunidades Autónomas tiene su origen en el **Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera 6/2012, de 6 de marzo**, por el que se fijan las líneas generales de un mecanismo extraordinario de

financiación para el pago de los proveedores de las Comunidades Autónomas. A ese acuerdo seguiría la aprobación del mencionado RD Ley 7/2012, cuyo desarrollo en el ámbito de las CC.AA. ha motivado un **Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 22 de marzo de 2012** y los diferentes acuerdos de adhesión por las diferentes Comunidades, obligatorios para el acceso al sistema. Salvo Navarra, País Vasco y Galicia, todas ellas han optado por adherirse al mecanismo.

Puede leerse un análisis más detallado elaborado por el departamento de Sectores Regulados de CMS Albiñana & Suárez de Lezo pinchando en este link:

[Alerta Sectores Regulados - Marzo 2012](#)

Reglamento sobre ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago. Rafael Sánchez.

Con fecha 24 de marzo de 2012, se ha publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el Reglamento (UE) 236/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo, sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago (el "Reglamento").

Las ventas en corto, predicadas de acciones o instrumentos de deuda, son ventas que se materializan sin que el vendedor posea las acciones o instrumentos objeto de compraventa en el momento de cerrar el contrato, aun cuando los haya tomado o acordado tomar en préstamo para su entrega en la fecha de liquidación. No se incluyen, en dicho concepto, los pactos de recompra, los préstamos de valores o los contratos de futuros o derivados.

Por su parte, las permutas de cobertura por impago son contratos derivados por virtud de los cuales una parte paga a otra una prima a cambio de un pago o prestación en caso de que se produzca un evento de crédito u otro incumplimiento con efecto económico similar.

El Reglamento tiene por finalidad establecer un marco común de regulación que garantice el correcto funcionamiento del mercado interior y un elevado nivel de protección a los consumidores e inversores –imponiendo obligaciones de transparencia y restricciones tanto a las ventas en corto como a las permutas de cobertura por impago a fin de impedir la caída anómala del precio de un instrumento financiero-, lo cual se echó en falta en

septiembre de 2008, cuando, en plena crisis financiera, las medidas adoptadas por los Estados miembros fueron dispares.

Así las cosas, el Reglamento establece un régimen de transparencia de las posiciones cortas netas, entendidas como las resultantes de una venta en corto, de acciones o de deuda soberana, o de una operación sobre un instrumento financiero distinto de los anteriores que confiera una ventaja en caso de disminución del precio o valor de la acción o deuda. Conforme a dicho régimen, se crean las siguientes obligaciones de notificación a la autoridad competente del Estado miembro:

- (i) El inversor tendrá que notificar su posición corta neta en acciones de sociedades cotizadas cuando alcance o descienda por debajo del umbral del 0,2% del capital social de dicha sociedad y de cada tramo de 0,1% por encima de dicho porcentaje.
- (ii) El inversor tendrá que notificar su posición corta neta en deuda soberana cuando alcance o descienda por debajo de los umbrales que, en función de cada emisor soberano, establezca la Comisión Europea.
- (iii) Observando estos mismos umbrales, y siempre y cuando se suspendan las restricciones sobre operaciones con permutas de cobertura por impago soberano, el inversor tendrá que notificar su correspondiente posición descubierta (esto es, que no sirva para cubrir el riesgo de incumplimiento del emisor o de disminución de valor) en dichas permutas.

Por otro lado, el Reglamento también prevé un elenco de restricciones a la realización de ventas en corto descubiertas de acciones, de deuda soberana y de operaciones con permutas de cobertura por impago, exigiendo que se cumpla una de las siguientes condiciones:

- (i) Que el inversor haya tomado en préstamo el instrumento;
- (ii) Que el inversor haya celebrado un acuerdo para tomar el instrumento en préstamo u ostente un derecho para que se le transfiera, en la fecha de liquidación, un número correspondiente de valores de la misma categoría; o

- (iii) Que el inversor tenga un pacto con un tercero en virtud del cual este último le haya confirmado la expectativa razonable de que la liquidación podrá hacerse en la fecha de vencimiento.

