

C/M/S/ Albiñana & Suárez de Lezo

BOLETÍN MERCANTIL Nº 10

Junio 2012 – Septiembre 2012

BOLETÍN MERCANTIL Nº 10
Junio 2012 – Septiembre 2012

SUMARIO

1. DERECHO SOCIETARIO

TEMAS ACTUALES

- Simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital (Ley 1/2012, de 22 de junio). **Por Eduardo Apilánez.**

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- La DGRN vuelve, de nuevo, a negar la personalidad jurídica a las sociedades civiles. **Por Andrés Recalde.**
- Impugnación de acuerdos sociales. Legitimación para impugnar de quienes no eran entonces socios y ahora son nudos propietarios (STS 18 de junio de 2012). **Por Ignacio Cerrato.**
- El derecho de información del accionista de la sociedad holding en los grupos de sociedades (STS de 21 de mayo de 2012). **Por Javier Leyva.**
- Derecho del socio a examinar el "Libro Mayor" con carácter previo a la celebración de la Junta General Ordinaria (SAP 31 de mayo de 2012). **Por Javier Leyva.**
- Una prima de emisión injustificadamente elevada no se considera ingreso de la sociedad gravable en el Impuesto sobre Sociedades (STS 5 marzo 2012). **Teresa Mínguez.**
- Comentario a la STS 13 de junio de 2012, sobre cobro de una retribución carente de justificación por un administrador. Acción social de responsabilidad. Necesidad de previa constancia estatutaria. **Por José Ramón Meléndez.**

2. DERECHO DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

TEMAS ACTUALES

A) MERCADOS FINANCIEROS

- Medidas extraordinarias de apoyo a la liquidez de las Comunidades Autónomas. **Por Fco. Javier Arias Varona.**
- Nuevo Marco de Reestructuración y resolución de entidades de crédito: Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. **Por Pablo Ruiz de Assín.**
- Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. **Por Pablo Ruiz de Assín.**

- Orden de 3 de agosto, por la que se desarrolla el artículo 5 del Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, en materia de remuneraciones en las entidades que reciben apoyo financiero público para su saneamiento o reestructuración. **Por Fernando Revuelta.**

B) MERCADOS DE VALORES

- Modificación del régimen de las limitaciones de voto y de la neutralización de las defensas anti-OPA. **Por Andrés Recalde.**
- Las agencias de proxy: un poder fáctico sin regulación. **Por Rafael Sánchez.**
- La CNMV vuelve a acordar la prohibición cautelar de posiciones cortas. **Por Luis Miguel de Dios.**
- Modificaciones de la Ley del Mercado de Valores introducidas por el Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. **Por Pablo Ruiz de Assín.**
- Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva. **Por Fernando Revuelta.**
- Circular 1/2012, de 26 de julio, de la CNMV, por la que se modifica la Circular 6/2010, de 21 de diciembre, sobre operaciones con instrumentos derivados y de otros aspectos operativos de las instituciones de inversión colectiva; la Circular 4/2008, de 11 de septiembre, sobre el contenido de los informes trimestrales, semestral y anual de las instituciones de inversión colectiva y del estado de posición; y la Circular 3/2006, de 26 de octubre, sobre folletos explicativos de las instituciones de inversión colectiva. **Por Fernando Revuelta.**
- Modificación Reglamento OPAs: Reglamento Delegado (UE) no 486/2012 de la Comisión, de 30 de marzo de 2012, por el que se modifica el Reglamento (CE) no 809/2004 en lo que se refiere al formato y el contenido del folleto, del folleto de base, de la nota de síntesis y de las condiciones finales, en cuanto a los requisitos de información. **Por Rosa Cañas.**

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

3. CONTRATOS MERCANTILES

TEMAS ACTUALES

- Se aprueban las condiciones generales de contratación de los transportes de mercancías por carretera. Orden, de 1 de agosto. **Por Fco. Javier Arias.**
- Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias. **Por Carmen Crespo.**

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- Comentarios a la STS de 31 de mayo de 2012 sobre contrato de agencia e indemnización por clientela. **Por Luis Blánquez.**

4. DERECHO CONCURSAL

TEMAS ACTUALES

- Regulado el seguro de responsabilidad civil de administradores concursales. **Por Juan Ignacio Fernández Aguado.**

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- Junta general de la sociedad concursada y determinación de su presidencia. (STS 24 de abril de 2012). **Por Juan Ignacio Fernández Aguado.**
- Reconocimiento de un crédito por facturas anteriores a la declaración de concurso que resultaron impagadas, han de considerarse como crédito contra la masa. (STS de 21 de marzo de 2012). **Por Montserrat Gelabert.**
- Condena de administrador social en la pieza de calificación, por la tardía solicitud del concurso, como presunción iuris tantum de agravación dolosa o culposa de la insolvencia. (STS de 20 de junio de 2012). **Por Alfonso Díez de Revenga.**

5. TEMAS DE ACTUALIDAD

- Medidas de liberalización del comercio y de determinados servicios. **Por Beatriz Durán**

- Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. **Por Mariano Yzquierdo.**

6. ABREVIATURAS

- Ir a abreviaturas



También puede descargar este boletín en formato PDF.

1. DERECHO SOCIETARIO

TEMAS ACTUALES

Simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital (Ley 1/2010, de 22 de junio). Por Eduardo Apilánez.

“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 (el “**Real Decreto-Ley 9/2012**”) introdujo una serie de reformas que tenían por objeto transponer una Directiva europea que reformó las anteriores normas europeas en materia de fusiones y escisiones de sociedades. Esas reformas afectaron, de una parte, al régimen de la página web corporativa y, de otra parte, en consonancia con lo previsto en aquella Directiva, se pretendió acentuar la tendencia hacia la simplificación de las normas en materia de fusiones y escisiones, a cuyos efectos, se modificaron algunas normas de la Ley de Sociedades de Capital, así como determinadas previsiones recogidas en la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. 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 legitimaban 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.

Tres meses más tarde, las Cortes Generales aprobaron la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital (la “Ley 1/2012”), en respuesta al mandato constitucional derivado del artículo 86.2 de la Constitución española, que obliga al pronunciamiento, convalidación o, en su caso, derogación de los Decretos-leyes aprobados por el Gobierno en casos de extraordinaria y urgente necesidad. La Ley 1/2012 fue publicada en el BOE de 23 de junio y entró en vigor al día siguiente, es decir, el 24 de junio de 2012.

A este respecto, cabe destacar que las modificaciones introducidas por la Ley 1/2012 con respecto a las previsiones del Real Decreto-Ley 9/2012 son escasas y de carácter puntual.

Por ello, en la [Alerta \(pinchar aquí\)](#) sobre la Ley 1/2012 sólo se han destacado las alteraciones que se produjeron durante la tramitación de la Ley 1/2012 respecto de lo que ya se preveía en el Real Decreto-Ley 9/2012, toda vez que las novedades introducidas por dicho Real Decreto-Ley ya fueron expuestas en la [Alerta \(pinchar Aquí\)](#) publicada por el Despacho en abril de 2012.”

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

La DGRN vuelve, de nuevo, a negar la personalidad jurídica a las sociedades civiles. Por Andrés Recalde.

Hace años la DGRN sorprendió a todos afirmando que las sociedades civiles carecían de personalidad jurídica (RDGRN de 31 de Marzo de 1997). Esa resolución sirvió de trampolín para una reforma del Reglamento (RD 1867/1998, de 4 de Septiembre) que obligaba a la inscripción de estas sociedades en el Registro Mercantil. El TS (Sala 3ª), en su sentencia de 25 de febrero de 2000, declaró ilegal esta reforma, porque una norma con rango reglamentario no puede modificar otras o un sistema que encuentra acogida en preceptos legales. Pero había más que decir. Como entonces se advirtió, aquella reforma conducía a un resultado absolutamente incongruente, ya que, por definición, las sociedades civiles no son empresarios, y estos son quienes se inscriben en el Registro Mercantil. Si fueran

empresarios no podrían ser sociedades civiles, ya que en el caso de los empresarios existe una reserva de acuerdo con la cual sólo se podrán utilizar las formas propias de las sociedades mercantiles (art. 1670 CC), pensadas en el especial rigor que demanda este sector. Hay más. En contra de lo que otras veces la DGRN había dicho, en las mismas sociedades mercantiles la publicidad registral no les confiere más que la "personalidad jurídica" correspondiente al tipo elegido. Pero una sociedad mercantil sin publicidad (irregular), no deja de tener personalidad. Contrata y responde, ella y sus socios, por los actos que realiza y los contratos que concluye con los terceros. Una solución en sentido contrario (p. ej. la que declarara la nulidad de los actos realizados por la sociedad irregular por su falta de personalidad) conduciría, al final, a perjudicar a aquellos que se hubieran relacionado con ella y, en general, al tráfico.

La constatación de que esto era así condujo a una lógica rectificación del alto centro directivo, que se reflejó en la excelente RDGRN 14 de febrero de 2001, que reconocía la personalidad a las sociedades civiles. La doctrina aplaudió esta rectificación (por todos ARIAS VARONA, "Noticias de una rectificación: la DGRN y la personalidad jurídica de las sociedades civiles", *Cuadernos de Derecho y Comercio* nº 34, 2001, 329 y ss.) y, luego, la jurisprudencia ha venido reconociendo sin problemas la personalidad jurídica de las sociedades civiles, (p. ej. STS, sala 1ª, 7 de marzo de 2002), regla que sólo se ve exceptuada en el caso de las sociedades internas, que sólo contengan pactos entre los socios, pero sin trascendencia frente a terceros (art. 1669 CC).

Sin embargo, recientemente nos encontramos con que, de nuevo, la **RDGRN de 25 de junio de 2012** retrocede al estadio anterior, invocando las resoluciones que hacían depender la adquisición de la personalidad por las sociedades de la inscripción y que la exigían, también, de las sociedades civiles. En efecto, esta resolución cita aquellas viejas y superadas resoluciones, olvidando, de paso, la del año 2001. Obviamente el resultado es que sólo mediante las formas colectivas diseñadas para el tráfico empresarial puede adquirirse la personalidad jurídica, una conclusión tan desconcertante como contraría al mismo derecho de asociación (art. 22 Constitución española).

La lectura de esta RDGRN trae el escaso consuelo de apreciar que para los objetivos que buscaba el alto centro directivo, el argumento resultaba, simplemente, irrelevante, ya que aquella afirmación se utilizaba para negar la existencia de un necesario negocio previo de transmisión cuando se solicitó la inmatriculación de una finca por una sociedad civil de gananciales, a la que pretendidamente se la había transmitido uno de los cónyuges. Para negar la existencia de tal transmisión, no hacía falta negar la personalidad a la sociedad de gananciales.

Sin embargo, la perplejidad no nos impide plantearnos una pregunta algo capciosa: ¿qué hubiera sucedido si la misma sociedad de gananciales hubiera pretendido hipotecar la finca? Tenemos alguna duda de que el registrador se hubiera negado a inscribir esa hipoteca.

Impugnación de acuerdos sociales. Legitimación para impugnar de quienes no eran entonces socios y ahora son nudos propietarios (STS 18 de junio de 2012). Por Ignacio Cerrato.

El TS, en su sentencia de 18 de junio de 2012, estimó el recurso de casación interpuesto a instancia de un conjunto de nudos propietarios de participaciones sociales de la sociedad Santamaría Ibarra, S.L. (la "Sociedad"), quienes interpusieron una demanda contra la mencionada entidad solicitando la nulidad de una Junta General universal de Socios, así como la nulidad del acuerdo de aumento de capital adoptado, denunciando su no celebración. Sin embargo, a pesar de estimar el recurso de casación, en los términos que se detallarán a continuación, el Alto Tribunal confirmó el fallo de la sentencia recurrida, desestimando la demanda interpuesta al considerar suficientemente probada la celebración de la Junta cuya validez se impugnó.

