

Your World First



BOLETÍN MERCANTIL Nº 15

Octubre – Diciembre 2013

SUMARIO

1. DOCTRINA

2. DERECHO SOCIETARIO

3. DERECHO BANCARIO Y DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

- Mercados financieros
- Mercado de Valores

4. CONTRATOS MERCANTILES

5. DERECHO DE LA COMPETENCIA

6. TEMAS DE ACTUALIDAD

7. ABREVIATURAS

1.- Doctrina

- Aprobación de la Ley de Cajas de Ahorros y Fundaciones bancarias. Andrés Recalde
- Aprobación de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. Javier Torre de Silva

2.- Derecho Societario

TEMAS ACTUALES

- Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Fco. Javier Arias Varona.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- La protección del derecho de suscripción preferente en la operación acordeón. RDGRN 29 de noviembre de 2013. José María Rojí.
- Prohibición del ejercicio del derecho de voto en caso de conflicto de intereses de los socios. (Comentarios a las Sentencias de la AP Barcelona de 28 y 30 de octubre de 2013). Ángel Ruiz Camacho.
- El desembolso de aportaciones dinerarias a una sociedad limitada en un aumento de capital (DGRN de 7 de noviembre de 2013). Pablo Aldama.
- Junta general de SRL. Presencia notarial requerida por un socio: consecuencias de su falta. STS 13/11/13. Andrés Álvarez Sala.
- Resolución de la DGRN de 7 octubre sobre quorum de constitución del consejo de administración. Javier Leyva.
- Responsabilidad de los administradores por deudas societarias (STS 4932/2013 de 14 de octubre). Marta González Araña.
- Consecuencias del ejercicio de una acción de responsabilidad de administradores para sus herederos. STS de 15 de octubre de 2013. Juan Pablo Correa.
- Acumulación procesal de la acción de cumplimiento contractual dirigida contra una sociedad y de la acción de responsabilidad por deudas contra los administradores (STS 23.5.2013, Ponente R. Saraza). Javier Mendieta / Luis Vidal.

3.- Derecho bancario y de los mercados financieros

TEMAS ACTUALES

A) MERCADOS FINANCIEROS

- Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras. Beltán Gómez de Zayas.
- Circular 6/2013, de 25 de septiembre, de la CNMV, sobre normas contables, cuentas anuales, estados financieros públicos y estados reservados de información estadística de los Fondos de Activos Bancarios. Fernando García.
- Proyecto de Circular del Banco de España a las entidades de crédito y sociedades y servicios de tasación homologados, por la que se modifican la Circular 7/2010, de 30 de noviembre; la Circular 3/1998, de 27 de enero y la Circular 4/2004, de 22 de diciembre. Fernando García.

B) MERCADO DE VALORES

- Directiva 2013/50/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013. Luis Miguel de Dios
- Circular 7/2013, de 25 de septiembre, de la CNMV, por la que se regula el procedimiento de resolución de reclamaciones y quejas contra empresas que prestan servicios de inversión y de atención a consultas en el ámbito del mercado de valores. Fernando Revuelta.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia de 29 de octubre de 2013 de la Sala de lo Civil Sección Primera del Tribunal Supremo sobre nulidad de swaps. Jacobo Otero.

4.- Contratos Mercantiles

- Seguros de afianzamiento de las cantidades entregadas para la construcción de viviendas. Comentario a la STS de 13 de septiembre de 2013. Rafael Sáez.
- Cálculo de intereses de demora en el pago de indemnizaciones por las compañías aseguradoras. Comentario sobre la STS de 6 de noviembre de 2013. Rafael Sáez.
- ¿Operador logístico, distribuidor o agente comercial? Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Octubre de 2013. Fco. Javier Arias Varona.

5.- Derecho de la Competencia

- La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de septiembre de 2013: el inicio del cómputo de la prescripción de las acciones de daños por infracciones de competencia. Aída Oviedo.
- Interpretación extensiva del concepto legal de cartel. Comentario a STS de 6 de noviembre de 2013. Clara

Lombao Gracia.

- Reglamento de Ejecución (UE) no 1269/2013 de la Comisión, de 5 de diciembre de 2013, por el que se modifica el Reglamento (CE) no 802/2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas. Ángeles Jiménez.

6.- Temas de actualidad

- Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre Beatriz Durán.

7.- Abreviaturas

1.- Doctrina

Aprobación de la ley de cajas de ahorro y fundaciones bancarias. Andrés Recalde.

Introducción: de la crisis a la ley de cajas

Después de una larga y procelosa tramitación, el pasado 28 de diciembre se publicó en el BOE la ley 26/2013, de cajas de ahorro y fundaciones bancarias. Con ella se da tardío cumplimiento a uno de los compromisos que el Memorandum de Entendimiento (MoU) impuso el 20 de julio de 2012 al Reino de España, como condición para obtener las ayudas financieras para el salvamento de entidades de crédito y evitar el "rescate" del Estado.

Es bien conocido que los clientes de las cajas de ahorro y las mismas cajas han resultado las víctimas más importantes de la crisis. De ser uno de los principales actores financieros, prácticamente han desaparecido del escenario de las entidades de crédito. En la actualidad dos cajas locales muy pequeñas (la de Ontenent y la de Pollensa) son las únicas supervivientes que siguen desarrollando el negocio bancario de manera directa. Todas las demás se vieron inmersas en procesos de fusión (a través de los Sistemas Institucionales de Protección) y de transformación en fundaciones que eran titulares del capital de las sociedades anónimas a través de las que se realizaba el negocio bancario. Esto les permitió, en algunos casos, subsistir como ejercientes indirectos de la actividad de crédito, aunque, en una parte importante de los casos -las entidades con más graves problemas de solvencia-, el proceso terminó con su intervención por el FROB, el gasto de enormes recursos públicos, y su transmisión a otras entidades o, en su caso, su entrada en procesos de reestructuración de futuro aún incierto.

De manera generalizada el fracaso de las cajas de ahorro se atribuye, por un lado, al abandono del modelo tradicional de negocio que realizaban y, por otro, a un sistema de gobierno, que facilitaba la interferencia en la gestión de intereses ajenos a los de la entidad.

Lo que históricamente había caracterizado a estas entidades fue la labor social que realizaban, facilitando el acceso de las clases menos pudientes a sistemas seguros y relativamente rentables de depósitos de numerario y, posteriormente, en conjunción con su fusión con los montes de piedad, a un mercado de crédito en situación relativamente ventajosa para esas clases sociales. Se ha dicho con razón que estas funciones las satisfacían con éxito a través de la mutualización de su actividad y de la prudencia que presidía el desarrollo de su negocio. A su prestigio contribuyó, en efecto, una gestión conservadora, apegada al territorio del entorno y a las personas. La cercanía de los empleados de las cajas, directores de las sucursales e, incluso, cargos medios con los clientes les permitía conocer de manera certera su solvencia y las necesidades en cada zona.