Por último, el Reglamento prevé diversos supuestos en los que las obligaciones y restricciones anteriores no serían de aplicación

Reseña de tres Circulares del Banco de España. Por Ana Gimeno

Transacciones exteriores: Circular 1/2012, de 29 de febrero a los proveedores de servicios de pago, sobre normas para la comunicación de las transacciones económicas con el exterior.

Deroga las Circulares 15/1992 y 1/1994.

Obligación de informar: Quedan sometidos a esta Circular los proveedores de servicios de pago inscritos en el Banco de España

Periodicidad y contenido: Los proveedores de servicios quedan obligados a informar al Banco de España, con periodicidad mensual, dentro de los diez días hábiles siguientes al fin de cada mes, de las siguientes operaciones:

- Cobros y pagos transfronterizos, transferencias al o del exterior, cifrados en euros o en moneda extranjera, realizados por cuenta de sus clientes, cuando dichos pagos y cobros tengan origen o destino en cuentas abiertas en un proveedor de servicios de pago en otros Estados miembros de la UE o en cualquier otro país. No se incluirán las operaciones cuyos titulares fueran otros proveedores de servicios de pago
- Los abonos de adeudos en cuentas de sus clientes no residentes. No se incluirán los movimientos de las cuentas cuyos titulares fueran otros proveedores de servicios de pago.
- Los envíos y recepciones de billetes y moneda metálica en euros a/de sus corresponsales extranjeros.

Estado de la situación: Los proveedores de servicios de pago que no vayan a realizar operaciones de las detalladas anteriormente, por carecer de operativa detallada, quedan obligados a notificarlo al Banco de

España en la forma establecida en las aplicaciones técnicas de la Circular.

Envío de la información: Deberá remitirse al Departamento de Estadística del Banco de España por medios telemáticos, según los formatos, condiciones y requisitos de las aplicaciones técnicas de la Circular.

Mínimo exento de declaración: No se comunicarán las operaciones referidas anteriormente cuando su importe en euros o su contravalor en otra divisa sea igual o inferior a 50.000 euros, o al importe que en cada momento determine la legislación vigente, siempre que no constituyan pagos fraccionados.

Identificación de los clientes en las cuentas abiertas en entidades de depósito en España:

- En el momento de apertura de cuentas a la vista, de ahorro o a plazo fijo por clientes, las entidades de depósito deberán identificar al titular de la cuenta en euros o en divisas y harán constar su condición de residente en España o no residente.
- La acreditación deberá realizarse según el art. 2 del Real Decreto 1816/1991, sobre transacciones económicas con el exterior.
- Las entidades modificarán la calificación de las cuentas afectadas cuando tengan constancia de que se han producido cambios en la condición de residentes o de no residentes en España de los clientes titulares de las mismas:

Entidades Financieras: Circular 2/2012, de 29 de febrero, de modificación de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros.

Se introduce una sección V en el anejo IX de la Circular 4/2004 que reproduce literalmente los apartados 1 y 2 del art. 1 y el Anexo I del Real Decreto Ley 2/2012, de **saneamiento del sector financiero**, que establece determinados **requerimientos de provisiones y de capital adicionales a los hasta ahora requeridos por las normas aplicables a las entidades de crédito en relación con los activos vinculadas a la actividad inmobiliaria.**

Exigencia de constituir, por una sola vez, una **cobertura del 7% del saldo vivo** a 1 de diciembre de 2011 del conjunto de las financiaciones relacionadas con el suelo para la promoción inmobiliaria y con las construcciones o promociones inmobiliarias, que se mantendrá indefinidamente salvo por su utilización, sin limitación y hasta su total agotamiento, en la cuantía precisa para la constitución de coberturas que resulten necesarias como consecuencia de la reclasificación posterior de dichas financiaciones como activos dudosos o subestándar o de la adjudicación o recepción de activos en pago de dichas deudas.