La parte actora solicitó, en primer lugar, la nulidad de la Junta General universal de Socios de la Sociedad alegando la inexistencia de su celebración, y, en segundo lugar, la nulidad del acuerdo de aumento de capital adoptado, considerándolo contrario al orden público al haber renunciado el por entonces socio, y, en el momento de interponer la demanda, usufructuario, al ejercicio de su derecho de suscripción preferente (ex artículo 6 del Código Civil, en cuanto a los principios configuradores de la sociedad limitada). Sin embargo, lo más relevante del caso y, en esencia, lo realmente digno de estudio, es que los nudos propietarios no ostentaban ningún título ni derecho sobre las participaciones en el momento de celebración de la Junta General de Socios, ya que adquirieron su condición de socios nudos propietarios posteriormente.

Tanto en primera como en segunda instancia, el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao y la Audiencia Provincial de Vizcaya, respectivamente, desestimaron la demanda y el recurso de apelación interpuestos por la parte actora alegando su falta de legitimación activa para poder impugnar la Junta General, así como los acuerdos adoptados en ella. Es por ello que, al margen de poder profundizar en las cuestiones materiales alegadas por la parte recurrente, tales como la celebración o no de la Junta

General de Socios de la Sociedad o el carácter contrario al orden público de los acuerdos adoptados, conviene centrar nuestro estudio en el análisis de la cuestión procesal, la cual ha sido el objeto principal de todas y cada una de las resoluciones judiciales del proceso que nos ocupa. En particular, debemos detenernos en la interpretación del artículo 117.1 LSA, en aplicación del artículo 56 de la antigua LSRL (cuyos términos son similares al actual artículo 206.1 LSC), que legitima a todos los accionistas para la impugnación de los acuerdos nulos.

Con anterioridad a la sentencia que nos ocupa, el TS venía manteniendo una postura clara en relación con la posibilidad de impugnar acuerdos nulos por parte de aquellos accionistas que no lo fueran en el momento de celebración de la Junta General que adoptó los acuerdos impugnables: la legitimación activa correspondía exclusivamente a aquellos accionistas (o socios, en el caso de las sociedades limitadas) que lo fueran en el momento de la adopción del acuerdo (entre otros, pronunciamientos de 9 de octubre de 1993, de 2 de diciembre de 1999 o de 30 de enero de 2002). En línea con lo anterior fallaron tanto el juzgado mercantil como la Audiencia Provincial.

Sin embargo, el TS cambia su posición en la sentencia de 18 de junio de 2012, reconociendo a los socios nudos propietarios la posibilidad de impugnar los acuerdos a pesar de no ser socios en el momento de la celebración de la Junta General: *"En realidad, el art. 117.1 TRLSA reconoce legitimación para impugnar un acuerdo adoptado por la junta de socios de una sociedad anónima o limitada a cualquiera que ostente un interés legítimo, aunque presume en todo caso este interés en el caso de los socios y de los administradores. Si el actor invoca su condición de socio – tal y como indicó la parte actora desde el primer momento-, ya no tiene que justificar su "interés legítimo", sino únicamente que goza de tal condición". Por el contrario, destaca el TS que "...si se trata de un tercero, tiene que invocar en la demanda su "interés legítimo" para que pueda ser contradicho por la sociedad demandada..."*.

De una muy manera acertada, en nuestra opinión, el TS señala que la legitimación para impugnar un acuerdo deriva de la mera condición de titular de las participaciones sociales en el momento de celebración de la junta en cuestión y, por lo tanto, se entiende que *"si inter vivos o mortis causa (el socio) transmite después sus participaciones, aunque sea la nuda propiedad, transmite con ello la legitimación para impugnar"*. En línea con lo anterior, son muchos los autores que matizan que la transmisión de la legitimación como consecuencia de la transmisión inter vivos o mortis causa de las participaciones solo tendrá lugar en aquellos casos en los que se impugne la nulidad de un acuerdo y no su anulabilidad (ex artículo 117.2 LSA – vid. artículo 206.2 LSC); entre otros, Espinós Borrás de Quadras, A., y Sánchez Calero, F.

Para terminar, sería conveniente advertir de las posibles consecuencias que podría tener el aprovechamiento interesado de la interpretación adoptada por el TS. Existe un riesgo evidente de que se produzcan transmisiones de acciones o participaciones con el único objetivo de proceder a la impugnación de acuerdos sociales adoptados con anterioridad. Es por ello que, en la mayoría de los casos, la atribución de la legitimación activa para impugnar acuerdos debería venir acompañada de la existencia de una serie de condiciones o requisitos que garanticen en lo posible su correcto uso y de buena fe.

Tal y como señalamos al comienzo del presente comentario, el reconocimiento a favor de los socios nudos propietarios de su legitimación para impugnar el acuerdo de aumento de capital y, por lo tanto, la estimación del recurso de casación, no concluyó la nulidad de la Junta General ya que, tal y como quedó suficientemente probado por el juez mercantil y por la Audiencia Provincial, existieron suficientes hechos que acreditaron la verdadera celebración de la impugnada Junta.

El derecho de información del accionista de la sociedad holding en los grupos de sociedades (STS de 21 de mayo de 2012). Por Javier Leyva.

La Sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de fecha 21 de mayo de 2012 versa sobre el derecho de información de los accionistas en los grupos de sociedades y el alcance de éste. La Sentencia trae causa de dos demandas interpuestas por dos accionistas de una sociedad anónima (la "Sociedad") –las cuales fueron acumuladas en un único procedimiento- en las que se solicitaba la nulidad de tres acuerdos adoptados en la junta general de accionistas de la Sociedad de fecha 18 de junio de 2005, relativos a la aprobación de sus cuentas anuales y subsidiariamente, en el supuesto de no estimarse la nulidad radical de los acuerdos impugnados, solicitando la anulación, todo ello con base en dos motivos fundamentales: (i) la vulneración del derecho de información que asiste a los accionistas de la Sociedad; y (ii) la falsedad de justificación de las cuentas anuales consolidadas de la Sociedad en relación con las cuentas referidas a otras compañías pertenecientes al grupo de sociedades de la Sociedad.

Los hechos que ha tenido en cuenta el TS, en lo que interesa a efectos de este comentario, en síntesis son: (i) convocada la Junta General Ordinaria de la Sociedad, uno de los accionistas se dirigió al

domicilio social solicitando la entrega del Balance, Cuenta de Pérdidas y Ganancias junto con la Memoria y demás documentos que integran sus respectivas cuentas anuales de varias sociedades pertenecientes al mismo grupo de sociedades que la Sociedad; y (ii) ante dicha solicitud de información, la Sociedad le comunicó su negativa a entregárselas ya que tal documentación no formaba parte de aquella información a cuya revisión tiene derecho el accionista, sin perjuicio de que en los anexos de la Memoria de las cuentas anuales individuales y consolidadas de la Sociedad figuraban los datos más relevantes de tales sociedades pertenecientes al mismo grupo que la Sociedad.

La sentencia de la primera instancia, confirmada por la de la segunda, desestimó íntegramente la demanda interpuesta por los dos accionistas de la Sociedad, quienes interpusieron sendos recursos de casación. Únicamente uno de los motivos del recurso de casación interpuesto por uno de ellos - vulneración del derecho de información del accionista recogido en el artículo 112 LSA (hoy artículo 196 LSC)- fue admitido a trámite. Para el TS, era de especial interés definir si el derecho de "información documental" del accionista de una sociedad holding comprendía la entrega -además de los documentos que integran las cuentas anuales individuales y consolidadas de la sociedad holding- de los documentos que integran las respectivas cuentas anuales de las sociedades incluidas en la consolidación.

El TS, considerando que es al "*legislador a quien le corresponde el diseño del equilibrio de la norma entre los derechos de las minorías y el gobierno societario a fin de evitar, por un lado, la paralización de los órganos sociales y por otro, los abusos de poder y la falta de transparencia*", concluyó que "*el derecho de información en los grupos de sociedades no atribuye a los accionistas el de obtener la documentación de cada una de las sociedades integrantes del grupo, ya que éstas no se someten a aprobación, sino las del grupo, a tenor de lo que dispone el artículo 42.5 del Código de Comercio*" y que por tanto procede desestimar el motivo en cuanto afirma que "*el derecho de información no se corresponde, sin más, con un derecho a obtener la entrega de cualquier documentación y, en concreto, a obtener las cuentas anuales de las sociedades que, aunque integradas en el grupo, no son las sometidas a aprobación*" de la Junta General de Accionistas de la Sociedad de la que es accionista

Derecho del socio a examinar el "Libro Mayor" con carácter previo a la celebración de la Junta General Ordinaria (SAP 31 de mayo de 2012). Por Javier Leyva.

En el seno de una sociedad de responsabilidad limitada (la "Sociedad"), uno de los socios, titular del 16% del capital social de la Sociedad, ejerció el derecho de información en la modalidad de examen previo prevista en el artículo 86.2 LSRL -previsión legal que resulta aplicable para resolver este litigio y que actualmente se encuentra reproducido en el artículo 272.3 LSC- con el fin de examinar, por sí o en unión de experto contable, entre otros, tanto el Libro Mayor como el Libro Diario de la Sociedad y verificar las cuentas relativas a gastos e ingresos. La Sociedad accedió a poner a su disposición en el domicilio social el Libro Diario pero no así el Libro Mayor. Ante dicha negativa, el socio, sin renunciar al examen del Libro Mayor, solicitó que, alternativamente, se le facilitase, para su examen, cierta documentación, pretendiendo de esta forma acceder de forma indirecta a la misma información que podría proporcionar el Libro Mayor. Una vez más la Sociedad le negó dicha información sin que alternativamente, se le ofreciera otra posibilidad de examinar la documentación solicitada. Las razones aludidas por la Sociedad para no mostrar el Libro Mayor eran que (i) la Sociedad no estaba obligada a la llevanza de dicho libro según el Código de Comercio y que por tanto, aunque lo poseyera -como era el caso- no pesaría sobre ella la obligación de exhibirlo a los socios; y (ii) es un libro auxiliar, y que por tanto con los documentos que le habían sido exhibidos resultaría posible extraer los datos que eran de su interés.

Como consecuencia de la respuesta de la Sociedad, el socio demandó a la Sociedad solicitando la declaración de nulidad, o subsidiariamente, en su caso, la anulabilidad, del acuerdo relativo a la aprobación de las cuentas anuales por ser contrario a Ley y del acuerdo concerniente a la aplicación del resultado del ejercicio, por haber sido aprobado abusando de derecho, y con indiscutible mala fe.

El Juzgado de lo Mercantil nº 1 estimó dichas pretensiones y declaró la nulidad de ambos acuerdos. Tras la exposición de los antecedentes de hecho, la Audiencia Provincial expuso en los fundamentos de derecho segundo y derecho su motivación para finalmente confirmar íntegramente la decisión del Juzgado de lo Mercantil en lo referente a los dos acuerdos antes mencionados.

La Audiencia Provincial consideró que del tenor del artículo 86.2 LSRL no se desprende que el derecho al examen previo de los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales se encuentre circunscrito a los libros que tengan carácter obligatorio y sí a examinar cuantos documentos constituyan antecedente de las cuentas. Por este motivo, la Sociedad únicamente estaría exenta de exhibir el Libro Mayor si hubiese decidido no llevarlo. Esta misma argumentación la recoge la SAP de 14 de mayo de 2010 y más rotundamente la STS de 26 de septiembre de 2005, refiriéndose al Libro Mayor como uno de los documentos contables a cuyo contenido debe tener el socio acceso en el ejercicio del

su derecho de información.

Asimismo la Audiencia Provincial no estima que el demandante haya incurrido en duplicidad por solicitar examinar el Libro Mayor cuando ya se le había mostrado el Libro Diario, y que hubiera supuesto la manifestación de un cierto abuso en el ejercicio de su derecho de información. Aunque ambos libros tengan los mismos datos económicos, estos están recogidos de forma distinta. *"En definitiva, si idéntico es el origen material de la información, el contenido del Libro Mayor es el fruto de un determinado tratamiento contable de los datos asentados previamente en el Diario, lo que, en definitiva, hace que nos encontremos ante un tipo de información que presenta un sesgo diferente."* La demandante justificó la solicitud de ambos libros en que *"el manejo del Libro Diario le hubiese exigido una disponibilidad de más tiempo del que se le concedió por parte de la Sociedad y que si solicitó el Libro Mayor fue por el interés en poder efectuar una comprobación por grupos de partidas que hubiera facilitado la finalidad informativa que se perseguía"*.