En España este modelo decae en las dos últimas décadas del siglo pasado, a lo que contribuyó un cambio regulatorio de carácter liberalizador. Nos referimos a la equiparación funcional y legal de las cajas con los bancos en el RD 2290/1977, de 27 de agosto. Pero a ese fracaso contribuyeron también otros factores relacionados con la especial naturaleza de las entidades, las lagunas desde la perspectiva de su financiación, los déficits en el modelo de gobierno y el sistema de distribución de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En efecto, el Tribunal Constitucional interpretó que las cajas debían estar sometidas al control del Banco de España, pero también al de los gobiernos de las Comunidades Autónomas.

Las sucesivas reformas legales destinadas a facilitarles, en un entorno cada vez más competitivo, la obtención de recursos financieros a través de cuotas participativas se mostraron insuficientes, cuando no fueron directamente rechazadas por los gestores de las cajas, quizá por temor al riesgo de un cierto control externo que podrían experimentar. A ello debe añadirse la fuerte injerencia de las autoridades políticas autonómicas, provinciales o locales en su gestión, que a menudo las utilizaban como una particular "banca pública", así como por los lazos

estrechos y los intereses comunes entre las cajas y los principales sectores empresariales regionales (muy abocados en los últimos 15 años hacia el negocio inmobiliario y la construcción y gestión de la obra pública). Estos ingredientes dieron lugar a un cóctel, cuya explosión desencadenaría la crisis financiera mundial. Con la crisis de las entidades financieras de otros países la de las cajas de ahorro españolas tiene elementos en común (endeudamiento, créditos tóxicos, comercialización de derivados y otros productos que conducen a trasladar el riesgo de la entidad a los clientes). Pero hay otros que son específicos.

El importante número de normas aprobadas en forma de Reales-Decretos leyes desde 2009 hasta 2012, que tuvieron una incidencia especial en el sector de las cajas de ahorro, no fueron capaces de hacer frente a una realidad que, finalmente, terminaría por desembocar en la situación apuntada al inicio de práctica desaparición de estas entidades del panorama bancario español.

En todo caso, los fallos en la estructura de gestión de las cajas, también incidían en las fundaciones especiales a través de las cuales las antiguas cajas, mediante su participación en el capital de bancos creados ad hoc, realizaban indirectamente su negocio. Por esta razón, las restricciones que impuso el MoU a la realización directa del negocio bancario por las cajas, se extendían a su participación mayoritaria en el capital de los Bancos que desarrollaran la actividad. En respuesta a estas exigencias se ha aprobado la ley 26/2013, que aquí se comenta.

El objeto del proyecto de Ley, las objeciones del consejo de estado y su tramitación

La Ley regula las cajas de ahorro (las dos subsistentes o las que pudieran constituirse en el futuro) y las fundaciones bancarias en que han devenido las antiguas cajas de ahorro y que ahora realizan su negocio tradicional a través de bancos en cuyo capital participan. Las reglas que se establecen en materia de gobierno corporativo son en buena medida similares. Pero, como es comprensible en función de su importancia económica, el centro de la discusión debe situarse en las fundaciones bancarias a las que se les imponen reglas adicionales tanto en relación con su estructura de gobierno, como en materia de financiación. Estas diferencias regulatorias respecto de otros "propietarios" de bancos son las que han merecido mayores objeciones por parte de las antiguas cajas. Al amparo de las observaciones del importante dictamen que formuló el Consejo de Estado en relación con el proyecto de ley el 30 de mayo del año pasado, las cajas destacaron en el Proyecto algunos fallos en el régimen proyectado desde la perspectiva del derecho de propiedad, los límites a la libertad de empresa o el principio de igualdad.

En efecto el dictamen del Consejo de estado destacaban la *"excesiva rigurosidad de algunas determinadas medidas, en relación con "su eventual proyección sobre el ejercicio de derechos como el de propiedad (artículo 33 de la Constitución) o de la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución) sin tomar en consideración el principio de proporcionalidad (artículos 1.1, 103.1 y 106.1 de la Constitución), y (apuntaba) a una diferenciación en el régimen jurídico aplicable a entidades bancarias que compiten en el mercado entre sí que no tiene fácil justificación, pues el único elemento diferenciador es el relativo a su origen (si nacieron como caja de ahorros o no). Tales cuestiones se refieren esencialmente a los requisitos de los patronos de las fundaciones bancarias, al régimen aplicable a las ampliaciones de la participación de las fundaciones bancarias con control de una entidad de crédito y al régimen de mayorías aplicable a la distribución de dividendos en las entidades de crédito controladas por una fundación bancaria"*.

No obstante, el proyecto siguió su tramitación y sólo experimentó alguna modificación puntual, que en buena medida se explicaba como resultado de la tensión entre la intención del gobierno de alcanzar una normativa que respetará estrictamente las exigencias del MoU, y las pretensiones de los gestores de las cajas supervivientes (como bancos), que alegaban el desempeño en el pasado de una gestión prudente y ordenada y que no querían que en el futuro su actividad se viera obstaculizada, cuando no había, decían, justificación alguna para un tratamiento discriminatorio.

Actividad y gobierno de las cajas de ahorro

Como se ha indicado, la ley se ocupa, en primer lugar, de las cajas de ahorro, de su actividad y de su estructura de gobierno. Destaca ante todo el objetivo que informa la ley que es el del retorno al modelo tradicional de la actividad financiera de las cajas que atiende a su vinculación con las necesidades de los clientes minoristas y las pequeñas y medianas empresas del entorno geográfico. Por esta razón se prevé que las cajas deberán circunscribirse a la captación de depósitos y a la concesión de préstamos limitada al ámbito de una comunidad autónoma o las provincias limítrofes a esta. De igual manera se impide de manera expresa que las cajas adquieran un tamaño que las lleve a tener carácter sistémico. Las que crezcan por encima de los límites permitidos perderán su licencia bancaria, deberán transmitir su actividad financiera a una entidad de crédito y habrán de transformarse en fundaciones bancarias.

Desde el punto de vista de su estructura orgánica, el objetivo buscado es garantizar la profesionalidad de los componentes de sus órganos de gobierno. En particular, se impone que la totalidad de los miembros del consejo de administración de la caja, y no solo la mayoría como se exigía antes, tengan conocimientos y experiencia específicos para el ejercicio de sus funciones. De igual manera, al objetivo de reducir el riesgo de injerencia política en las decisiones de las cajas, se reduce la presencia de personas en representación de las administraciones públicas locales, provinciales o autonómicas se reduzca notablemente. En aras de esa misma profesionalidad en la

gestión se reclama también la presencia de un determinado número de consejeros independientes. Como siempre ocurre (tanto en el sector público como privado) con los consejeros que se califican de "independientes", el problema es el del establecimiento de instrumentos que garanticen esa independencia.