Se modifica la composición de las clases de riesgo en que deben clasificarse las operaciones incluidas en la categoría de riesgo normal (que luego se tienen en cuenta a la hora de determinar la cobertura genérica del riesgo de crédito) para reflejar el mayor riesgo apreciado en las operaciones concedidas para la financiación de suelo para promoción inmobiliaria o de construcciones o promociones inmobiliarias, aun cuando cuenten con garantía real de dichos bienes.

Se modifica los estados reservados actualmente en vigor y se añaden algunos nuevos.

Se introducen en el Registro Contable Especial de Operaciones Hipotecarias los cambios precisos para dar soporte a la nueva información necesaria con fines supervisores surgida de las modificaciones incorporadas en el anejo IX de la Circular 4/2004.

Circular 4/2012, de 25 de abril, sobre normas para la comunicación por los residentes en España de las transacciones económicas y saldos de activos y pasivos financieros con el exterior.

Entrará en vigor el 1 de enero de 2013.

Obligación de informar: Quedan sometidas a lo establecido en la presente Circular las personas físicas y las personas jurídicas (públicas o privadas) residentes en España, distintas de los proveedores de servicios de pago inscritos en los registros oficiales del Banco de España, que realicen transacciones con no residentes (actos, negocios y operaciones que supongan - o de cuyo cumplimiento puedan derivarse - cobros, pagos y/o transferencias exteriores, así como variaciones en cuentas o posiciones financieras deudoras o acreedoras) o mantengan activos o pasivos frente al exterior.

Contenido de la información: Los residentes informarán al Banco de España, con la periodicidad y excepciones que se determinan en la norma siguiente, de las situaciones y movimientos que se enumeran a continuación:

- Operaciones por cuenta propia con no residentes, sea cual sea su naturaleza e independientemente de cómo se liquiden, es decir, bien se liquiden mediante transferencias exteriores, a través de abonos o adeudos en cuentas bancarias o interempresa, por compensación o mediante entrega de efectivo.
- Saldos y variaciones de activos o pasivos frente al exterior, cualquiera que sea la forma en la que se materialicen (cuentas en entidades bancarias o financieras, cuentas interempresas, depósitos de efectivo o de valores, participaciones en el capital, instrumentos representativos de deuda, instrumentos financieros derivados, inmuebles, etc.).

Se establecen periodicidades y plazos de envío de la información, en función del importe que alcancen las transacciones con no residentes y los saldos de activos y pasivos frente al exterior (norma tercera) así como **excepciones** de la información

Envío de la información: La información deberá remitirse al Departamento de Estadística del Banco de España, por medios telemáticos, de conformidad con los formatos, condiciones y requisitos establecidos en las «aplicaciones técnicas» de esta Circular. Una versión actualizada de dichas especificaciones se mantendrá en el sitio web del Banco de España, de libre acceso en Internet.

Disposición transitoria: Aquellos residentes que estuviesen obligados a facilitar la información requerida de acuerdo con las circulares 6/2000, de 31 de octubre, 2/2001, de 18 de julio, y/o 3/2006, de 28 de julio, deberán seguir facilitándola y declarándola hasta la correspondiente al 31 de diciembre de 2013, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones establecidas en esta Circular.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

De nuevo sobre los swaps: comentarios a la SAP de Zaragoza, de 19 de diciembre de 2011 y a la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Móstoles, de 30 de marzo de 2012. Por Almudena Cuéllar

La denuncia de los contratos de permuta de tipos de interés (Swaps) continúa siendo un tema recurrente en los litigios que actualmente se fraguan en nuestros tribunales.

Lo más habitual en este tipo de casos es que las demandantes soliciten la nulidad de estos contratos basándose, principalmente, en el error en el consentimiento prestado por la demandante, quien recurrentemente alega que “no entendía” o “no conocía el alcance” del contrato que estaba suscribiendo. El incremento en el número de estas demandas viene propiciado por el impacto que la actual coyuntura económica está teniendo en el mercado de tipos de interés.

De entre la multitud de sentencias que se han venido dictando durante estos últimos años, nos han llamado la atención dos sentencias dictadas muy recientemente con fallos completamente dispares: la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 19 de diciembre de 2011, y la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Móstoles de 30 de marzo de 2012.