Por último, la AP concluye poniendo de relieve la existencia por parte de la Sociedad de una cierta obstinación poco acorde con las exigencias de la buena fe, ya que si como la propia Sociedad afirmaba, los datos del libro Mayor que el socio quería examinar ya se encontraban en el Libro Diario, no entiende que justificación pudiera existir para no acceder a las pretensiones del socio en el ejercicio de su derecho de información como tal.

Una prima de emisión injustificadamente elevada no se considera ingreso de la sociedad gravable en el Impuesto sobre Sociedades (STS de 5 marzo 2012). Por Teresa Mínguez.

Esta es una sentencia de la Sala 3ª del TS relativa a la tributación sobre el Impuesto sobre Sociedades de un aumento de capital con prima de emisión, desembolsado mediante aportación no dineraria de un valor muy superior al importe de las acciones suscritas en el aumento de capital.

El aumento de capital se adopta en el seno de una sociedad familiar, con el objeto de que este sea suscrito íntegramente por uno de los progenitores, previa renuncia de los demás socios a su derecho de suscripción preferente, mediante la aportación no dineraria de acciones de una sociedad titularidad del aportante.

De conformidad con el balance de las sociedades implicadas, las participaciones entregadas como desembolso de la ampliación de capital son de un valor muy superior a las suscritas, lo que supone la fijación gratuita de una prima de emisión y se consideró por la Hacienda Pública, como adquisición patrimonial a título gratuito en favor de la sociedad.

Las cuestiones jurídicas que se plantean en el procedimiento son: (a) si se ha producido simulación negocial; (b) si el negocio disimulado era una donación; (c) si con ella se ha producido o no, un incremento en el patrimonio de la sociedad, o en de los socios, consistente en la adquisición a título gratuito del importe de la prima de emisión abonada, susceptible de gravamen por el Impuesto sobre Sociedades.

La discusión se suscita respecto al receptor del incremento patrimonial como consecuencia de un voto particular en la sentencia del TEAC que establecía que el beneficiario de la "donación" no era la sociedad, sino los socios "en cuyo patrimonio se ha experimentado, con el notorio aumento de valor de sus participaciones sociales, ese incremento" y, por tanto, no surgía el hecho imponible generador del Impuesto sobre Sociedades.

Como cuestión interesante desde el punto de vista mercantil podemos destacar la descripción de la prima de emisión y su finalidad, al tiempo que se aborda la cuestión de la simulación: *"la prima de emisión no responde aquí, ni remotamente, a su funcionalidad propia y característica, cual es la de compensar a los antiguos socios por la disminución en el valor patrimonial de sus acciones. Obviamente, la sociedad puede establecer la prima que tenga por conveniente, pero sólo tiene sentido para reequilibrar el valor de las acciones nuevas con las antiguas, lo que sucede cuando el nominal de las primeras tiene un valor inferior al teórico contable de las nuevas, pero no en otro caso y, desde luego, no en éste. Ni aquí hay reservas que justificasen en lo más mínimo la necesidad de esa anómala prima de emisión, ni el acuerdo societario que la establece puede considerarse ajeno al poder de decisión de la familia, ni tiene sentido alguno la renuncia a los derechos de suscripción preferente por parte de los hijos -cuyo ejercicio, obviamente, habría hecho innecesaria la prima-, ni tiene razón económica de ser el abono de una prima como la aquí exigida, si no fuera por la existencia de un propósito oculto y disimulado por completo, el de efectuar una liberalidad o donación equivalente al importe de esa muy jugosa prima de emisión, con la finalidad de orillar el gravamen fiscal de la donación si se hubiera hecho de una manera abierta"*.

La cuestión se ceñía pues a dilucidar si tiene lugar un incremento patrimonial lucrativo gravable en el

Impuesto sobre Sociedades cuando una sociedad que amplía su capital recibe de uno de sus socios una prima de emisión injustificadamente elevada, posición sustentada por el defensor de la Administración General del Estado, o no se produce el hecho imponible de ese impuesto, al resultar improcedente el gravamen en el mismo de cualquier aportación de un socio a la sociedad, tesis que sostiene la Sala de instancia y apoya la parte recurrida.

El TS resuelve que la sociedad no obtuvo una adquisición lucrativa gravable en el Impuesto sobre Sociedades como consecuencia de la prima de emisión satisfecha y ello basándose en jurisprudencia consolidada del TS que concluye que la prima de emisión no puede constituir una adquisición lucrativa de la sociedad, puesto que los movimientos de entrada y salida en los recursos propios de la sociedad (capital y reservas) derivados de las relaciones entre la misma y sus socios carecen de repercusión fiscal en el Impuesto de Sociedades, pues no son ganancia o mayor valor generado por la sociedad, sino el soporte para generarlos y son los rendimientos e incrementos producidos en la propia sociedad, a partir de una cifra de recursos propios aportada desde el exterior, los que se someten a tributación.

Comentario a la STS 13 de junio de 2012, sobre cobro de una retribución carente de justificación por un administrador. Acción social de responsabilidad. Necesidad de previa constancia estatutaria. Por José Ramón Meléndez.

El pasado 13 de junio la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del TS (actuando de Ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno Bayón Cobos), dictó esta Sentencia en resolución del recurso de casación interpuesto por D. Maximiliano contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra quien, a su vez, resolvía el recurso interpuesto contra la sentencia inicialmente dictada por el Juzgado Mercantil nº 2 de Pontevedra, en los autos 12/2008.

A los efectos que interesan, conviene resaltar que quien gestionaba la sociedad demandada era el Consejero Delegado D. Maximiliano, quien, pese a que los estatutos sociales no incluían retribución alguna a favor de los administradores, percibió diferentes cantidades de la Sociedad durante los ejercicios 2000 a 2004, en parte directamente y en parte a través de sociedad interpuesta. El 15 de diciembre de 2004, la Junta de la sociedad estableció una cantidad fija de alrededor de 51.000 € en concepto de sueldo y una prima del 6,5% del cash-flow generado en el ejercicio a favor de D. Maximiliano.

Se interpuso una acción social de responsabilidad prevista en el artículo 133 del TRLSA, ya derogado (actual 238 de la Ley de Sociedades de Capital), solicitando la restitución por D. Maximiliano a la sociedad de las cantidades cobradas durante los ejercicios 2000 a 2004.

Al final del procedimiento, incluido el recurso de apelación, el TS desestimó el recurso de casación interpuesto por D. Maximiliano contra la sentencia de la Audiencia Provincial, condenándole al pago de las costas.

Los Motivos del recurso de casación consistieron en:

PRIMERO: infracción del artículo 133 en relación con el 134 TRLSA. Según la Sentencia, el recurrente se basa en dos líneas argumentales: (i) la ausencia de daño alguno a la sociedad, ya que la retribución fue fijada por acuerdo de la junta general, desconociéndose por D. Maximiliano que en los estatutos de la sociedad no se contenía previsión alguna sobre este extremo, y (ii) que la condena a devolver la totalidad de lo percibido provocaría el enriquecimiento sin causa de la sociedad.

- En cuanto a la ausencia de daño: la Sala considera que sí ha habido daño ya que a) hay desplazamiento patrimonial de la sociedad al demandado que causa una disminución patrimonial en la sociedad, y b) este carece de justificación, porque el acuerdo en que se ampara es nulo. La sentencia de la Audiencia Provincial, consideró hecho probado la existencia de un "perjuicio".
- En cuanto al posible enriquecimiento injusto: la Sala no admite el Motivo porque el argumento se plantea "ex novo" en Casación; sin embargo, siguiendo una línea planteada en otras sentencias precedentes que se citan, deja la puerta abierta para el planteamiento de la cuestión en el momento inicial del proceso. La imposibilidad de restitución de los servicios ya prestados por el alto directivo cuyo contrato se ha declarado nulo, o por el administrador cuyo acuerdo societario al amparo del que percibía una retribución es declarado igualmente nulo, debe llevar (artículo 1303 del Código Civil) a la justa valoración de los servicios prestados (prestación equivalente) a fin de cuantificar el daño realmente causado.

SEGUNDO: interpretación errónea del artículo 127 TRLSA. El argumento utilizado es que las tareas realizadas eran más de alta dirección que de administrador, de forma que se podría haber acudido a otros cauces para que fuese "formalmente" legal, por lo que no se puede decir que la conducta del recurrente fuera negligente. La sentencia recuerda que, en efecto, en anteriores ocasiones se ha

reconocido el derecho de los administradores que han desarrollado funciones directivas a percibir una retribución, cuando, a pesar de no corresponderse con previsiones estatutarias, las circunstancias demuestran el uso fraudulento de estas (por ejemplo su eliminación de los estatutos para impedir la retribución pactada) con una finalidad distinta de la de la norma. Sin embargo en este caso la demandante no solo carece de la capacidad de decisión, sino que además se opuso al acuerdo de la Junta, por lo que no sería de aplicación la doctrina precedente. Se aclara, en este sentido, que "no se puede eludir la exigencia de previa constancia estatutaria, al amparo de la posibilidad hipotética de una futura modificación estatutaria a fin de incluirla, o de la existencia de otros cauces, sobre cuya idoneidad y licitud no nos corresponde decidir, para retribuir la tarea desempeñada por el administrador"

2. DERECHO DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

A) MERCADOS FINANCIEROS

Medidas extraordinarias de apoyo a la liquidez de las Comunidades Autónomas. Por Fco. Javier Arias Varona.

Los primeros meses del año 2012 han sido el marco temporal en el que se ha producido la creación de diversos mecanismos destinados a paliar los problemas financieros que aquejan a las Administraciones Públicas, concretados en un primer momento en el conocido como Plan de Pago a Proveedores, del que ya se ha dado noticia en este último número de este Boletín. Es en este contexto de dificultad de acceso al mercado de crédito para las AA.PP. y de necesidad de medidas especiales, en el que se incardina el Real Decreto-ley 21/2012, de 13 de julio, de medidas de liquidez de las Administraciones públicas y en el ámbito financiero, publicado en el BOE de 14 de julio. Se trata de una norma que, como señala la propia Exposición de Motivos, crea un "mecanismo de apoyo a la liquidez para las Comunidades Autónomas", orientado tanto a facilitar el cumplimiento de los vencimientos de deuda que las afecten, como a permitir su endeudamiento dentro de los límites generalmente marcados por la normativa presupuestaria. El sistema diseñado por la norma es explícitamente definido como temporal (subsistirá en tanto lo hagan las dificultades de las Comunidades Autónomas para acceder al mercado de crédito) y voluntario (art. 1), por lo que se sujeta a la petición por la Comunidad Autónoma correspondiente dentro del plazo máximo fijado en el propio RD-Ley (antes del 31 de diciembre de 2012, art. 3).

El modelo empleado parte de la creación de un Fondo de Liquidez Autonómico (arts. 8 y sigs.), para acceder al cual se requiere de la Comunidad Autónoma correspondiente la aceptación de una serie de garantías financieras y fiscales que se detalla en los arts. 4 y sigs. Puede observarse, así, que el modelo de ayuda en el plano autonómico replica los mecanismos supranacionales de ayudas, es decir, acceso a líneas de crédito ante la imposibilidad de obtenerlo en los mercados, a cambio de una estricta condicionalidad financiera y fiscal que determina en todo caso el acceso al crédito y la liberación de los tramos que, eventualmente, se acuerden. Tiene, por tanto, todo su sentido que el acceso al mecanismo sea completamente voluntario, pues exige estrictas contrapartidas. Entre tales contrapartidas se encuentra la naturaleza finalista de los fondos percibidos (art. 4) o la obligación de preparar un plan de ajuste de conformidad con el Gobierno central, que asegure la devolución de las cantidades recibidas con cargo al Fondo de Liquidez Autonómico. De hecho, el RD-Ley presta una gran atención al plan de ajuste autonómico, no solo en lo que se refiere a su contenido, sino también, y significativamente, a las obligaciones de información, seguimiento y control de los compromisos asumidos en el mismo (artículos 6 a 8 del Real Decreto – Ley).