Fundaciones bancarias

La importancia económica de las fundaciones bancarias, es decir, las antiguas cajas que aún perviven como titulares de participaciones en el capital de bancos, es, sin duda, muy superior. Estas aún constituyen un actor importante en el sector financiero español. Las exigencias del MoU en este ámbito eran de dos órdenes: por un lado, se referían a su estructura orgánica, y aquí, como se ha apuntado, es fácil percibir el reclamo de exigencias paralelas a las establecidas para las cajas de ahorro. Pero, por otro lado, en la línea de lo que sucedió en la reforma del régimen de las cajas de ahorro en otros países (p. ej. Italia) y que condujo a su dilución como empresas de crédito, los condicionamientos y restricciones se habían de referir tanto al ejercicio directo de la actividad como a la titularidad dominical y control de bancos. En efecto, entre las previsiones del MoU se incluía la obligación a las fundaciones/cajas de ahorro de deshacer sus posiciones de control mayoritario en bancos, lo que ha constituido uno de los principales "caballos de batalla" en el curso de la elaboración de la ley. En todo caso, al margen de las implicaciones estrictamente relacionadas con la regulación financiera, no debería olvidarse las consecuencias que podría tener para la economía en general la imposición de la obligación de venta en un plazo breve de esas participaciones en algunos de los bancos más importantes del país.

Las fundaciones bancarias se definen como las fundaciones (especiales u ordinarias) que tienen un porcentaje de al menos el diez por ciento de participación en un banco. Tal calificación conduce a aplicar la normativa específica prevista para estas entidades. La adquisición de la condición de fundación bancaria se consecuencia de la transformación de una caja de ahorros o de una fundación ordinaria. Las primeras se producirán cuando una caja de ahorros crezca por encima de los límites permitidos por la Ley y en el supuesto de cajas que a la entrada en vigor de la Ley estén ejerciendo su actividad financiera a través de un banco. Una vez que estas cajas no ejercen actividad financiera y centran sus funciones en la obra social, no hay razón para que conserven la licencia bancaria. Las fundaciones ordinarias se transformarán en fundación bancaria cuando adquieran el porcentaje del diez por ciento de participación en un banco.

Las normas que regulan los órganos de gobierno de las fundaciones bancarias, el régimen de participación de la fundación bancaria en la entidad de crédito, así como las obligaciones en materia de gobierno corporativo y transparencia pretenden garantizar que todos los que intervengan en el sistema crediticio español actúen con profesionalidad, independencia, transparencia y eficiencia, sin que se ponga en peligro la solvencia de las entidades en las que participan. De ahí que las obligaciones en relación con las reglas aplicables a los órganos de gobierno de la fundación bancaria (patronato, comisiones delegadas de este que prevean los estatutos, director general y demás órganos delegados o apoderados) no difieran de manera importante de las establecidas para las cajas de ahorro, incluida su sometimiento a la supervisión del Banco de España. Dada la trascendencia mediática que la cuestión tuvo, cabe destacar que el presidente del patronato, a quien corresponde la más alta representación de la fundación bancaria, no puede coincidir con el cargo de director general.

Sin embargo se prevé la aplicación escalonada de otras obligaciones que se imponen a las fundaciones bancarias. En efecto sólo aquellas fundaciones con una participación en una entidad de crédito que sea igual o superior al 30 por ciento o que les permita el control de esa participación, de acuerdo con los criterios establecidos en el art. 42 Ccom, están obligadas a elaborar el protocolo de gestión que se prevé para exponer los elementos esenciales de las relaciones entre la fundación bancaria y la entidad de crédito (incluidos los criterios de elección de consejeros y operaciones vinculadas entre la fundación bancaria y la entidad participada), así como el plan financiero que deberá definir cómo la fundación bancaria hará frente a las necesidades de financiación que pudiera requerir la entidad de crédito. Este plan de financiación debe presentarse al Banco de España en 3 meses desde la constitución de la fundación bancaria, quien lo valorará en atención a la posible influencia de la fundación bancaria en la gestión de la entidad de crédito.

El mayor grado de intervención recae sobre las fundaciones bancarias que ostenten posiciones de control sobre una entidad de crédito o que tengan participaciones superiores al 50 por ciento. El plan financiero que elaboren estas entidades deberá incluir un plan que garantice la diversificación de sus inversiones al objeto de minimizar riesgos. Estas fundaciones bancarias deberán constituir también un fondo de reserva que garantice la financiación de la entidad de crédito participada en situaciones de dificultades, con el fin de hacer frente a posibles necesidades de recursos propios de la entidad de crédito participada, que no puedan ser cubiertas con otros recursos, cuando, a juicio del Banco de España, se pudiera poner en peligro el cumplimiento de sus obligaciones. La ley no obliga a la constitución inmediata y automática de este fondo de reserva. Se limita a prever que el plan financiero debe incluir un calendario de dotaciones mínimas al fondo, hasta alcanzar el volumen que determinará el Banco de España en función de varios criterios: necesidad de recursos propios prevista en el plan financiero, valor de los activos ponderados por riesgo de la entidad participada y volumen de la participación de la fundación bancaria en la entidad de crédito, si las acciones de la entidad están admitidas a negociación en un mercado secundario oficial (con lo que ello supone de liquidez), o nivel de concentración en el sector financiero de la fundación bancaria. La utilización de ese fondo de reserva para atender a las necesidades de solvencia de la entidad participada dependerá de la decisión del Banco de España.

Este es uno de los principales elementos que pueden distorsionar el funcionamiento de las fundaciones bancarias. Pero la ley prevé la exoneración del deber de constituir ese fondo de reserva del que podrán beneficiarse las fundaciones que incluyan en su plan financiero un programa de desinversión que conduzca a reducir la participación de la fundación en la entidad de crédito por debajo del nivel señalado del 50 por ciento. Este plan tendrá carácter reservado y debe ser aprobado por el Banco de España, quien supervisará su cumplimiento. El plan de desinversión puede venir también impuesto por el Banco de España cuando la fundación bancaria no elabore el plan financiero, o cuando este sea insuficiente para garantizar la gestión sana y prudente de la entidad de crédito o su capacidad para cumplir de manera duradera las normas de ordenación y disciplina.

Con el objetivo de impedir que las fundaciones bancarias al menos no incrementen su participación en las entidades de crédito, se establece que aquellas no podrán ejercer los derechos políticos correspondientes a los valores suscritos en casos de aumentos de capital en una entidad de crédito participada, salvo cuando el Banco de España lo exceptúe porque la entidad bancaria participada se halle un proceso de actuación temprana, reestructuración o resolución de acuerdo con lo previsto en la Ley 9/2012.

En fin, la distribución de dividendos por parte de la entidad de crédito participada debe ser aprobada por una mayoría reforzada de al menos dos tercios del capital presente o representado en la junta general de la fundación. Esto constituye, por tanto, un nuevo factor tendencialmente restrictivo al ejercicio del poder de decisión por parte de las fundaciones bancarias en relación con la gestión de las entidades de crédito en que participen.

Conclusión

La exposición de motivos de la ley declara que el conjunto de medidas incluido en ella pretende que el proceso de reestructuración del sistema financiero español concluya en un período de tiempo razonable. Ese fin de la "reestructuración del sistema financiero" se vincula, por tanto, a una importante aminoración del control sobre las entidades de crédito, que aún conservan las cajas de ahorro que han sobrevivido. La nueva normativa sigue generando cierto recelo fundamentalmente en relación con la composición de los órganos de gobierno de las fundaciones bancarias. Sin embargo, la limitación de sus facultades de decisión, las trabas y exigencias suplementarias que sufren y los fuertes incentivos a la desinversión y a la reducción de su participación en entidades bancarias, permiten predecir un escenario en el que su papel de agentes, siquiera indirectos, del sistema financiero vaya a verse aún más aminorado en el futuro.