Pese a que ambas sentencias cuentan con unos antecedentes de hecho bastante similares, así como con unos fundamentos de derecho prácticamente idénticos; la Audiencia Provincial de Zaragoza entiende que no existe error en el consentimiento prestado por la demandante en la contratación del swap, mientras que la del Juzgado de 1ª instancia de Móstoles entiende que las demandantes incurrieron en un error sobre la esencia del contrato, declarando, por tanto, la nulidad de este.

Pero, ¿cómo es posible que unos antecedentes tan parecidos hayan dado lugar a resoluciones completamente opuestas?

La aparente falta de un criterio común entre los tribunales que afrontan este tipo de litigios, en general, y entre la Audiencia Provincial de Zaragoza y el Juzgado de Primera Instancia de Móstoles en particular, tiene su origen en la propia teoría general del contrato.

Queda claro en ambas sentencias que las actoras no pueden ser consideradas como consumidores, no pudiendo beneficiarse, por tanto, de la protección que les

brindaría en su caso la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, sino que su pretensión ha de fundamentarse en el art. 1.265 del Código Civil, relativa al error en el consentimiento cuando el error recae sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato, o sobre las condiciones de la misma que hubiesen dado motivo a celebrarlo.

Será necesario, además, que el error sea esencial y excusable para poder ser apreciado. Entendiendo por esencial, que recaiga sobre la cualidad del contrato que motivó la celebración del mismo, y por excusable, que no haya podido ser evitado mediante el empleo de una diligencia media.

En vista de lo anterior, no resulta difícil de entender que la apreciación o no por parte de un tribunal de la concurrencia de error al prestar el consentimiento es claramente subjetiva. De este modo, no puede establecerse un criterio general de valoración de la existencia o no de estos vicios en el consentimiento ya que ha de analizarse caso por caso, dependiendo su valoración de la información que la entidad haya facilitado a la persona, el propio conocimiento del contratante, etc. Estamos de acuerdo en la argumentación dada por la Audiencia Provincial de Zaragoza al desestimar la sentencia en Primera Instancia que declaraba la nulidad del swap en cuestión, que en su fundamento de derecho Tercero establece que *para que la voluntad en el consentimiento sea válida y eficaz, se exige que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento claro y exacto de aquello sobre lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone*¹.

En ambos casos, las demandantes son sociedades anónimas con unos volúmenes de facturación nada despreciables, con una antigüedad en sus respectivos mercados considerable, y con un número importante de trabajadores, por lo que se les debe suponer conocimientos suficientes para conocer los riesgos implícitos en la contratación de estos productos. De ello se desprende además que quien suscribe el contrato debe informarse del producto que está contratando con la diligencia que le es exigible, siendo en este caso, la diligencia específica del ordenado empresario, no pudiendo, por tanto, culparse a la entidad de crédito de la falta de formación del contratante, si la entidad cumplió con sus obligaciones de información.

¹ Vid. Sentencia nº 736/2011, de 19 de diciembre de la A.P. de Zaragoza.

A mayor abundamiento, entendemos que para la apreciación de la existencia del alegado error en el consentimiento, se ha de estar también a lo que establece la doctrina de los actos propios en el sentido de que cualquier pretensión que se formule por una persona que anteriormente ha realizado una conducta que no es compatible con la pretensión que ahora se intenta lograr, debe de ser desestimada.²

Por ello, no parece lógico estimar la pretensión de nulidad del contrato de permuta de tipo de interés basándose en el consentimiento prestado por error, cuando ha quedado patente en ambos casos que ambas demandantes habían contratado productos de igual o similar naturaleza con anterioridad.

Esto nos lleva a la reflexión que hacíamos al inicio de esta exposición al vincular el incremento en el número de litigios suscitados por esta clase de contratos a la tendencia bajista del mercado de los tipos de interés.

Ninguna entidad bancaria puede conocer la evolución futura el Euribor (o de los tipos de interés), puesto que estos dependen de múltiples factores que escapan a su control³. Por tanto, no es admisible que mientras los tipos de interés se mantuvieron altos, el número de swaps que se denunciaba era muy inferior al número de swaps que se denuncian ahora que los tipos de interés son bajos. Es decir, no podemos permitir que ahora que los contratantes no se están beneficiando del “tipo fijo” que el swap les proporciona, se esté instando su nulidad con el argumento implícito de que el swap que contrataron se ha convertido en un impedimento para que las contratantes se beneficien de los tipos de interés bajos que ahora son predominantes.