El Fondo de Liquidez Autonómico, pieza central de todo el sistema, tiene una dotación de 18.000 millones de euros, financiados con Deuda Pública, y está bajo la gestión financiera del Instituto de Crédito Oficial (artículo 13 del Real Decreto – Ley). La norma deja a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos la determinación precisa de las condiciones financieras aplicables a las operaciones crediticias mediante las que se articule el acceso al Fondo por parte de las Comunidades Autónomas.

Debe destacarse, finalmente, que el Real Decreto – Ley 21/2012 también ha sido empleado para introducir en nuestro ordenamiento reglas que facilitarían la recapitalización de entidades de crédito, en el marco del acceso a la Facilidad Europea de Estabilización Financiera o al Mecanismo Europeo de Estabilidad y las funciones asumidas por el FROB y el Fondo de Garantía de Depósitos.

Nuevo Marco de Reestructuración y resolución de entidades de crédito: Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. Por Pablo

Ruiz de Assín.

El pasado 31 de agosto el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto-ley 24/2012, un nuevo paso en el proceso de saneamiento del sistema financiero español. Este real Decreto-ley implementa distintos aspectos del *Memorandum of Understanding on Financial-Sector Policy Conditionality*, de fecha 20 de julio de 2012, y se adelanta a la futura trasposición del proyecto de Directiva para establecer un marco para el rescate y la resolución de entidades de crédito y de empresas de servicios de inversión.

Entre los aspectos más destacados de esta norma, se establecen tres procedimientos de asistencia a entidades de crédito (actuación temprana, reestructuración y resolución) que serán de aplicación dependiendo del grado de viabilidad de la entidad. Cada uno de los procedimientos antes mencionados permite la utilización de determinadas herramientas de ayuda, entre las que destacan la cesión de determinados activos a un banco puente, a un tercero o a una futura sociedad de gestión de activos, que tendrá como principal accionista al FROB (el futuro Banco Malo español); y las actuaciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada.

Asimismo, se refunda el FROB, que pasa a tener un papel de mayor relevancia en los procedimientos de ayuda a entidades de crédito en perjuicio del Fondo de Garantía de Depósitos. Se delimitan mejor sus poderes, incorpora mayores facultades administrativas y se dota de una protección especial a determinadas actuaciones que lleve a cabo en el ámbito de los procedimientos de ayuda a entidades.

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

[Alerta Bancario & Financiero - Breve resumen del RDL 24/2012: La nueva reforma del sistema financiero español](#)

Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. (BOE 6 de julio). Por Pablo Ruiz de Assín.

La Circular 5/2012 entra en vigor en su mayor parte el 6 de octubre y viene a desarrollar las disposiciones de la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. La norma regula, principalmente, determinados aspectos de los servicios bancarios dirigidos o prestados en España por las entidades de crédito a los clientes personas físicas y sus objetivos son, entre otros: (i) racionalizar y aumentar las obligaciones de transparencia de las entidades de crédito y de los proveedores de servicios de pago para mejorar la protección de los clientes; y (ii) promover la responsabilidad en la concesión de préstamos, como consecuencia del concepto "préstamo responsable", acuñado por la Ley de Economía Sostenible.

En concreto, la Circular refuerza el volumen de información que las entidades deben poner a disposición de los clientes (antes y después de la contratación), afectando a productos y servicios bancarios como depósitos, créditos al consumo, préstamos hipotecarios sobre viviendas, negociación de cheques, avales, fianzas o garantías; establece procedimientos homogéneos para el cálculo de tasas de rendimiento (como la TAE) para cada tipo de producto financiero concreto (como ya había hecho la normativa de crédito al consumo para esa actividad concreta); y establece nuevas obligaciones de información que las entidades deben remitir periódicamente al Banco de España (principalmente en materia de tipos de interés).

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

[Alerta Bancario & Financiero Julio 2012 - La nueva circular del Banco de España sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos](#)

Orden de 3 de agosto, por la que se desarrolla el artículo 5 del Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, en materia de remuneraciones en las entidades que reciban apoyo financiero público para su saneamiento o reestructuración. (BOE 8 de agosto). Por Fernando Revuelta.

El 3 de agosto el Ministerio de Economía y Competitividad dictó la Orden ECC/1762/2012 con el objetivo de desarrollar el régimen de remuneraciones de directivos y administradores de las entidades de crédito que estén participadas mayoritariamente por el FROB, hayan recibido apoyo del FROB pero no estén participadas mayoritariamente o soliciten dicho apoyo.

Así, en las entidades participadas mayoritariamente por el FROB los miembros no ejecutivos podrá recibir un retribución fija bruta anual máxima de 50.000 €, mientras que para los miembros ejecutivos la retribución fija bruta anual máxima se eleva hasta 300.000 €. En la Orden se establece la imposibilidad de que cualquier miembro sea ejecutivo o no del órgano colegiado de administración de dichas entidades pueda recibir retribución variable alguna.

En el caso de las entidades que reciban apoyo financiero pero no estén participadas mayoritariamente por el FROB, los miembros no ejecutivos podrán recibir un retribución fija bruta anual máxima de 100.000 €, mientras que para los miembros ejecutivos la retribución fija bruta anual máxima se eleva hasta 500.000¹ €. Además se establece la posibilidad de que perciban una retribución variable máxima del 60% de la retribución fija anual pudiendo ser de hasta el 100% previa aprobación del Banco de España para directivos contratados simultáneamente o con posterioridad a la recepción del apoyo financiero.

En relación a las indemnizaciones por terminación de contrato de los directivos y administradores de las entidades participadas mayoritariamente, apoyadas financieramente (pero sin participación mayoritaria del FROB) o que soliciten apoyo financiero del FROB, la Orden establece que tales entidades deberán modificar sus contratos con directivos y administradores para establecer, en su caso, indemnizaciones que no podrán exceder de la menor de las siguientes cuantías:

1. dos veces las bases máximas resultantes, respectivamente, de las reglas 3.^a y 4.^a del artículo 5.3.a) del Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero; o,
2. dos años de la remuneración fija estipulada.

Los límites anteriores no serán de aplicación a los directivos y administradores contratados simultáneamente o con posterioridad a la recepción del apoyo financiero.

Por último señalar que la Orden será de aplicación a partir del ejercicio 2012 y dejara de ser de aplicación una vez producido el saneamiento de la entidad de crédito en cuestión.

¹Antes 600.000 €. Modificación realizada por la Disposición Final novena del RD 24/2012 del artículo 5.3.a). 4.^a del RD 2/2012.

B) MERCADO DE VALORES

Modificación del régimen de las limitaciones de voto y de la neutralización de las defensas anti-OPA. Por Andrés Recalde.

La Ley 1/2010, de 22 de junio, originariamente pretendió solo ratificar el Real Decreto-Ley 9/2012, que había aprobado el gobierno para modificar algunas normas de la Ley de Modificaciones Estructurales en materia de fusiones y escisiones de sociedades, así como los preceptos de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) relativos a la página web de la Sociedad (vid supra). Pero la ocasión se aprovechó para reformar el proceso parlamentario para, mediante una enmienda presentada en el Senado, los arts. 188.2 y el art. 527 LSC, que regulaban las limitaciones de voto en las sociedades cotizadas, así como para dar una nueva redacción al art. 60.ter Ley del Mercado de Valores (LMV), que regula la neutralización de algunas medidas de defensa anti-OPA.

Los cambios en el régimen de las limitaciones de voto han tenido en los últimos tiempos cierta repercusión mediática. Como se sabe, la posibilidad de fijar límites al número máximo de votos que puede emitir un accionista en la junta, se preveía ya desde la LSA de 1951. Este tipo de cláusulas estatutarias permitían acentuar el elemento personalista en las sociedades anónimas en que el componente subjetivo juega un papel relevante. En las sociedades cotizadas, por su parte, se consideraba que su función prevalente era impedir el éxito de una OPA para blindar la posición de los administradores. Estas consideraciones estaban en el origen de la prohibición de las limitaciones de voto en las sociedades cotizadas, que se estableció en la Ley 12/2010, y cuyo reflejo se hallaba en el art. 527 LSC.

Sin embargo, ni por sí solas estas cláusulas de limitación de voto bastan para impedir la toma del control de la Sociedad, ni la mera obstaculización al ejercicio de ese control cumplía únicamente la función de blindar a los administradores en su cargo. En efecto, también los accionistas pueden tener un interés importante en dificultar las tomas de control subrepticias, como las que se pueden producir cuando un accionista es titular de una participación del capital minoritaria, pero tan importante, que puede determinar la política de la Sociedad facilitándole un aprovechamiento particular de los recursos sociales.

La reforma ahora aprobada mantiene la posibilidad de limitar el número de votos en las sociedades no cotizadas (art. 188.2 LSC), extendiendo este régimen a las cotizadas (art. 527 LSC), con la única modificación sustantiva de permitir en ambos casos que los estatutos apliquen la cláusula tanto a un solo accionista, como a varios que formen parte de un mismo grupo, o a dos o más accionistas que actúen de manera concertada en virtud de un pacto de socios.

Por otro lado, se ha modificado también las normas sobre neutralización de las medidas de defensa. El régimen es similar al que antes estaba en vigor (art. 60.terLMV, desarrollado por art. 29 RD 1066/2007), si bien con alguna modificación referida, precisamente, a la desactivación de las limitaciones de voto. En efecto, la neutralización de las medidas de defensa anti-OPA mencionadas en el art. 60.ter.1 LMV (entre las que se incluyen las restricciones al derecho de voto o los pactos que restringen a la transmisión de acciones) sigue requiriendo que la junta tome un acuerdo declarando esa desactivación, acuerdo que debe cumplir los requisitos de la modificación de estatutos; la neutralización opera solo en la primera junta y siempre sometida al requisito de reciprocidad. Pero en ciertos supuestos cualificados -cuando en virtud de la adquisición un accionista devenga titular del más del 70% del capital, siempre que la adquisición se realizara en el marco de una OPA (art. 60.ter.2 LMV y art. 527 LSC)-, la desactivación de la cláusula de limitación de voto se produce automáticamente, ope legis, y opera para cualquier junta que se celebre en el futuro.

Las agencias de proxy: un poder fáctico sin regulación. Por Rafael Sánchez.

Las agencias de proxy (o proxy advisors) son entidades que prestan servicios de asesoramiento a inversores, principalmente institucionales (esto es, aquellos que canalizan la inversión de una pluralidad de personas y asumen su gestión), especialmente en relación con el ejercicio de los derechos de voto inherentes a las acciones de sociedades cotizadas titularidad de estos. A este respecto, estas agencias elaboran informes para facilitar tal ejercicio, analizan la retribución de los consejeros y altos directivos de las sociedades en cuestión y, lo que es más relevante, emiten recomendaciones de voto en relación con cada una de las propuestas de acuerdo formuladas por el correspondiente órgano de administración e incluso reciben la representación de accionistas para el ejercicio sus correspondientes derechos de voto.

La demanda de los referidos servicios tiene su origen, fundamentalmente, en las dificultades que en muchas ocasiones encuentran los inversores institucionales para ejercitar de forma responsable los derechos de voto inherentes a las acciones de su titularidad y, por ende, cumplir con sus deberes fiduciarios (en algunos casos, establecidos por ley) frente a las personas que han depositado en ellos la confianza para gestionar sus ahorros o inversiones. Dichas dificultades traen causa, a su vez, de la característica diversificación y atomización de sus carteras de inversión, lo que conduce, en muchas ocasiones, a no votar o, simplemente, a votar a favor de las propuestas formuladas por el órgano de administración.