Sin embargo, no pueden desconocerse ni despreciarse los efectos que los procesos de desinversión que se promueven pueden tener sobre entidades fundamentales en el sistema económico español (con indiscutible riesgo de la transmisión de esas participaciones a manos de otros países), ni sobre nuevos efectos que pueden producirse, como es el previsible incremento de la participación de las fundaciones bancarias en otros sectores económicos, como consecuencia de realizar nuevas inversiones con los recursos que obtengan en el marco de los procesos de desinversión en el sector bancario.

Aprobación de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. Javier Torre de Silva

El 11 de diciembre de 2013 ha entrado en vigor la nueva Ley de Garantía de la Unidad de Mercado (en lo sucesivo, "LUM"). Esta Ley, junto con la "Ley Paraguas" (Ley 17/2009, de 23 de noviembre), constituye el nuevo núcleo del Derecho Administrativo económico.

Si hubiera que resumir el contenido esencial de ambas normas (tanto de la LUM como de la Ley Paraguas) en tan solo dos principios, habría que decir que, en primer lugar, establecen la garantía de la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios y la libre circulación de mercancías en todo el territorio nacional; y en segundo lugar, fijan los límites que deben respetar el Gobierno y la Administración a la hora de regular las actividades económicas.

La LUM tiene un ámbito de aplicación mucho más vasto que la Ley Paraguas. Ésta última se refería tan solo a la prestación de servicios y excluía de su ámbito sectores enteros, en particular los siguientes: el financiero, los servicios no económicos de interés general, los servicios y redes de comunicaciones electrónicas, el transporte, el trabajo temporal, los servicios sanitarios, los audiovisuales, las actividades de juego, las actividades que supongan el ejercicio de la autoridad pública, los servicios sociales y los servicios de seguridad privada. En cambio, la LUM tiene un ámbito prácticamente universal en las actividades económicas: "esta Ley será de aplicación al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional".

En cuanto al ámbito subjetivo de estas dos leyes, no puede ser más ambicioso, puesto que se aplica a todas las Administraciones públicas, incluidos el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales (éstas últimas, mediante sus Ordenanzas municipales, son muchas veces los protagonistas más prolíficos y menos conocidos de la regulación económica).

La garantía de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en todo el territorio nacional

Ambas leyes disponen, cada una dentro de su respectivo ámbito de aplicación, la aplicación en el ámbito interno español de los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios propios del Derecho comunitario, en su versión más ambiciosa que implica control en origen y "pasaporte comunitario".

Es decir, que cuando la competencia de supervisión no sea estatal las autoridades de origen serán las competentes respecto al cumplimiento de los requisitos de acceso a la actividad económica, y las autoridades de destino serán las competentes para la supervisión y control del ejercicio de la actividad económica. En otras palabras, un operador económico establecido en Murcia que preste servicios en Madrid deberá cumplir tan solo las normas aplicables en Murcia en lo relativo al acceso a la actividad económica (por ejemplo, para obtener la autorización previa cuando sea preceptiva, o la declaración responsable, o la comunicación previa, o para ejercer libremente la actividad plenamente liberalizada en Murcia), y las normas aplicables en Madrid en lo relativo a cómo debe realizarse la actividad. Si el operador está establecido en más de un lugar, se aplican los criterios de la disposición adicional décima para saber cuál es la autoridad competente (una sola).

La LUM garantiza además la libre circulación de mercancías, a la que la Ley Praguas no llegaba. En esta materia es especialmente útil: permite la comercialización en todo el territorio español de aquellos productos que cumplen con los requisitos establecidos en el lugar de fabricación. Las autoridades del lugar de fabricación, cuando la competencia de supervisión no sea estatal, serán las competentes para el control del cumplimiento de la normativa relacionada con la producción y los requisitos del producto para su uso y consumo. Es decir, un producto fabricado en Cataluña con arreglo a la legislación allí vigente puede ser comercializado en toda España, sin que las restantes Comunidades Autónomas puedan poner obstáculo alguno para ello.

Como es obvio, tan revolucionarias medidas requieren un nivel de cooperación entre Comunidades Autónomas hasta ahora no visto: por ejemplo, los registros sectoriales deberán integrarse, la información deberá intercambiarse, etc.

La LUM establece también un órgano de cooperación, el Consejo para la Unidad de Mercado, para el seguimiento de la aplicación de las nuevas medidas. También tendrán su protagonismo las conferencias sectoriales, como órganos de cooperación. Todos los nuevos proyectos normativos que puedan tener incidencia en la unidad de mercado deberán ser sometidos a informe del resto de autoridades competentes, y periódicamente todas las autoridades competentes deberán evaluar su normativa al objeto de valorar su impacto sobre la mencionada unidad de mercado.

Por último, la LUM establece, como garantía para los operadores económicos, un procedimiento en defensa de la unidad de mercado cuando ésta sea vulnerada por normas o actos de las autoridades competentes. Este procedimiento tiene carácter alternativo a los recursos administrativos, y será resuelto por el "punto de contacto" competente (la CNMC, los Ministerios, las autoridades designadas por las Comunidades Autónomas, etc.)

Se establece también un procedimiento contencioso-administrativo especial para la garantía de la unidad de mercado, que podrá iniciar mediante recurso la CNMC.

Los nuevos límites que deben respetar el Gobierno y la Administración a la hora de regular las actividades económicas

Si la historia del Derecho Administrativo es la del control del poder del Estado por parte del Derecho, estas dos normas llevan dicho control a su máxima expresión en materia de (des)regulación de la actividad económica. Hasta ahora la impugnación de normas reglamentarias exigía acudir a Leyes especiales muchas veces dispersas e incompletas. En ocasiones había un número limitado de armas para impugnar reglamentos y actos administrativos en materia de Derecho Administrativo económico. En cambio, el conjunto de la LUM y la Ley Paraguas someterá el poder reglamentario tanto del Estado propiamente dicho como de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales a límites jurídicos muy estrictos, obligando a someter las normas reglamentarias que se dicten en materia económica a una criba que, si se hace correctamente, afectará a muy numerosos preceptos.

Por supuesto, este grupo normativo se aplicará también a los actos administrativos (véase el artículo 9 LUM), pero es en la redacción de la regulación donde su influencia será más innovadora.

Ambas leyes establecen unos principios generales a los que habrá de ajustarse el poder regulador del Estado; además, solo permiten a la Administración someter una actividad a un régimen de autorización administrativa previa, declaración responsable o mera comunicación previa cuando concurren determinados requisitos; y por último aplican una suerte de "navaja de Ockham" a los requisitos que pueden válidamente exigirse por la Administración para conceder la autorización administrativa que pueden constituir objeto de declaración responsable.