No hemos de olvidar que los swaps suelen ser productos equilibrados, en el sentido de que, especialmente en aquellos ligados a operaciones a largo plazo como los préstamos hipotecarios, se gana en unos momentos y se pierde en otros, y se gana en unos escenarios y se pierde en otros. Los swaps han de verse como productos que permiten a su titular ante una situación impredecible, como es la evolución de los tipos de interés, beneficiarse de un tipo fijo durante toda la vida de ese contrato; estando a salvo de las eventuales fluctuaciones y tendencias alcistas que los tipos de interés puedan volver a sufrir.

² www.araden.com/es/node/500

³ Vid. “A propósito de los contratos de permuta de tipos de interés (swaps)” por Emilio Díaz Ruiz y Julio Iglesias Rodríguez.

Ante la disparidad de criterios que se vienen empleando para determinar la nulidad o no de los swaps y a la vista de todo lo anterior, los tribunales no deberían olvidar que: *“el error en el consentimiento está pensado precisamente para desautorizar que se pretenda usar la técnica de la impugnación con fines oportunistas y como excusa para salirse de un mal negocio”*⁴.

3. CONTRATOS MERCANTILES

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

Venta de empresa: el comprador se subroga frente a la distribuidora. La compañía principal deberá soportar incluso las reclamaciones anteriores a la compra (STS 12-03-2012). Por Teresa Mínguez

La sentencia objeto de comentario resuelve la reclamación por parte de un distribuidor de Schweppes S.A. (“**Schweppes**”) de una indemnización por clientela, por inversiones realizadas y no amortizadas y por abonos pendientes por devolución de productos.

El distribuidor alegaba que desde 1990 venía distribuyendo productos de Schweppes en una determinada zona geográfica de la provincia de Cádiz y que en 1995 concertó con La Casera S.A. (“**La Casera**”) la misma relación. Como consecuencia de los acuerdos de 2002 entre La Casera y Schweppes todos los productos de ambas compañías pasaron a ser comercializados por Schweppes, ampliándose la actividad del distribuidor a la actividad denominada de “plataforma” (logística y almacenaje de los productos a disposición de otros distribuidores) y subrogándose Schweppes en la posición de principal respecto del distribuidor. Alegaba el distribuidor que a partir de octubre de 2003, Schweppes había incurrido en graves incumplimientos contractuales reclamándole el pago de cantidades no debidas y pretendiendo desdibujar su condición de distribuidor, asignando a otros distribuidores su zona de exclusiva y concediendo a un tercero la actividad de plataforma.

Schweppes pidió la desestimación de la demanda sosteniendo que el demandante nunca había sido distribuidor de sus productos, sino tan solo un simple

⁴ Vid. en esta frase Ángel CARRASCO PERERA en “Derecho de Contratos”, Ed. Thomson Reuters, 2010, p. 290.

mayorista que se los compraba a los vendedores distribuidores para luego revenderlos a mayor precio; que Schweppes no se había subrogado en las relaciones entre el demandante y La Casera y que era el demandante quien había incumplido gravemente el contrato al negarse a pagar las facturas que le giraba Schweppes y que por ello dejó de suministrarle mercancía.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a Schweppes a pagar al distribuidor la cantidad de 273.007,23 euros por los conceptos de compensación por clientela (141.934,59 euros), indemnización de daños y perjuicios por inversiones realizadas y no amortizadas (58.360,17 euros) y deuda pendiente (72.712,47 euros). Schweppes interpuso recurso de apelación que el tribunal de segunda instancia desestimó, confirmando la sentencia apelada.

Schweppes interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, admitiendo el TS únicamente el de casación, articulado sobre los motivos que se dirán que fueron íntegramente rechazados por el alto tribunal.