Por otro lado, aun cuando el porcentaje de participación accionarial que suele ostentar un inversor institucional en una sociedad cotizada no es significativo, lo cierto es que la suma de las acciones titularidad de todos estos inversores sí que puede llegar a constituir un alto porcentaje de los derechos de voto en una Junta General de Accionistas y, por tanto, su voto en un mismo sentido, siguiendo la recomendación de una agencia de proxy, puede llegar a influir de forma significativa en el resultado de una votación, más aún si dicho sentido es distinto al propuesto por el Consejo de Administración.

Habida cuenta de esta realidad, en 2011 la ESMA (*European Securities and Markets Authority*) realizó una encuesta sobre el papel, cada vez más relevante, de las agencias de proxy en los mercados de valores europeos y el 22 de marzo de 2012 publicó un discussion paper en el que se planteaban cuatro alternativas para una eventual regulación de esta figura. A su vez, la CNMV constituyó en diciembre de 2011 un "Grupo de Expertos" con la doble finalidad de analizar el rol de las agencias de proxy en el mercado español y estudiar cuál de las distintas alternativas regulatorias sería la más recomendable, y cuyo trabajo fue recogido en un informe publicado el 16 de abril de este año. Dicho informe del "Grupo de Expertos" valora la totalidad de las alternativas planteadas por la ESMA y apunta cuales serían las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas. Tales opciones serían las siguientes:

- No adopción de ninguna medida legal al tratarse de un mercado en formación, en especial en España, y muy concentrado (toda vez que el número de agencias es muy escaso y algunas de ellas copan la mayor parte del mercado internacional).
- Establecimiento, por parte de las propias agencias, de un código de conducta para esta actividad, ya fuere a nivel sectorial (cuya acogida sería incierta) o nacional (cuya viabilidad sería dudosa, habida cuenta de que muchos inversores institucionales con participaciones en sociedades

españolas acuden a agencias extranjeras).

- Establecimiento de un código europeo de recomendaciones, dirigido a los proxy advisors y/o a sus usuarios, bajo el principio de "cumplir o explicar" -en línea con la regulación actual del gobierno corporativo en Europa- y la supervisión de la ESMA.
- Adopción de medidas legislativas de regulación y supervisión por la Unión Europea, al igual que ocurre en EE.UU y tal como se prevé para los otros tres tipos de proveedores de información para los inversores institucionales, a saber, las agencias de rating, los analistas financieros y los auditores.

A la vista de lo anterior, y habida cuenta del actual desarrollo de la actividad de las agencias de proxy en Europa, la opción que el "Grupo de Expertos" entiende como más recomendable pasaría por establecer un código europeo de recomendaciones para los proxy advisors (no para sus usuarios), que no solo establecería un marco armonizado a nivel de la Unión sino que dotaría a esa industria de cierta flexibilidad. No obstante, el "Grupo de Expertos" apunta que no debería perderse de vista la última de las alternativas, especialmente si la influencia de las agencias de proxy en los resultados finales de las votaciones en las Juntas Generales de Accionistas creciera como consecuencia de un desarrollo del mercado de los *proxy advisors*.

La CNMV vuelve a acordar la prohibición cautelar de posiciones cortas. Por Luis Miguel de Dios.

El 23 de julio de 2012, y ante la notable volatilidad de los mercados de valores, la CNMV acordó –nuevamente– prohibir cautelarmente, y de forma transitoria, la realización de operaciones sobre valores o instrumentos financieros que supongan la constitución o el incremento de posiciones cortas netas sobre acciones cotizadas. La citada prohibición afecta a todo tipo de operaciones sobre acciones o índices, incluyendo operaciones de contado, derivados en mercados organizados o derivados OTC, que suponga crear una posición corta neta o aumentar una preexistente, aunque sea intradiaria. A estos efectos, se entiende por posición corta neta aquella que resulte en una exposición económica positiva ante una caída del precio de la acción. Quedan excluidas de la prohibición las operaciones realizadas por entidades que desarrollen funciones de creación de mercado. Esta medida se mantendrá vigente durante tres meses, por lo que quedará levantada el 24 de octubre de 2012, si bien el citado acuerdo ha previsto expresamente la posibilidad de una prórroga. La nueva presidencia de CNMV deberá, así, decidir a corto plazo acerca de la prórroga o no de esta prohibición.

Modificaciones de la Ley del Mercado de Valores (LMV) introducidas por el Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de restructuración y resolución de entidades de crédito. Por Pablo Ruiz de Assín.

El legislador ha aprovechado el Real Decreto-Ley 24/2012 para trasponer al ordenamiento nacional determinadas previsiones de la Directiva 2010/73/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por la que se modifica la Directiva 2003/71/CE sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores. La trasposición se ha llevado a cabo íntegramente a través de la modificación de la LMV.

El Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, que desarrolla parcialmente la LMV, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, establecía que para la admisión a cotización de valores que no sean participativos cuyo valor nominal unitario fuera de, al menos, 50.000 Euros, no era obligatorio elaborar un resumen del folleto de admisión. El Real Decreto-ley 24/2012 por su parte, ha modificado la Ley del Mercado de Valores de manera que la exención a la obligación de elaborar un resumen que acompañe al folleto de admisión a cotización se limita ahora a los valores no participativos con nominal unitario igual o superior a 100,000 Euros, por lo que la previsión del Real Decreto 1310/2005 ya no es de aplicación. Adicionalmente, se incluye ex novo en la LMV de Valores una regulación más detallada de cuál debe ser el contenido mínimo de dicho resumen y cómo debe redactarse.

En el ámbito de las ofertas públicas de venta o suscripción de valores, se han modificado los umbrales que delimitan la no obligación de publicar un folleto para determinados tipos de ofertas, que, consecuentemente no tendrán la consideración de oferta pública (junto con las ofertas dirigidas exclusivamente a inversores cualificados). En concreto, los umbrales modificados son los siguientes:

- ofertas de valores dirigidas a menos de 150 personas físicas o jurídicas por Estado miembro, sin incluir los inversores cualificados (antes eran 100 personas).

- ofertas de valores dirigidas a inversores que adquieran valores por un importe mínimo de 100.000 Euros por inversor, para cada oferta separada (antes eran 50.000 Euros).
- ofertas de valores cuyo valor nominal unitario sea al menos 100.000 Euros (antes eran 50.000 Euros).
- ofertas de valores por un importe total en la Unión Europea inferior a 5.000.000 Euros, lo que se calculará en un período de 12 meses (antes eran 2.500.000 Euros).

En línea con lo anterior, se han endurecido las obligaciones de información periódica de los emisores de valores de deuda, de tal manera que a partir de ahora solo estarán exentos de elaborar y publicar dicha información periódica (esto es, informe financiero anual y semestral e informe de auditoría) en el caso de que emitan valores de deuda con un valor nominal unitario de al menos 100.000 Euros (antes eran 50.000 Euros).

Se ha endurecido también, el régimen relativo a las obligaciones de información a la clientela a que las entidades que presten servicios de inversión están sometidas. De tal manera que:

- Se han establecido poderes específicos en favor de la CNMV. Así, la CNMV podrá obligar a las entidades que presten servicios de inversión a incluir advertencias sobre los riesgos de un producto en la información que se facilite a inversores con anterioridad a su adquisición, en concreto, podrá obligar a que se incluyan advertencias en relación a que no se trata de un producto recomendable para inversores no profesionales (debido a su complejidad). Asimismo, podrá obligar a que dichas advertencias se incluyan en los materiales publicitarios.
- Se han establecido nuevas obligaciones de información. En el caso de comercialización de productos distintos de las acciones emitidas por una entidad de crédito, deberá entregarse a los inversores, entre otros, información relativa a las diferencias de dicho producto con los depósitos bancarios.
- Entre la información que las empresas de servicios de inversión deberán facilitar a sus clientes en el ámbito del asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, deberá proporcionarse al cliente en un soporte duradero, una descripción de cómo se ajusta la recomendación realizada a las características y objetivos del inversor. En el caso de las evaluaciones de adecuación realizadas en la prestación de servicios distintos del anterior, deberán facilitarse copia al cliente con los resultados.
- Cuando se presten servicios de inversión relacionados con productos complejos, deberá incluirse una expresión manuscrita (a determinar por la CNMV) manifestando que ha sido advertido de que el producto no le resulta conveniente o de que no ha sido posible evaluarle adecuadamente.
- Las empresas que presten servicios de inversión deberán llevar un registro actualizado en el que se refleje, para cada cliente, los productos cuya conveniencia haya sido evaluada con resultado negativo.

Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva. Por Fernando Revuelta.

El 20 de julio de 2012, se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva ("IICs") y deroga el anterior reglamento de IICs aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre.

Este Real Decreto y la Ley 31/2011, de 4 de octubre, por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de IICs adaptan la normativa española a la última reforma de los fondos de inversión armonizados, realizada por la Directiva 2009/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, conocida como UCITS IV, a los efectos de reforzar la competitividad, integración y competencia de la comercialización de IICs.

Uno de los mayores objetivos perseguidos por UCITS IV es garantizar la seguridad jurídica de los partícipes y accionistas. Por ello, el nuevo Reglamento de IICs introduce una serie de medidas con este fin, como por ejemplo delimitar la información obligatoria que debe recibir cada inversor y la armonización completa del documento con tal información, conocido como datos fundamentales para el inversor (en sus siglas en inglés, KIID).

El nuevo Reglamento de IICs mejora también la eficiencia del pasaporte europeo de comercialización de UCITS y el pasaporte de las sociedades gestoras, simplificando los trámites y reduciendo los plazos.

Asimismo, con el objetivo de conseguir un mercado interior sin barreras, el Reglamento de IICs regula las estructuras de fondos tipo principal-subordinado e introduce un régimen armonizado de fusiones transfronterizas de IICs.

Por último, el Real Decreto establece otra serie de novedades relativas a los gestores de fondos de inversión alternativos no relacionadas con la transposición de UCITS IV.

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

[International Capital Markets Alert. July 2012 - RD 1082/2012](#)

Circular 1/2012, de 26 de julio, de la CNMV, por la que se modifica la Circular 6/2010, de 21 de diciembre, sobre operaciones con instrumentos derivados y de otros aspectos operativos de las instituciones de inversión colectiva; la Circular 4/2008, de 11 de septiembre, sobre el contenido de los informes trimestrales, semestral y anual de las instituciones de inversión colectiva y del estado de posición; y la Circular 3/2006, de 26 de octubre, sobre folletos explicativos de las instituciones de inversión colectiva. Por Fernando Revuelta.

El de agosto de 2012 se publicó en el BOE la Circular 1/2012.

La Circular tiene como objetivo fundamental incorporar al Derecho español las "Directrices sobre medición de riesgos y estimación global de ciertos tipos de Organismos de Inversión Colectiva en Valores Mobiliarios (OICVM) estructuradas", publicadas el 28 de marzo de 2012 por el ESMA (*European Securities and Markets Authority*).

Otros objetivos de esta Circular, con el propósito de adecuar el marco normativo español a las nuevas exigencias y circunstancias de los mercados, son: (i) la incorporación de las exigencias europeas establecidas en Guidelines on ETF and other UCITS issues en relación a los requisitos para la elegibilidad, cómputo y reinversión de garantías o colaterales recibidos en la operativa de las IICs; (ii) modificaciones en el análisis de solvencia de las contrapartes; y (iii) exigir el requisito de calificación crediticia mínima solo a los garantes de fondos de garantía interna (fondos con un objetivo concreto de rentabilidad garantizado a la IIC por un tercero) que vayan a superar los límites que establece la normativa en relación a la operativa con derivados.

Otra de las medidas consiste en establecer que la remisión de documentación se realizará a través del servicio electrónico CIFRADO, para fomentar la tramitación electrónica de documentos ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV).

Por último, se modifica la Circular 3/2006 estableciendo que no se considerarán modificaciones esenciales del folleto (por lo tanto no otorgando el derecho de separación de los partícipes) las modificaciones de la política de inversión que tengan como objetivo ajustar la calidad crediticia de los activos de renta fija siempre que, como mínimo, se mantenga la calificación del Reino de España y no se desvirtúe la finalidad del fondo facilitando así a los gestores adaptarse rápidamente a las condiciones de mercado.