En cuanto a los principios generales exigibles al poder regulador de las Administraciones Públicas, la LUM consagra los siguientes:

- Principio de no discriminación
- Principio de cooperación y confianza mutua
- Principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes

- Principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional
- Principio de simplificación de cargas
- Principio de transparencia

De todos ellos, y sin perjuicio de lo expuesto anteriormente sobre el principio de libertad de establecimiento, libre prestación de servicios y libre circulación de mercancías (que inspira varios de estos principios), el que está llamado a dar más juego como límite al poder regulador de las Administraciones Públicas es el principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes, cuyo origen está en los artículos 5 a 11 de la Ley Paraguas, y que está hoy consagrado con un ámbito más general en los artículos 5, 17 y 18 LUM.

En virtud de este principio, para establecer límites o requisitos al acceso a una actividad económica será preciso que esta medida sea necesaria por una razón imperiosa de interés general (concepto definido en el art. 3.11 de la Ley Paraguas), que haya proporcionalidad entre la medida y la razón que la justifica y que no exista otro medio menos restrictivo (favor libertatis) o distorsionador para la actividad económica. El artículo 17 LUM desarrolla esta cuestión, y distingue tres tipos de intervención, cada uno menos intrusivo que el anterior: autorización previa, declaración responsable y mera comunicación previa (ésta última será la indicada cuando por alguna razón imperiosa de interés general sea preciso conocer el número de operadores, instalaciones o infraestructuras existentes en el mercado). Para los tres hace falta razón imperiosa de interés general (pues, sin ella, lo procedente será la ausencia de intervención), y ésta debe ser proporcionada. Entre ellos hay que elegir uno solo (no cabe acumular varios), precisamente el menos restrictivo de la libertad económica y el que menos distorsione la actividad económica.

Como se observa, se trata de un principio de corte liberal, que sin duda obliga a cuestionar buena parte de los regímenes de autorización administrativa previa existentes y a convertirlos en regímenes de declaración responsable. Hay algunas excepciones en el artículo 17.1, en las que la propia LUM declara que cabe exigir autorización previa: entre ellos, destaca el supuesto de necesidad de limitar el número de operadores. Este mismo principio se aplica también a los requisitos exigibles para la obtención de dicha autorización administrativa previa, así como a los requisitos objeto de declaración responsable, como resulta del artículo 18 LUM. En él hay un principio general (que no es otro que el mismo de necesidad y proporcionalidad) y una lista de requisitos prohibidos, que recuerda al artículo 9 de la Ley Paraguas.

Cobra por tanto importancia la determinación de qué sucederá con las normas reglamentarias y legales (respecto de las cuales la Ley Paraguas y la LUM son lex posterior) anteriormente existentes. La disposición final quinta de la LUM dispone que en el plazo de seis meses se procederá a la adaptación de las disposiciones vigentes con rango legal y reglamentario a lo dispuesto en la misma. Sin duda no será una tarea fácil.

2.- Derecho Societario

TEMAS ACTUALES

Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Fco. Javier Arias Varona.

El Ministerio de Economía ha dado publicidad al Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley de Sociedades de Capital que supone el primer paso hacia la consolidación de los cambios propuestos por la Comisión de Expertos nombrada a estos efectos. Se recordará que esta Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, uno de cuyos cometidos era presentar propuestas de reformas legales a incluir en la LSC, preparó una propuesta que la CNMV hizo pública el 14 de octubre de 2013. Se trata de un documento del que nos hemos ocupado con anterioridad en el número 14 de este Boletín. Dando por sentado el contenido que figura allí, procede ahora ocuparse del modo en que la propuesta ha sido trasladada al Anteproyecto.

Debe señalarse, en primer lugar, que el texto del Anteproyecto traslada, prácticamente en su totalidad, el contenido de la propuesta de reforma. No solo se sigue la misma estructura y se mantienen las cuestiones que allí se trataban. Las propuestas de modificación son sustantivamente iguales. Conviene anotar, eso sí, la omisión de todo el desarrollo explicativo de la propuesta, que podría tener acomodo, convenientemente recortado y adaptado, en una Exposición de Motivos de la futura norma. De cualquier modo, siendo tan estrecha la relación entre la propuesta y el anteproyecto, las explicaciones omitidas siguen siendo un válido complemento interpretativo para una adecuada comprensión de las modificaciones propuestas. Siendo ambos documentos públicos, sería recomendable la lectura conjunta, si es que el lector se aproxima a la reforma por primera vez con el Anteproyecto.

El mantenimiento de la propuesta de reforma hace que las novedades sean menores y, en muchos casos, meramente cosméticas o de mejora de redacción. Hay, sin embargo, algunas cuestiones que tienen mayor alcance. De ellas, quizás lo más destacable son los cambios en el régimen aplicable a los conflictos de interés de

los administradores, solo ligeros en apariencia. En ambos casos, el cambio en la redacción dota al texto del Anteproyecto de un alcance menos riguroso que la propuesta de reforma. En primer lugar, porque la regla de no situarse en una situación de conflicto parece formulada en términos menos exigentes. En segundo lugar, sobre todo, porque el régimen de las operaciones vinculadas se ha modificado, con relación a la propuesta, en unos términos que, sin duda, dejarán fuera de ellas transacciones que, en buena lógica, deberían estar incluidas. En concreto, de las "operaciones ordinarias, de limitada cuantía y hechas en condiciones estándar para todos los clientes", se ha pasado a las "operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para todos los clientes y de escasa relevancia"; pero esa relevancia no se computa con relación al sujeto beneficiario, sino con relación a la sociedad: son de escasa relevancia, "aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad".

Por último, es necesario anotar que, una vez más, el legislador utiliza un texto de reforma para introducir modificaciones que nada tienen que ver con las finalidades previstas originalmente. Sorprendentemente, el texto hecho público incluye dos modificaciones no previstas en la propuesta del Comité de Expertos que se refieren a la morosidad! Se trata de las reglas previstas en los reformados artículos 262.1 y 539.2 y 539.4,a), que establecen exigencias especiales de publicidad del período medio de pago a sus proveedores. En el primero de los preceptos, se exige su inclusión en el informe de gestión; en el segundo, se contempla la publicidad de esos extremos en la página web que obligatoriamente debe tener cualquier sociedad cotizada. Sin entrar en la bondad o no de las normas, no deja de resultar sorprendente su inclusión, sin advertencia alguna, en una reforma cuyo origen se encuentra en la introducción de cambios a la búsqueda de un mejor gobierno corporativo.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

La protección del derecho de suscripción preferente en la operación acordeón. RDGRN 29 de noviembre de 2013. José María Rojí.

La operación acordeón es un instrumento previsto en la normativa de las sociedades de capital cuya finalidad suele responder a lograr un restablecimiento del equilibrio patrimonial deteriorado como consecuencia de pérdidas acumuladas. Para ello se combinan dos operaciones societarias típicas como son la reducción de capital y la ampliación de capital, con la peculiaridad de que dicha reducción puede ser hasta una cifra inferior al capital mínimo exigido para el tipo societario e incluso hasta cero, en estos casos con la condición de que la ampliación de capital sea simultánea y restablezca la cifra de capital hasta por lo menos el mínimo legal.