1. Indebida aplicación de la "doctrina del levantamiento del velo" a personas jurídicas independientes.

Schweppes argumenta falta de legitimación pasiva respecto de las reclamaciones por operaciones con La Casera anteriores a marzo de 2002, basándose en la diferente personalidad jurídica de ambas compañías y el hecho de que los productos de ambas compañías fuesen comercializados por Schweppes fue puesto en conocimiento del distribuidor. El motivo es rechazado por el TS alegando que la comercialización de los productos de ambas marcas por parte de Schweppes supuso una subrogación contractual de Schweppes en la relación de La Casera sin liquidación de la relación de esta última.

2. Infracción del art. 1124 CC y de la jurisprudencia sobre la *exceptio non adimpleti contractus*, desestimado igualmente, porque, como concluye el Supremo, Schweppes, que era deudora del demandante, le indicó que dejara de hacer pagos, aprovechándose la primera de esta circunstancia para dejar de suministrarle bebidas.
3. Indebida aplicación analógica de los arts. de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia ("**Ley del Contrato de Agencia**"), a la relación jurídica de depósito mercantil-almacén regulador o

plataforma existente entre las partes del procedimiento. Dicho motivo es igualmente desestimado puesto que de los hechos probados resulta que se trata de una relación de distribución y que tal condición no se pierde por la existencia de subdistribuidores o agentes del distribuidor.

4. Infracción de los arts. 28 y 29 de la Ley del Contrato de Agencia, apoyándose en que el distribuidor no captó clientela para la demandada, que es desestimada puesto que tal alegación se basa únicamente en el testimonio del director financiero de Schweppes.

Asimismo, plantea Schweppes que no se compute para la compensación por clientela la retribución media anual por la actividad de "plataforma" o almacenaje, petición que es desestimada por el alto tribunal primero porque se basa en prueba pericial de Schweppes y, segundo, porque se funda en atribuir un error a la sentencia recurrida.

Finalmente, también es rechazada la alegación de Schweppes relativa a que la notoriedad de la marca no genera por sí misma clientela, por desconocer la jurisprudencia en este sentido que reconoce la contribución del prestigio de la marca y de su publicidad por el fabricante al aumento y conservación de la clientela, y porque reconoce como esencial el hecho probado de que la relación jurídica en cuestión imponía al distribuir unos objetivos consistentes en el aumento de clientela manteniendo la anterior, dándose por tanto los presupuestos de la indemnización por clientela, que no pueden quedar neutralizados por el prestigio de las marcas del fabricante a los efectos de aplicar la idea inspiradora del art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia al contrato de distribución.

5. Infracción del art. 11 de la Ley del Contrato de Agencia por haberse calculado la compensación por clientela en función del margen bruto obtenido por el demandante y no de su beneficio. Dicho motivo es desestimado porque el art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia se refiere a "las remuneraciones" del agente, elemento que pertenece al ámbito de su relación contractual con el empresario y no de sus beneficios.

4. TEMAS DE ACTUALIDAD

Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Por Mariano Yzquierdo

Casi con un año de retraso se ha transpuesto al Derecho español la Directiva 2008/52/CE. Un retraso que viene agravado por la exasperante lentitud de la justicia en nuestro país, lo que ha provocado que en los últimos años sean cada vez más numerosas las voces favorables a la desjudicialización de los conflictos.

El Real Decreto-ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles impulsa el cauce de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, ya se trate de conflictos nacionales o transfronterizos, y quedando excluida la aplicación de esta norma para la mediación penal, la laboral, la mediación con las Administraciones públicas y la mediación en materia de consumo (art. 2). Aunque se trate de un mecanismo voluntario, se promueve la mediación como paso previo para acudir a los Tribunales cuando exista un pacto escrito en el que se exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir entre las partes, si bien éstas no están obligadas a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo (art. 6). Eso sí, se ha suprimido la previsión, presente en el proyecto, que exigía el inicio de la mediación como requisito previo a la vía judicial en el ámbito de las reclamaciones de cantidad inferiores a seis mil euros.