Reglamento Delegado (UE) nº 486/2012 de la Comisión por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 809/2004 en lo que se refiere al formato y al contenido del folleto, del folleto de base, de la nota de síntesis y de las condiciones finales, en cuanto a los requisitos de información. Por Rosa Cañas.

El pasado 1 de julio entró en vigor el Reglamento Delegado (UE) nº 486/2012 de la Comisión por medio del cual se modifican determinados requisitos establecidos en el Reglamento (CE) nº 809/2004, en relación con el formato y el contenido del folleto, del folleto de base, de la nota de síntesis y de las condiciones finales, que deben publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores, aprobado por la Comisión Europea el 30 de marzo de 2012 (el "**Reglamento Delegado**").

El Reglamento Delegado tiene por objeto incorporar las modificaciones introducidas por la Directiva 2010/73/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifican la Directiva 2003/71/CE sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y la Directiva 2004/109/CE sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado.

Las modificaciones anteriormente mencionadas persiguen, fundamentalmente, dos finalidades: (i) la reducción de las cargas que han de soportar las sociedades que buscan obtener capital en los mercados de valores de la Unión Europea y (ii) la protección de los inversores mediante mejoras en la calidad de la información divulgada.

En relación con esta primera finalidad, el Reglamento Delegado ha incorporado el incremento del umbral de la obligación de publicación de folleto, de 50.000 a 100.000 Euros (considerando a estos efectos, la oferta total de valores realizada durante los últimos doce meses), introducido por la Directiva 2010/73/UE. Asimismo, buscando una mayor flexibilidad, el Reglamento Delegado ha contemplado la posibilidad de que el folleto de base prevea opciones en relación con la información exigida en la nota sobre los valores. De este modo, las condiciones finales determinarán cuál de dichas opciones se aplicará a la emisión considerada, ya sea mediante remisión a las correspondientes secciones del folleto de base o mediante reproducción de dicha información.

En esta misma línea, con el objeto de implementar el régimen de proporcionalidad de la información exigida a los emisores, introducido por la Directiva 2003/71/CE, el Reglamento Delegado ha establecido esquemas específicos a los que pueden acogerse las pequeñas y medianas empresas, las sociedades con reducida capitalización de mercado y las entidades de crédito que emitan determinados valores no participativos.

Por lo que se refiere a la segunda finalidad señalada, el Reglamento Delegado ha introducido algunas novedades con el objeto de mejorar la calidad de la información proporcionada por los distintos documentos. Así, el Reglamento Delegado ha establecido la obligación para el emisor de incorporar en el folleto de base toda la información de la que disponga en el momento de elaboración del mismo, de modo que las condiciones finales no contengan información pendiente de aprobación por parte de las autoridades competentes. Adicionalmente, se prohíbe de forma expresa que las condiciones finales modifiquen o sustituyan información contenida en el folleto de base.

En este mismo sentido, cabe destacar las modificaciones introducidas por el Reglamento Delegado en relación con la nota de síntesis referente a una emisión, la cual deberá aunar la información de la nota de síntesis del folleto de base que solo resulte pertinente para esa emisión concreta, con las partes correspondientes de las condiciones finales aplicables a dicha emisión en particular.

En lo referente a las emisiones de valores vinculadas a activos subyacentes o garantizadas por activos subyacentes, se establece la obligación para los emisores de realizar una declaración en la que se indique el tipo de subyacente y una descripción del subyacente en el que se basa el tipo, así como el método empleado para relacionar el subyacente y el tipo, indicando dónde puede obtenerse información sobre la rentabilidad histórica y futura del subyacente y sobre su volatilidad.

Por último, en aras de salvaguardar los intereses de los inversores, cuando conforme a la Directiva 2003/71/CE no resulte preceptiva la publicación del folleto, se establece la obligación de informar de ello a los inversores mediante anuncios, salvo que el emisor, el oferente o la persona que solicite la admisión a cotización en un mercado regulado opte por publicar el referido folleto.

3. CONTRATOS MERCANTILES

TEMAS ACTUALES

Se aprueban las condiciones generales de contratación de los transportes de mercancías por carretera (Orden de 1 de agosto). Por Fco. Javier Arias Varona.

La presente Orden del Ministerio de Fomento tiene su origen en la reforma de la regulación legal del contrato de transporte terrestre de mercancías por carretera, por medio de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre. Esta última contemplaba la necesidad de adaptación al nuevo régimen de las condiciones generales existentes, aprobadas en su día por medio de la Orden Ministerial de 25 de abril de 1997 y en vigor a la aprobación de la Ley de Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías por Carretera.

La aprobación de las condiciones generales mediante la Orden correspondientes supone el mantenimiento de una estructura regulatoria que había recibido críticas con anterioridad, entendiéndose que el mecanismo empleado suponía, de hecho, regular el contenido del contrato de transporte por medio de una disposición menor de rango administrativo. Es cierto, sin embargo, que la crítica fundamental tenía su origen en que la Orden de 1997 coexistía con un régimen muy obsoleto, como era el contenido en el Código de Comercio, cuya reforma se postergaba, e introducía una norma más en un sector con una clara dispersión normativa. En este momento, la existencia de un modelo de condiciones generales puede plantear menos problemas, dado que hay una coordinación más estrecha con la regulación legal en la materia.

Conforme al modelo indicado, la Orden del Ministerio de Fomento incluye unas condiciones generales de contratación de los transportes de mercancías por carretera que actúan como modelo para las partes que quieran remitirse voluntariamente a ella. En cualquier caso, la importancia real de estas condiciones va más allá.

En primer lugar, porque la remisión a ellas suele ser una cláusula de estilo en los contratos; de hecho, así figura en el modelo de carta de porte generalmente empleado en nuestro ordenamiento. En segundo lugar, porque tienen naturaleza supletoria en este tipo de contratos por lo que, de facto, constituyen el régimen legal detallado de esta relación contractual. Pero, sobre todo, porque su elaboración parte de una finalidad tuitiva del cargador, de modo que se diseñan expresamente como una regulación imperativa de mínimos. Así, el artículo 2 de la Orden analizada establece que en los contratos de adhesión, naturaleza que suelen tener los de transporte terrestre de mercancías por carretera, "únicamente podrán modificarse estas condiciones cuando las que se establezcan resulten más beneficiosas para el adherente". Además, abundando en esta línea, la propia Orden califica de imperativas algunas de las condiciones fijadas, al derivarse de preceptos de la Ley que tienen ese carácter. Su inclusión se explica por el legislador por motivo de la claridad de la norma, pero en realidad no se entiende muy bien ni la inclusión, ni la necesidad de recordar un carácter imperativo que deriva de una norma superior en rango legal y, en todo caso, limitativa de la voluntad de las partes, base de la eficacia de las condiciones contempladas en el anexo.

La Orden está formalmente dividida en una parte principal y un anexo. La primera incluye las disposiciones reguladoras de la naturaleza y eficacia de las condiciones generales. Estos preceptos son indispensables desde el momento en que, como hemos indicado, su aplicación no depende única y exclusivamente de la decisión de las partes. Dentro de estas reglas, es interesante destacar la existencia de diferentes excepciones y aclaraciones para ciertos tipos de transporte y el efecto de las condiciones en los supuestos de subcontratación.

La segunda parte es el Anexo en el que se incorporan las Condiciones en sí, estructuradas en once apartados que, en realidad, contienen una serie de reglas generales y ciertas especificidades en función del tipo de transporte contemplado (Definiciones; Carta de Porte; Precio y gastos del transporte; Entrega del envío al porteador; Transporte del envío; Entrega del envío en destino; Pérdidas, averías o retraso en la entrega y una serie de reglas especiales para ciertos contratos -contratos de transporte continuado; contratos de transporte de paquetería y similares; contratos de transporte de mercancías peligrosas y contratos de transporte con porteadores sucesivos-).

Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias. Por Carmen Crespo.

La Ley 4/2012 tiene su origen en la necesidad de elaborar un texto unificado que comprenda tanto la transposición de la Directiva 2008/122/CE (Título I) (la "Directiva"), como la incorporación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre² (Títulos II y III). Dividida, pues, en tres títulos, cuenta con 37 artículos, 1 disposición transitoria, 1 disposición derogatoria y 4 finales.

El Título I se dedica a diferentes normas generales, distribuidas en varios capítulos, que se inician delimitando el ámbito de aplicación de la norma. Se distingue, a esos efectos, entre el objetivo y el subjetivo.

Por lo que se refiere al primero de ellos, el texto legal sigue la ya recurrente técnica de definiciones legales, en lo que mantiene la pauta original de la Directiva, que recoge las variadas figuras contractuales afectadas. Así, se distingue entre:

- Contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico (aquellos de duración superior a un año en virtud del cual un consumidor adquiere, a título oneroso, el derecho a utilizar uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un período de ocupación, salvo ciertas excepciones recogidas en la misma norma).
- Contratos de adquisición de productos vacacionales de larga duración (aquellos que dan derecho al consumidor a obtener descuentos u otras ventajas en el alojamiento, de forma aislada o en combinación con viajes u otros servicios, también salvo excepciones cualificadas, como programas de fidelización, descuentos ofrecidos durante un plazo inferior a un año o a los descuentos puntuales o contratos cuyo propósito principal no sea ofrecer descuentos o bonificaciones).
- Contratos de reventa (aquellos en los que un empresario, a título de intermediario y

onerosamente, asiste a un consumidor en la compraventa de derechos de aprovechamiento por turno o producto vacacional de larga duración).

- Contratos de intercambio (aquellos en los que el consumidor se afilia, a título oneroso, a un sistema de intercambio que le permite disfrutar de un alojamiento o de otros servicios a cambio de conceder a otras personas un disfrute temporal de las ventajas que suponen los derechos derivados de su contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico).

Por lo que se refiere al ámbito subjetivo de aplicación, lo más reseñable es la diferencia existente entre el Título I (aplicable a los contratos entre empresarios y consumidores) y el Título II (aplicable a los contratos entre empresarios y los adquirentes de estos derechos), que se explica por el distinto origen de uno y otro (Directiva y la Ley 42/1998, respectivamente).

Tras el contenido relativo al ámbito de aplicación de la norma, los sucesivos capítulos del primer título mantienen una estructura que ya es clásica en las normas protectoras de esta índole. Así, partiendo del carácter imperativo del régimen, recogido expresamente en el capítulo V, se contemplan deberes específicos de publicidad e información contractual (capítulo II, que transpone las normas de la Directiva sobre publicidad e información precontractual), reglas relativas a la formalización del contrato (capítulo III, exigiendo forma escrita en papel o en otro soporte duradero), un derecho específico de desistimiento y el consecuente efecto de su ejercicio sobre los contratos accesorios (capítulo IV, receptor del desistimiento como un derecho de naturaleza única ad nutum, con independencia del cumplimiento o incumplimiento de los deberes de información precontractual, que solo sirve para modular el cómputo de los plazos de ejercicio del derecho). A ello se unen normas sobre información al consumidor y reclamaciones extrajudiciales (capítulo VI) y reglas particulares de tutela judicial y administrativa (capítulo VII).

El Título II tiene su origen en las normas legales precedentes, reguladoras del aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. La gran novedad es que la norma acoge también cualquier modalidad contractual de constitución del derecho de naturaleza personal o de tipo asociativo que tenga como objeto el uso de uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un periodo de ocupación. Lógicamente, ello ha obligado a introducir modificaciones derivadas de la ampliación del supuesto de hecho, unidas las que tienen su origen en la necesidad de adaptación a las exigencias de Directiva o en la experiencia obtenida durante la aplicación de la norma.

El contenido del Título II incluye, entre otras, normas relativas a la propia denominación del producto (se prohíbe que el derecho real de aprovechamiento quede vinculado a una cuota indivisa de la propiedad, se denomine multipropiedad o cualquier otra expresión que contenga la palabra propiedad); el plazo de duración (como mínimo 1 año, frente a los 3 del régimen precedente, como máximo 50); el régimen de seguro y garantías; la novedosa incorporación al Catastro de la construcción como requisito para la constitución del régimen de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, y como contenido necesario de la escritura pública la certificación catastral del bien inmueble en cuestión; o el carácter potestativo de la duración idéntica de los turnos (hasta ahora debían ser de igual duración).