Al realizarse simultáneamente dos operaciones con su propio régimen jurídico, en términos generales deberán respetarse los requisitos y condiciones de cada una de ellas y las propias de su regulación específica. Pero además, como recuerda la resolución de la que trae causa el presente comentario, deberá evitarse que la combinación de ambas, aun pudiendo en apariencia respetar el régimen jurídico individual, provoque un efecto contrario a los principios del ordenamiento societario. En ese sentido debe interpretarse la previsión normativa enclavada en sede de la regulación de la operación acordeón conforme a la cual: "En todo caso habrá de respetarse el derecho de ascunción o de suscripción preferente de los socios".

En cualquier operación societaria son al menos dos los intereses a proteger: el de los socios y el de los acreedores. En cuanto a la tutela de los acreedores en la reducción de capital, se configura la protección con la aplicación plena de los principios propios de estas operaciones conforme a la Ley de Sociedades de Capital, y, por lo tanto, deberá someterse a dichos requisitos que varían según la finalidad, modalidad y naturaleza de la operación de reducción existiendo también algunas diferencias tipológicas. No obstante, hay una salvedad relevante a tener en cuenta en la operación acordeón donde normalmente la reducción de capital es para compensar pérdidas. En estos casos, en los que por lógica no hay devolución de aportaciones, la protección general de los acreedores se articula a través de que las pérdidas que se compensan con la reducción estén reflejadas en un balance auditado, consistiendo la especialidad en la operación acordeón en que se libera de este requisito cuando la simultánea ampliación sitúa la cifra de capital en un importe al menos igual a la cifra existente previamente a la reducción (resoluciones de la DGRN de, 2 de marzo de 2011, 25 de febrero de 2012 y 17 de octubre de 2012, esta segunda exigiendo la auditoría de balance por no producirse el efecto de neutralidad consistente en que el resultante sea al menos igual al preexistente).

Respecto a la ampliación, la norma no establece una especial protección al acreedor – más allá de la general de realidad y suficiencia de las aportaciones – dado que la ampliación debiera ser por su propia naturaleza beneficiosa para los acreedores, y de hecho cuando lo es en una cuantía suficiente justifica incluso que se relajen los mecanismos de protección propios de la reducción capital previa como ya señaló en su día la DGRN en su resolución de 16 de enero de 1995.

La protección de los socios en la reducción para compensar pérdidas se alcanza a través de las mayorías para la adopción del acuerdo y del resto de previsiones aplicables a las modificaciones estatutarias, añadiéndose que, como se ha señalado en sede de tutela de acreedores, el balance que sirva de base para la reducción debe ser aprobado por la junta y haber sido auditado, requisito éste nuevamente prescindible cuando la junta consienta por unanimidad realizar la operación sin que el balance que le da soporte haya sido auditado. Además, se ha

reconocido como protección adicional, que en estos supuestos de reducción del capital a cero el anuncio de convocatoria de la junta en que debe acordarse debe ser explícito y suficientemente claro en cuanto a las consecuencias de la reducción para los socios (ver por todas la Sentencia del Tribunal Supremo de 2010 y la RDGRN de 14 de marzo de 2005).

Su protección en la ampliación de capital se produce también mediante los sistemas de mayoría, pero muy particularmente mediante el reconocimiento de un derecho de suscripción/asunción preferente en favor de todos los socios que les permite mantener su participación en el capital social de la misma. No obstante, este derecho no se reconoce en los supuestos de ampliación con aportación no dineraria ni en los de ampliación de capital mediante compensación de créditos (ver por todas la RDGRN de 4 de febrero de 2012), situación que va a ser la analizada por la resolución objeto de este comentario. Incluso en los supuestos en que sí se reconoce por tratarse de aportaciones dinerarias, la junta puede excluirlo si bien con unos requisitos de mayorías y causalización acertadamente rigurosos.

Cierto es que en la práctica se producen ampliaciones de capital, con o sin derecho de suscripción preferente, que tienen como objetivo - y muchas veces como resultado el diluir a minoritarios -, en las que estos no acuden a la ampliación ya por carecer del derecho de suscripción/asunción en esa ampliación, ya por imposibilidad de hacer frente al importe de la ampliación, ya por resultarles antieconómico aumentar su inversión en una sociedad en la que tienen una participación minoritaria y muchas veces en conflicto con el grupo de control. Estas ampliaciones, en las que es difícil por la naturaleza de la operación alegar que son contrarias al interés social directo de la entidad ampliada, deben ser examinadas con cautela para evitar abusos que provoquen un resultado injusto sobre el minoritario.

En línea con lo anterior y dado que no existe una norma que limite las contrapartidas del aumento de capital en las operaciones acordeón, la posibilidad de ejercitar este derecho resulta especialmente crítico cuando la reducción ha sido a cero, en la medida en que si en todos los casos el no poder ejercitar el derecho, o el no hacerlo efectivamente, implica la dilución del socio, cuando el capital se reduce a cero el socio que no suscribe la ampliación pierde absolutamente su condición de socio en la compañía.

¿Qué ocurre entonces cuando en una operación acordeón no hay derecho de suscripción/asunción preferente por la naturaleza de la aportación con la que se ha previsto el desembolso del capital? A esta pregunta da respuesta la resolución objeto de comentario realizando una interpretación del artículo transcrito - *"En todo caso habrá de respetarse el derecho de asunción o de suscripción preferente de los socios"* -, conforme a la cual debe respetarse dicho derecho incluso cuando, por la naturaleza de la aportación, la norma no lo reconozca, como en el caso de aportación no dineraria y, en particular, por compensación de créditos.

La resolución prevé diversos modos de cumplimiento de dicho derecho que propone a título ejemplificativo: a) aumento de capital por tramos o mixto, en el que los socios que no pudieran acudir, por la naturaleza de la aportación, a la compensación de los créditos preexistentes, pudieran, en proporción a su participación preexistente en el capital social, contribuir al procedimiento de saneamiento social y asumir mediante aportaciones dinerarias la parte correspondiente a su cuota inicial en el mismo; b) anticipación de las consecuencias del acuerdo, informado por los administradores, bajo su responsabilidad, y por los auditores sociales, y establecer al efecto un procedimiento que permitiera al socio no presente en un plazo determinado aceptar el aumento en los términos planteados o redefinir el mismo, mediante un nuevo tramo.

Por supuesto, también podría realizarse la operación de contarse con el consentimiento individual de los socios afectados por la imposibilidad de ejercitar el derecho de suscripción/asunción preferente (por ejemplo en el caso de accionistas sin voto) o con el acuerdo unánime de todos los socios de que la ampliación se hiciera en esos términos. Estas fórmulas son también habituales cuando la finalidad de la operación acordeón no es ya el saneamiento patrimonial, o no lo es exclusivamente, sino se constituye como un verdadero mecanismo de transmisión de empresas en el que la ampliación se suscribe por un no socio o, precisamente, por un socio minoritario.