A diferencia de lo que sucede con el arbitraje, el tercero que interviene no tiene una capacidad resolutoria que se impone sobre la voluntad de las partes, sino que se trata de una persona en la que se busca una intervención activa para solucionar la controversia, alguien que ayuda a las partes a comprender el origen de sus diferencias, a confrontar sus visiones y, en último término, a encontrar soluciones. Se suma así la mediación al arbitraje y a la transacción, esas otras dos tradicionales fórmulas de resolución no judicial de conflictos que siempre han aparecido como capítulo propio en los manuales del Derecho de contratos y que se celebran a centenares en los despachos de abogados. Todo ello en el marco de un procedimiento con garantía de confidencialidad, pues los intervinientes no podrán ser obligados a declarar o a aportar documentación en un procedimiento judicial o arbitral sobre los pormenores relacionados con la labor mediadora, salvo que las propias partes lo autoricen o lo solicite motivadamente un juez penal (art. 9).

En ese sentido, la figura del mediador aparece como pieza clave del modelo, y el Proyecto trata de que se garantice una actuación imparcial. De hecho, antes de iniciar su tarea, el mediador habrá de revelar cualquier circunstancia que pudiera afectar a su imparcialidad (relaciones personales, contractuales o empresariales con una de las partes, interés directo o indirecto en el resultado de la mediación, haber actuado con anterioridad a favor de una o varias de las partes en actividad distinta de la mediación, etc.), y serán las partes y solo ellas quienes tengan que consentir la actuación del mediador, y hacerlo constar de manera expresa. Un deber de revelar esta información que subsistirá, en fin, a lo largo de todo el procedimiento (art. 13). El mediador deberá tener una formación específica (jurídica, psicológica, de técnicas de comunicación y negociación...), que se adquirirá mediante la realización de cursos impartidos por instituciones especializadas (art.11, que no exige, a diferencia de lo que hacía el Proyecto, ser titulado universitario ni encontrarse inscrito en un Registro público, pero sí tener asegurada su responsabilidad civil por medio de la correspondiente póliza). Se compromete a las Administraciones para proveer una adecuada formación inicial y continuada de los mediadores (art. 12). Mientras dure el procedimiento de mediación –para el que el Proyecto establecía un plazo máximo de dos meses a contar desde la fecha de la sesión constitutiva, prorrogable por otro más, aunque el Real Decreto prefiera decir que la duración “será lo más breve posible” (art. 20), las partes no podrán ejercitar acciones judiciales o extrajudiciales entre sí en relación con el objeto de la concreta mediación (art. 10.2). Además, el inicio de la mediación suspenderá el cómputo de los plazos de prescripción o de caducidad de las acciones, según los casos, un efecto importante para el cual se habrá de entender iniciada la mediación con la simple presentación de la solicitud por una de las partes o desde su depósito ante una institución de mediación (art. 4).

Si la mediación concluyera con un acuerdo, ya total, ya parcial, tal acuerdo será vinculante, y el mediador deberá informar a las partes de este extremo, y de que pueden instar su elevación a escritura pública con el fin de configurar su acuerdo como título ejecutivo (art. 23). Como era previsible, el Real Decreto-ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles implicaba la necesidad, plasmada en su Disposición Final segunda, de modificar numerosos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pese a que aparecía semejante previsión en el proyecto en relación con el Código civil y con la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, ello no ha tenido reflejo en el texto definitivo.

Nueva reforma de la normativa de acceso a las profesiones de abogado y procurador. Por Andrés Recalde

Tal como viene siendo práctica cada vez más habitual, la aprobación del antes citado Real Decreto-ley fue la ocasión para una reforma legal de trascendencia que respondía a una demanda meramente coyuntural. La reclamación provenía de los estudiantes de Derecho, deseosos de no estar sometidos a la Ley 34/2006 de Acceso a la abogacía, que desarrolló el RD 775/2011.

A pesar de los cinco años de *vacatio de la Ley*, el gobierno parece haber sido sensible a las peticiones de los estudiantes de licenciatura, quienes alegaban, entre otros argumentos, que sus estudios eran de cinco años (y no de cuatro, como los de grado, es decir, los planes de estudios adaptados a la reforma de "bolonia", argumento cuestionable ya que algunos estudios de licenciatura eran ya de cuatro años) y que cuando comenzaron sus estudios la Ley no estaba en vigor (argumento también discutible, porque en la mayor parte de los casos la Ley sí que estaba publicada en el BOE con su previsión de entrada en vigor de cinco años).