Cabe destacar, por su importancia al tratarse de contratos cuya duración puede alcanzar los 50 años, que el régimen transitorio excluye la aplicación de la norma a los contratos celebrados con anterioridad y vigentes al tiempo de la entrada en vigor de la citada norma, salvo que las partes acuerden adaptarlos a alguna de las modalidades reconocidas por aquélla.

² La Ley 42/1998 fue la norma vigente en España hasta el pasado mes de marzo, fecha en la que fue derogada por el Real Decreto-Ley 8/2012, el cual incorporó al ordenamiento la Directiva 2008/122/CE.

La Ley 4/2012 objeto del presente documento reproduce con mínimas diferencias el contenido del Real Decreto-Ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, siendo el resultado de haber decidido iniciar la tramitación de esta norma como proyecto de ley.

Por su parte, la Directiva deroga la Directiva 94/47/CE, al objeto de regular los nuevos productos vacacionales.

Comentarios a la STS de 31 de mayo de 2012 sobre contrato de agencia e indemnización por clientela. Por Luis Blázquez.

El presente comentario analiza la reciente sentencia del TS en relación con la problemática existente respecto a la indemnización por clientela en los contratos de agencia, no solo por la determinación de la

procedencia de la misma, sino también por la cuantificación de su importe.

El 31 de julio 2006 NIFUER MOTOR, S.L., interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Puerto del Rosario contra las entidades NISSAN MOTOR ESPAÑA. S.A. y MACHER MOTOR S.L., solicitando una indemnización de 462.567,05 euros en concepto de:

- Indemnización por clientela (120.744,62 euros), calculando los ingresos medios brutos anuales por comisiones, tomando en cuenta los resultados de los cinco años anteriores.
- Las inversiones no amortizadas, valoradas en la suma de 67.837 euros.
- El beneficio medio bruto anual por ventas de recambios y accesorios, teniendo en cuenta los últimos cinco ejercicios (42.268,72 euros).
- La cantidad de 102,31 euros por el Stock Nissan obrante en el almacén.
- Indemnización por los perjuicios producidos por la resolución instada de contrario con inobservancia del plazo legal de preaviso. Que se cuantifica en la suma de 40.248,2 euros.
- Cantidades adeudadas por incumplimiento contractual. La deuda por tal concepto asciende a la suma de 24.359 euros.

El juez de primera instancia considera que estamos ante un contrato genuino de agencia y accede a la petición del demandante, fijando como importe de la indemnización el límite máximo previsto en el artículo 28.3 de la Ley del Contrato de Agencia³: el importe medio anual de las remuneraciones recibidas por el agente durante el tiempo que duró la relación de agencia, -en este caso la suma de 120.774 euros, de determinadas comisiones y facturas impagadas, absolviendo a las demandadas del resto de pedimentos-.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por MACHER MOTOR, S.L ante la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, el 23 de marzo de 2009. En la misma se estima parcialmente el recurso interpuesto por MACHER MOTOR, S.L.

Primero, la Audiencia Provincial de las Palmas acuerda reducir la indemnización concedida en concepto de clientela a la cantidad de 60.372,31 euros. En segundo lugar reduce la cantidad en concepto de comisiones devengadas y no pagadas a 3.812,13 euros.

NIFUER MOTOR, S.L., interpuso el 17 de junio de 2009 recurso de casación ante el TS. Los motivos del recurso de casación invocados fueron:

- Infracción de los arts. 12.1 y 13.1.a) y b) de la Ley 12/92 (RCL 1992, 1216) , del Contrato de Agencia.
- Infracción del art. 28 de la Ley de Contrato de Agencia en relación con el art. 1203.3º del Código Civil (la equidad no es aplicable al presente supuesto respecto al parámetro que supone al duración del contrato, en relación con el instituto de la subrogación).
- Infracción del art. de la LEC , por cuanto la sentencia recurrida invierte la carga de la prueba
- Infracción del art. 208.2, 216 y 217 de la LEC .

La Sala primera del TS decidió finalmente no admitir el recurso de casación interpuesto, a excepción de lo establecido en su motivo segundo: la aplicación de la equidad respecto a la duración del contrato de agencia.

La equidad como justificación de la procedencia de la indemnización por clientela

En su sentencia, la Sala primera del TS entra a valorar, en el único motivo admitido en casación, si cabe recurrir a la equidad no sólo para apreciar la procedencia de la indemnización por clientela en un contrato de agencia, sino también para cuantificarla. En este caso en concreto, para reducir la indemnización concedida en primera instancia.

El TS menciona el artículo 3.2 del CC⁴ y el artículo 28 de la LCA⁵, indicando como el legislador no cuantifica la indemnización por clientela, ni suministra los parámetros para su cuantificación, sino que se limita a establecer un tope máximo, en el apartado 3 del artículo 28 de la LCA⁶.

Asimismo, el TS confirma cómo el juicio de equidad en la determinación de la procedencia de la indemnización por clientela previsto en el apartado 1 del artículo 28.1 LCA debe alcanzar también a la fijación de su importe, sin perjuicio de que, en todo caso, deba respetar el límite legal contenido en el apartado 3.

Concluye finalmente que el juicio de equidad realizado por la Audiencia Provincial es correcto, y desestima por tanto el recurso de casación.

Consideraciones finales

De la lectura del apartado 1 del artículo 28 LCA se deduce claramente que el juez deberá recurrir a la equidad para determinar si procede o no acordar la indemnización por clientela.

Pero lo que no se dice expresamente, y es a lo que se intenta aferrar la recurrente, es que la equidad deba utilizarse también para la cuantificación del importe de la indemnización. Más concretamente, lo que la recurrente en este caso sostiene es que el juez no puede moderar –o modular– el importe de la indemnización en función de la duración de la relación entre el agente y su principal. Pues bien, tal argumento es rechazado de plano por el TS.

El recurso a la valoración de equidad también es procedente –necesaria incluso– en relación con la cuantificación del importe de la indemnización. En efecto, véase cómo el apartado tercero del artículo 28 LCA se limita a establecer un tope máximo para el cálculo de la indemnización.

Ello equivale a decir que la fijación de dicho importe máximo no es ni mucho menos una consecuencia automática del hecho de aceptar la procedencia de la indemnización. Al contrario, el juez tiene libertad para establecer la cantidad que estime conveniente siempre que no rebase dicho tope legal, para lo cual deberá recurrir –por mandato legal (principio de interpretación sistemática)– al criterio de equidad conforme a lo recogido en el apartado primero del mismo artículo.

En este sentido, deberá realizar una ponderación de todas las circunstancias concurrentes para proceder a la cuantificación definitiva de la compensación. Y ciertamente la duración de la relación contractual no solo es una de ellas, sino que incluso debe ser una circunstancia cualificada.

En efecto, qué duda cabe que, *ceteris paribus*, una relación que haya desplegado sus efectos durante varios años, no solo es susceptible de generar mayores beneficios en el futuro para el principal que una que tan solo haya durado unos cuantos meses, sino que presupone, además, la realización de unos esfuerzos de promoción de los productos y/o servicios del principal mucho mayores por parte del agente.

Sin embargo, lo cierto es que la metodología de cálculo recogida en el apartado tercero del artículo 28 LCA es idéntica en los dos casos (en ambos, el juez debe analizar las comisiones percibidas por el agente).

En nuestra opinión ello no solo autoriza a tener en cuenta en la ponderación la duración de la relación contractual, como señala el TS en la sentencia analizada, sino que resulta incluso en una obligación para el correcto cálculo del importe de la indemnización final.

³ Ley 12/92 (RCL 1992, 1216) del Contrato de agencia.

⁴ “La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”.

⁵ “Cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran”.

⁶ “La indemnización no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el periodo de duración del contrato, si este fuese inferior.”

4. DERECHO CONCURSAL

TEMAS ACTUALES

Regulado el seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales. Por Juan Ignacio Fernández Aguado.

El Consejo de Ministros ha aprobado un Real Decreto por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales, para cubrir la responsabilidad en la que puedan incurrir en el ejercicio de su función.

El Real Decreto es consecuencia de la modificación operada en el artículo 29 de la Ley Concursal tras su reforma, en octubre de 2011, por la que se introdujo la exigencia de que el administrador concursal disponga de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente para responder de su obligación de indemnizar al deudor o a los acreedores por los daños que pueda causar a la masa activa por los actos u omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia.

En este momento se encuentra pendiente de publicación en el BOE, por lo que será objeto de análisis en el próximo Boletín.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

Junta general de la sociedad concursada y determinación de su presidencia. (STS 24 de abril de 2012). Por Juan Ignacio Fernández Aguado.

La sentencia que ahora comentamos determina el alcance que deba atribuirse a la suspensión al deudor del ejercicio de las facultades de administración y disposición de su patrimonio.

El supuesto que analiza se centra en la impugnación de una Junta General de Accionistas de AFINSA BIENES TANGIBLES, S.A., en la que la Administración Concursal, en contra de lo acordado por los accionistas, imponen quienes deban ser el Presidente y Secretario de la Junta sobre la base del acuerdo judicial de suspensión de las facultades del concursado de administración y disposición sobre su patrimonio.

En primera instancia, el Juzgado de lo Mercantil desestimó la demanda de impugnación, la cual fue revocada en apelación, al estimar en parte la demanda y declarar la nulidad de la Junta. El TS desestima el recurso interpuesto por la Administración Concursal.

El motivo único del recurso de casación se fundamentó en que en los supuestos de suspensión, si bien los órganos sociales subsisten, carecen de facultades efectivas, al estar atribuidas a la Administración Concursal.

Frente a este razonamiento, el Alto Tribunal concluye de la interpretación conjunta de los artículos 48.1 y 40.6 de la Ley Concursal que la suspensión no afecta al regular funcionamiento de los órganos sociales y, singularmente, de la Junta General que no desarrolla funciones de administración ni actos de disposición por lo que no se justifica la imposición llevada a cabo por la Administración Concursal. Más aún, la suspensión de facultades, puntualiza el TS, quedan referidas a la administración y disposición sobre bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso, pero en el proceso de formación de la voluntad de los órganos colegiados la Administración Concursal tan solo tiene atribuidos derechos de asistencia y voz.

Esta interpretación se ve reforzada, concluye la sentencia, con el rechazo en el iter parlamentario de una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista que pretendía atribuir a los administradores judiciales (concursoales) la presidencia de las juntas o asambleas de la concursada, e igualmente en la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que al modificar el artículo 48 de la Ley Concursal, delimita con mayor detalle las facultades de la Administración Concursal ante los órganos de la persona jurídica deudora, sin perjuicio de que los acuerdos de la junta que puedan tener contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso, requerirán para su eficacia de la autorización o confirmación de la administración concursal.

Resolución de contratos de tracto sucesivo. (STS de 21 de marzo de 2012). Por Montserrat Gelabert García.

La STS 145/2012, de 21 de marzo de 2012, estima la demanda interpuesta por IBERDROLA, reconociendo que el crédito por facturas anteriores a la declaración de concurso que resultaron impagadas, han de considerarse como crédito contra la masa.

Un análisis preliminar de la Sentencia, puede inducir al error de pensar que el TS ha establecido que los créditos derivados de un contrato de suministro, ya sean anteriores o posteriores a la fecha de declaración del concurso, han de clasificarse como créditos contra la masa.

Sin embargo, el análisis del supuesto en cuestión no permite sostener la teoría, que con gran rapidez ha sido acogida por las empresas de suministros a la hora de realizar sus comunicaciones de créditos, de que cualquier crédito derivado de un contrato de tracto sucesivo que continúa en vigor tras la declaración de concurso es un crédito contra la masa.