Una alternativa extrasocietaria para dar protección al derecho de suscripción/asunción preferente de los socios que no son titulares de crédito en los supuestos de ampliación de capital por compensación, consiste en el ofrecimiento, por el socio titular del derecho de crédito a compensar, de la cesión por precio a los socios no titulares de un porcentaje de derecho de crédito equivalente a su porcentaje en la sociedad. La cesión se haría condicionada a que dicho socio preste su consentimiento a la posterior compensación de créditos tanto como acreedor cesionario como con su voto en la junta para la ampliación. Esta opción tiene la desventaja de ser extrasocietaria y de que puede tener impactos fiscales, pero presenta como ventaja que con la misma el capital se ampliará finalmente por el importe del crédito que se pretendía capitalizar y mediante compensación del mismo mientras que las soluciones vinculadas a ampliaciones de capital mixtas o por tramos obligan a una capitalización superior, probablemente no pretendida, dotando a la sociedad de unos fondos cuando no era ese el fin de la ampliación.

De lo expuesto cabe concluir que sea cual sea la naturaleza y forma de desembolso de la ampliación de capital integrada en una operación acordeón, aun cuando no haya derecho de asunción preferente - derecho que en este caso no podría excluirse no con las mayorías reforzadas de cada tipo social -, cada uno de los socios debe tener la

oportunidad de adquirir un número de acciones y participaciones que representen un porcentaje idéntico al que ostentaba antes de la operación acordeón, y ello sin perjuicio de que dicho derecho es renunciabile.

Prohibición del ejercicio del derecho de voto en caso de conflicto de intereses de los socios. Comentarios a las Sentencias de la AP Barcelona de 28 y 30 de octubre de 2013. Ángel Ruiz Camacho.

El objeto de estos comentarios son dos sentencias del mismo tribunal y casi coincidentes en el tiempo que versan sobre el mismo tema: el ámbito de aplicación de la prohibición de voto del socio de una SL en los casos de conflictos de interés.

En la SAP de Barcelona de 28 de octubre de 2013 (JUR 2013\354318) se discute si, por aplicación de lo dispuesto en el art. 229.1 LSC, el socio mayoritario y administrador de una SL debe abstenerse en una Junta General en la que se someta a votación un acuerdo en relación al cual se encuentre en conflicto de intereses. El artículo 229.1 LSC únicamente indica genéricamente que el administrador deberá abstenerse de intervenir en los "acuerdos o decisiones" que se refieran a operaciones en las que se halle en una situación de conflicto entre sus intereses y los de la Sociedad.

El socio mayoritario y administrador de la compañía entendía que el deber de abstención transcrito sólo se refería a su intervención en los actos de administración respecto de los cuales se encontrara en conflicto de intereses pero no respecto de las votaciones que se produjeran en la Junta General. El socio minoritario, por el contrario, entendía que ese deber de abstención también se extendía a las votaciones realizadas en el seno de la Junta General. La AP de Barcelona le dio la razón al socio minoritario, declaró la nulidad del acuerdo adoptado sin la abstención del socio mayoritario y revocó la sentencia dictada inicialmente por el Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona.

El acuerdo anulado autorizó que el socio mayoritario y administrador asumiera las pérdidas y ganancias derivadas de la extinción de otra compañía (CACD) con la que la sociedad demandada (APA), es decir, la sociedad que se había visto afectada por la impugnación del acuerdo social, mantenía relaciones contractuales. El administrador y socio mayoritario de APA también era socio mayoritario de CACD.

En la SAP de Barcelona de 28 de octubre de 2013 no se aplicó el art. 190.1 LSC, a pesar de ser un precepto más específico sobre los supuestos en los que el socio de una SL debe abstenerse en las votaciones de la Junta General, entre los que se encuentran, a título meramente ejemplificativo, los acuerdos por los que se pretenda autorizarle a transmitir las participaciones de las que sea titular, acuerdos que pretendan excluirle de la Sociedad, que le liberen de una obligación o le concedan un derecho, así como cuando, siendo administrador, el acuerdo se refiera a la dispensa de la prohibición de competencia o al establecimiento con la sociedad de una relación de prestación de cualquier tipo de obras o servicios.

En la SAP de Barcelona de 30 de octubre de 2013 (JUR 2013\354804) también se trata sobre el deber de abstención de los socios de una SL. En particular se trata de un caso en el que dos socias personas jurídicas de una SL también son acreedoras de la Sociedad y sus representantes forman parte del Consejo de Administración de la compañía. En la Junta General analizada se acordó la realización por parte de la Sociedad de una dación en pago de unas fincas como pago parcial de la deuda mantenida con sus socias acreedoras.

La Audiencia, a diferencia de lo acordado por el Juzgado Mercantil de instancia, entendió que los referidos socios no tuvieron la obligación de abstenerse en la adopción del mencionado acuerdo porque no existía un verdadero conflicto de intereses ya que se trataba de una operación onerosa con un socio realizada a valor de mercado y, en consecuencia, no se trataba de la "concesión de un derecho" al que se refiere el art. 190.1 LSC anteriormente indicado.

Esta reciente sentencia es más acorde con la doctrina mayoritaria que interpreta el art. 190.1 LSC, conforme a la cual este precepto contempla unos supuestos "numerus clausus" en los que los socios tienen el deber de abstenerse y que deben interpretarse restrictivamente. Según la doctrina mayoritaria, fuera de los casos expresamente contemplados por la ley, los socios no tienen la obligación de abstenerse y no tienen más limitaciones para el ejercicio del derecho de voto que las previstas en el art. 7 CC (buena fe y abuso de derecho), sin perjuicio de que el acuerdo pueda ser impugnado por otros motivos, por ejemplo, por ser contrario al interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros (art. 204.1 LSC), o con independencia de que se pretenda que quien haya incumplido su deber de fidelidad frente a la Sociedad la deje indemne en relación a los perjuicios ocasionados por el incumplimiento.

Parece ser que esta interpretación sería la correcta para la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, creada por acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013. Se afirma lo anterior porque esta Comisión ha propuesto la introducción de un apartado 3º del art. 190 LSC en el que se deje clara la ausencia de prohibición del ejercicio del voto fuera de los supuestos expresamente contemplados por la ley, sin perjuicio de que, conforme a esta reforma propuesta, en caso de impugnación de un acuerdo, sea la propia Sociedad o el socio afectado por el conflicto de interés el que tenga que demostrar que el acuerdo era conforme con el interés social. La redacción que ha sido propuesta para el referido apartado por parte de la Comisión de Expertos se ha incluido

en el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, con el siguiente contenido:

«3. En los casos de conflicto de interés distintos de los previstos en el apartado 1, los socios no estarán privados de su derecho de voto. No obstante, cuando el voto del socio o socios incursos en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, corresponderá, en caso de impugnación, a la sociedad y, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social. Al socio o socios impugnantes les corresponderá la acreditación del conflicto de interés. De esta regla se exceptúan los acuerdos relativos al nombramiento, revocación y exigencia de responsabilidad de los administradores y cualesquiera otros de análogo significado en los que el conflicto de interés se refiera exclusivamente a la posición que ostenta el socio en la sociedad.»