La nueva norma modifica el ámbito de aplicación de la vieja ley para establecer: 1º que los estudiantes de licenciatura en derecho, que comenzaron sus estudios antes de la aprobación de la Ley 34/2006 (y, por lo tanto, no terminaron sus estudios universitarios en los cinco años previstos) no se verán afectados por la normativa de acceso a la abogacía y, por lo tanto, no tendrán que cursar el máster ni las prácticas posteriores, ni la prueba final; 2º por su parte, los estudiantes de licenciatura que comenzaron sus estudios después de la publicación de la ley (incluso aunque hubieran cursado todos sus estudios universitarios en el plazo establecido) estarán eximidos de cursar el máster de acceso, pero no de las prácticas en despachos correspondientes a ese máster (aprox. 3 meses), ni de la prueba final de acceso a la profesión; 3º en fin, los estudiantes de grado tendrán que cursar máster, prácticas y realizar la prueba final.

Por ahora, la reforma ha creado un enorme desconcierto en colegios de abogados y facultades de Derecho, que no saben (no pueden saber) cómo aplicarla. Tira además a la papelera los resultados del enorme esfuerzo de colaboración conjunta desarrollado por ambas instituciones en los últimos dos años.

5. PUBLICIDAD / PROPIEDAD INTELECTUAL

Derecho al olvido.- Blanca Cortés

En la era de la globalización, la información fluye sin barreras y viaja a través del tiempo y del espacio ofreciéndose con la ubicuidad que ostentan las redes accesibles a todos. Un sinfín de datos que un día fueron ciertos y pertinentes, pierden sentido y quedan descontextualizados mientras flotan en el éter del ciberespacio listos para 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 piezas de su pasado que no quieren que definan su presente.

Los grandes buscadores de Internet, cual es el caso de Google, son los primeros y más evidentes destinatarios de esa petición de olvido en la esperanza de que sea posible corregir o eliminar informaciones que persiguen a ciudadanos que desean limpiar su pasado enarbolando el derecho al olvido.

La Audiencia Nacional ha abordado frontalmente el tema planteando al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión acerca de las peticiones formuladas por particulares que reclaman la desaparición de sus datos en Internet, lo que se ha realizado tras conocer del caso de un particular que, al incluir su nombre en Google, obtenía el enlace a un anuncio de subasta de un inmueble de su propiedad por impago a la Seguridad Social, embargo que fue debidamente afrontado por aquel.

Con el planteamiento de la cuestión, la Audiencia no solo se ha querido hacer frente a la multitud de peticiones en este sentido recibidas en los últimos tiempos, sino que pretende dar respuesta al conflicto existente al día de hoy 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, consideran 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.

Ante tales circunstancias, las cuestiones planteadas por la Audiencia Nacional han sido las siguientes: ¿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? De la respuesta del Tribunal de Justicia dependerá que pueda crearse un nuevo derecho que como tantos a lo largo de la historia sea una conquista de libertad y convivencia aunque, en este caso, sea recurriendo al sentido inverso de lo tradicional que siempre ha perseguido desvelar, hacer visible, perseguir y juzgar. Asoma ahora una tendencia diferente que invoca el derecho a ocultar, borrar, olvidar para recuperar así la paz. Será posible un derecho al olvido?

6. ABREVIATURAS

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

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

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

Con cerca de 100 abogados, nuestra finalidad es mantener una relación estrecha de trabajo con el cliente para comprender y anticipar sus necesidades y estar a su entera disposición para llevar a cabo sus objetivos de negocio.

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

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

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

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

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

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

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

© CMS Albiñana & Suárez de Lezo, S.L.P. (2012). Todos los derechos reservados. El derecho de cita respecto al contenido de este Boletín no autoriza a la transformación o modificación de los contenidos y opiniones publicados en él