El supuesto de hecho de la Sentencia se basa en la premisa de que los créditos derivados de un contrato cuyo mantenimiento se impone por el Juez Mercantil, por considerar que el mismo resulta de interés para el concurso impidiendo así su resolución a instancia del suministrador, al amparo de lo dispuesto en el art. 62.3 LC, sí merecen la clasificación de créditos contra la masa.

Lo que produce la modificación del crédito inicialmente concursal en un crédito contra la masa, es una decisión judicial de mantener un contrato en contra de la voluntad de resolverlo de un tercero, que merece por tanto la concesión de unas "garantías" para el cobro de su deuda.

Entiende el TS que dicha clasificación como crédito contra la masa se sostiene sobre dos artículos de la Ley Concursal:

- Por un lado, para el caso de que se conceda la resolución concursal, el art. 62.4 LC sí distingue la diferente clasificación entre los créditos anteriores o posteriores a la declaración de concurso; cosa que no establece el art. 62.3 LC para el caso de que se obligue al tercero a continuar prestando sus servicios en beneficio del concurso.
- Por otro, por analogía con los supuestos de rehabilitación de contratos de préstamo, crédito y adquisición de bienes con precio aplazado y de enervación del desahucio en arrendamientos urbanos, previstos en los art. 68 a 70 LC.

Estamos por tanto ante una Sentencia de gran trascendencia de cara al futuro de los contratos de tracto sucesivo en el concurso, sobre todo de suministros, toda vez que en la práctica, la Sentencia posibilitará a las compañías suministradoras que sean esenciales para el concursado, convertir los créditos anteriores a la declaración de concurso en créditos contra la masa, ya que bastará para ello presentar una demanda de resolución del contrato obligando al Juez de lo Mercantil a acordar su continuidad.

Condena de administrador social en la pieza de calificación, por la tardía solicitud del concurso, como presunción iuris tantum de agravación dolosa o culposa de la insolvencia. (STS de 20 de junio de 2012). Por Alfonso Díez de Revenga Ruiz.

La reciente STS de 20 de junio de 2012, ha resuelto, interpretando el sentido de una de las presunciones de culpabilidad concursal más frecuentes, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por el administrador social de SUN INFOMEDIA, S.L. en impugnación de una sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca relativa a la pieza de calificación de concurso de dicha sociedad. Con este pronunciamiento nuestro Alto Tribunal amplía de nuevo el, cada vez más nutrido, catálogo de resoluciones en materia concursal.

Como antecedentes se debe tener en cuenta que la sentencia impugnada de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, vino a revocar, a su vez, una resolución del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Palma de Mallorca, desestimatoria de la culpabilidad pretendida por el administrador concursal de SUN INFOMEDIA, S.L., modificando el fallo de dicha sentencia de instancia en el sentido de calificar el concurso como culpable y de condenar al administrador social (liquidador mercantil, en puridad) de la concursada al resarcimiento a la masa activa para poder pagar la totalidad de los créditos en la liquidación, así como a la inhabilitación para administrar bienes ajenos durante dos años.

Frente a este fallo, se alzó el administrador social de SUN INFOMEDIA, S.L. alegando principalmente dos motivos:

- En primer lugar y en atención a que la condena de apelación se cimentaba en la presunción iuris tantum de culpabilidad del artículo 165 de la Ley Concursal -por haber solicitado tardíamente el concurso- el administrador social argumentó que la presunción contenida en dicha norma sólo hacía referencia a la existencia del dolo o culpa grave, pero no la propia generación o agravación del estado de insolvencia y que la realidad del comportamiento causante de aquel efecto debía haber sido probada por la administración concursal, sustentando además el recurso sobre la infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto de la carga de la prueba que corresponde al demandante.
- El segundo de los motivos tenía por objeto la denuncia de la infracción de las reglas sobre exhaustividad y sobre motivación de las sentencias del artículo 218 LEC y, en especial, la falta de motivación con respecto a la condena a cumplir las deudas sociales en el caso previsto por el artículo 172, apartado 3 de la LC.

Frente a esta motivación, la Sala interpreta sistemáticamente la norma contenida en el artículo 165 LC, en relación con el resto de las disposiciones generales de su Título VI, (sobre la calificación del concurso), complementando la dicción, algo desafortunada e incompleta, del comienzo del artículo 165 de la Ley en el que se dispone que "*Se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en*

contrario, cuando el deudor..." sin mencionar expresamente que dicho dolo o culpa grave lo es en la "generación o agravación de la insolvencia".

Reproduce para ello el Alto Tribunal, la argumentación que ya utilizó en las sentencia 614/2011, de 17 de noviembre y en 298/2012, de 21 de mayo, señalando que el artículo 165 de la Ley Concursal constituye *"una norma complementaria de la del artículo 164, apartado 1"* y *"que aquella norma contiene la presunción"* iuris tantum *"de la concurrencia de culpa grave o dolo, no en abstracto, sino como componente subjetivo integrado en el comportamiento a que se refiere el apartado 1 del artículo 164, esto es, del que produjo o agravó la insolvencia"*. Y de esta manera, el TS concluye, desestimando el motivo del recurrente, que la Audiencia Provincial ha aplicado correctamente el artículo 164, apartado 1 de la Ley Concursal, sirviéndose para ello de la presunción legal que sanciona el 165, regla primera, del mismo texto, a partir de un sospechoso comportamiento de la deudora de retrasar injustificadamente la solicitud de ser declarada en concurso.

La sentencia además desestima, en parte, el segundo de los motivos ya que, aplicada la doctrina jurisprudencial de la Sala, no cabe decir que la calificación judicial del concurso de SUN INFOMEDIA, S.L. como culpable carezca de la necesaria motivación, dado que la Audiencia Provincial exteriorizó en medida suficiente el iter de su decisión. Solamente respecto a la específica condena del administrador en los términos previstos en el artículo 172, apartado 3, de la Ley Concursal y, dado que la misma no es una consecuencia necesaria de aquella calificación, se puede afirmar que la sentencia recurrida carece de la necesaria expresión de los criterios que motiva la condena, resultando una anulación parcial – y sólo respecto a este punto – de la sentencia de apelación y devolviendo a la Audiencia Provincial las actuaciones para que dicte nueva sentencia partiendo de la calificación culpable, pero esta vez con las causas de la imposición de la condena al resarcimiento de la masa activa.

Con todo ello podemos señalar que, con esta sentencia, el TS añade a su colección legislativa otro referente para la interpretación de la presunción iuris tantum en la calificación del concurso remarcando las nocivas consecuencias, para los administradores sociales, de una presentación extemporánea del expediente concursal.

Y por su significación debemos concluir que, como viene siendo habitual en los últimos años, -una vez han llegado a la Sala los primeros recursos de casación de la Ley de 2003- el TS, cumple aquí con su función nomofiláctica, e interpreta y complementa, una vez más, la normativa concursal, precisando el alcance de los preceptos que fijan la apreciación de la culpabilidad en el concurso de acreedores con esta doctrina que ya resulta reiterada en materia de calificación concursal y que ha alcanzado, por tanto, la condición de Jurisprudencia en el sentido estricto del término.

5. TEMAS DE ACTUALIDAD

Medidas Urgentes de Liberalización del Comercio y de Determinados Servicios. Por Beatriz Durán.

Con fecha 26 de mayo de 2012, se publicó en el BOE el Real-Decreto ley 19/2012, de 25 de mayo de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios (en adelante, el **"Real-Decreto Ley 19/2012"**), que entró en vigor al día siguiente de su publicación, esto es, el pasado 27 de mayo.

De conformidad con su exposición de motivos, el Real-Decreto Ley 19/2012 responde a una finalidad principal: la dinamización de determinadas actividades empresariales, especialmente, del comercio minorista, por considerar que este es una herramienta de promoción tanto del consumo como de la creación de empleo.

Cabe destacar que el tejido empresarial español se caracteriza, tal y como se señala en la exposición de motivos del Real-Decreto Ley 19/2012, por una presencia mayoritaria de pequeñas y medianas empresas, las cuales se enfrentan a un sinfín de requisitos y trámites administrativos para la obtención de las licencias necesarias para el desarrollo de su actividad.

El Real- Decreto Ley 19/2012 pretende facilitar la superación de las trabas que, desde un punto de vista administrativo, ralentizan el inicio de actividad a un gran número de empresas. Se trata de un problema que afecta especialmente al comercio minorista y que se intenta solucionar mediante la eliminación de determinados requisitos, tales como la obtención de una licencia de apertura o actividad.

El Real-Decreto Ley 19/2012 sustituye el requisito de obtener estas licencias previas al inicio y desarrollo de las actividades sujetas a su ámbito de aplicación, por la emisión de una declaración

responsable o comunicación previa, unida al pago del tributo correspondiente, en los casos en los que éste sea preceptivo. Dicha declaración o comunicación deberá contener y referirse al cumplimiento de los requisitos que resulten exigibles para la apertura del local que en cada momento se encuentren vigentes).

Como consecuencia de la sustitución de las licencias por un régimen de declaración responsable, se faculta a las entidades locales a regular los procedimientos posteriores de comprobación de las circunstancias contenidas en la declaración.

La conexión entre el contenido del Real-Decreto Ley 19/2012 y el comercio minorista puede materializarse en los límites que se establecen a su ámbito de aplicación, los cuales, de una parte se refieren a la actividad desarrollada, y de otra, a la superficie en la que se desarrollen.

En concreto, las actividades incluidas en el ámbito de aplicación de este Real-decreto Ley 19/2012 son las que se detallan en el Anexo al mismo, entre las que se encuentran las siguientes:

- Industria del calzado, vestido y otras confecciones textiles;
- Comercio al por menor de productos alimenticios, bebidas y tabaco realizado en establecimientos permanentes;
- Comercio al por menor de productos industriales no alimenticios realizado en establecimientos permanentes;
- Reparaciones;
- Actividades anexas a los transportes;
- Auxiliares financieros y de seguros, así como actividades inmobiliarias;
- Alquiler de bienes inmuebles;
- Servicios personales, tales como tintorerías, servicios de limpieza, peluquerías o servicios fotográficos, entre otros.

En cuanto a la limitación por superficie, el Real Decreto – Ley limita su aplicación a los locales en los que se desarrollen están actividades que no superen los 300 m² de superficie de venta y exposición al público.

Quedan exceptuadas del ámbito de aplicación del Real-Decreto Ley 19/2012 aquellas actividades que se desarrollen en establecimientos que tengan un impacto patrimonio histórico-artístico o de dominio público.

Asimismo, cabe destacar que se establece la facultad de que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas puedan ampliar el catálogo de actividades incluido en el Anexo del Real-Decreto Ley 19/2012, así como la superficie cuyo umbral no se pueda superar.

Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Por Mariano Yzquierdo.

Dimos noticia en nuestro Boletín nº 9 del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, que suponía una transposición tardía al Derecho español de la Directiva 2008/52/CE. Un retraso que viene agravado por la 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. Si ahora, pocos meses después, damos noticia de la Ley 5/2012 es porque, como puede leerse en su Preámbulo, el recurso a la figura del Real Decreto-ley vino justificado precisamente por el propio retraso en la transposición. Pero se trataba de una normativa que debía contar con el rango normativo oportuno en nuestro ordenamiento.

La 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). El Real Decreto 5/2012 había 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. Esta limitación tampoco existe en la nueva Ley.

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 esta ley 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 exige, cosa que no hacía el Real Decreto, ser titulado universitario, pero sí tener asegurada la responsabilidad civil por medio de la correspondiente póliza de seguro). 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 tanto el Real Decreto como ahora la Ley prefieren 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). Para ello, el art. 25 prevé el oportuno procedimiento de formalización ante Notario del acuerdo alcanzado.

El tiempo dirá, en fin, si el deseado procedimiento de mediación contribuye a descongestionar en parte la exasperante situación en la que se encuentran tantos Juzgados de nuestro país.

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



También puede descargar este boletín en formato PDF.

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

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

CMS Albiñana & Suárez de Lezo

Génova, 27

28004 Madrid

España

T: (34) 91 451 93 00

F: (34) 91 442 60 45

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