Finalmente resulta preciso recalcar que las sentencias comentadas y el art. 190 LSC analizado se refieren a las sociedades de responsabilidad limitada, aunque algún sector doctrinal ha pretendido extender este régimen jurídico a las sociedades anónimas. Ciertamente a la referida Comisión de Expertos le parece acertado aplicar, con ciertas adaptaciones, esta regulación a las sociedades anónimas. Así se desprende de la redacción de los dos primeros apartados del art. 190 LSC contenidos en el mencionado Anteproyecto que trae causa de su informe:

«Artículo 190. Conflicto de intereses.

1. El socio no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto:

- a) autorizarle a transmitir acciones o participaciones sujetas a una restricción legal o estatutaria,*
- b) excluirle de la sociedad,*
- c) liberarle de una obligación o concederle un derecho,*
- d) facilitarle cualquier tipo de asistencia financiera, incluida la prestación de garantías a su favor o*
- e) dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad acordada conforme a lo previsto en el artículo 230.*

En las sociedades anónimas, la prohibición de ejercitar el derecho de voto contemplada en las letras a) y b) anteriores solo será de aplicación cuando esté expresamente prevista dicha prohibición en las correspondientes cláusulas estatutarias reguladoras de la restricción a la libre transmisión o la exclusión.

2. Las acciones o participaciones del socio que se encuentre en algunas de las situaciones de conflicto de interés contempladas en el apartado anterior se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría de votos que en cada caso sea necesaria.»

El desembolso de aportaciones dinerarias a una sociedad limitada en un aumento de capital (DGRN de 7 de noviembre de 2013). Pablo Aldama.

La RDGRN de 7 de noviembre de 2013 resuelve el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil de Lugo a inscribir una escritura de aumento de capital mediante aportaciones dinerarias en una sociedad limitada. La inscripción solicitada fue suspendida por constar en la certificación que la fecha de los depósitos de las cantidades aportadas era anterior en más de dos meses a la fecha de otorgamiento de la escritura y del acuerdo del aumento del capital social, apoyando la decisión en lo dispuesto en el artículo 189.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

La RDGRN interpreta la norma reglamentaria, en primer lugar, conforme a lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley de Sociedades de Capital, norma de superior rango y que fija un plazo de dos meses para la vigencia de la certificación del depósito de las correspondientes cantidades a nombre de la sociedad en una entidad de crédito. Este precepto también dispone que durante este periodo de vigencia la cancelación del depósito por quien lo hubiera constituido exigirá la previa devolución de dicha certificación a la entidad de crédito emisora. En segundo lugar, la DGRN parte de las consideraciones de la Resolución de 11 de abril de 2005, según la cual el plazo fijado en el 189.1 del Reglamento pretende evitar que se consideren adecuadas como acreditación del desembolso de las aportaciones dinerarias las *certificaciones bancarias de ingresos que por su fecha pueden obedecer, razonablemente a motivos diferentes de la efectiva integridad del capital social. Asimismo, continúa señalando la resolución de referencia que lo importante del depósito es que realmente se efectúe y que esté a disposición de la sociedad, cuando menos dos meses anteriores a la fecha de la constitución o ampliación de capital para, a continuación, establecer que será por tanto la fecha de la certificación la que de modo efectivo acredite la aportación dineraria siempre y cuando pueda deducirse de manera inequívoca el ingreso efectivo en la entidad de crédito y la finalidad de la imposición, (...) lo que evita que por un posible retraso en la formalización de la escritura de constitución el aportante que efectuó su aportación tenga que volver a realizar el depósito con idéntica finalidad.* Por si hubiera alguna duda, la Resolución de 2005 que sirve para interpretar el artículo señala, reiterando lo explicado en sus fundamentos jurídicos, que se produce la renovación del depósito efectuado en su día cuando la entidad bancaria certifica. Esto produce que se compute desde esta fecha el plazo de 2 meses previsto para la vigencia de la certificación y, por todo lo anterior, se estime el recurso interpuesto.

Presencia notarial requerida en Junta General de una Sociedad de Responsabilidad Limitada (STS de 13 de noviembre de 2013). Andrés Álvarez-Sala

La cuestión principal de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que aquí nos ocupa reside en la obligatoriedad de la presencia de un notario para que levante acta de la Junta General.

En el caso considerado, uno de los tres socios, al ser convocado por el Órgano de Administración para la celebración de una Junta, exigió con más de cinco días de antelación a la fecha indicada para la celebración de dicha Junta, la presencia de un notario. El Órgano de Administración no cumplió con la pretensión del solicitante, celebrándose así la referida Junta sin la presencia de notario, por lo que aquel, al no ver cumplido su requerimiento, instó al Juzgado de Primera Instancia competente para que declarase la inexistencia, nulidad o anulabilidad de la Junta General de la Sociedad, así como la de los acuerdos adoptados en la misma.

En el escrito de contestación, la demandada instó al Juzgado de Primera Instancia para que desestimase íntegramente las pretensiones de la demandante. Como argumentos de defensa frente a la pretensión de anulación, la demandada opuso que en la Junta General de 30 de junio de 2008 no se adoptaron verdaderos acuerdos, ya que en ella se designó al Presidente y Secretario, se informó a los socios, se trató de las acciones a seguir contra quien había llevado la contabilidad, se decidió comunicar al Registro Mercantil que no se aprobaban las cuentas anuales de la sociedad, se dio lectura del acta y se aprobó el mismo. Como argumento de defensa, la demandante también opuso que el representante de la demandante en la Junta General no expresase objeción alguna a su celebración ni se ausentase de ella. La Junta se celebró y en ella el representante emitió su voto. Además, el demandado alegó que la sociedad convocó nueva Junta, la cual se celebró el 9 de marzo de 2009, en la que se revocaron los acuerdos de la Junta del 30 de junio de 2008, y se volvieron a votar favorablemente. Finalmente, el demandado opuso la excepción de falta de legitimación activa, porque el representante del demandante no se opuso a la celebración de la Junta de 30 de junio de 2008 y, además, votó en ella.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia en favor de la parte demandante y declaró la nulidad de la Junta, así como la de los acuerdos adoptados en la misma, ordenando la cancelación de cuantos asientos registrales se hubieran practicado a consecuencia de los acuerdos impugnados.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandada.

La representación procesal de la demanda recurrió sobre la base de los siguientes motivos: i) que, estando presentes o representados todos los socios, y sin que nadie hubiera hecho constar su oposición a que la Junta tuviera lugar, la ineficacia había quedado sanada, ii) que, aunque la Junta quedó deficientemente constituida por la ausencia del notario, al estar presentes y representados todos los socios, la reunión debía ser considerada válida como Junta universal y, consecuentemente, también serían válidos los acuerdos adoptados en ella.

Al resolver sobre los recursos de casación interpuestos por la parte demandada, el Tribunal Supremo desestima dicho recurso por los siguientes motivos: i) el silencio del socio o su representante en relación con la ausencia del notario por él solicitado no sana la nulidad derivada del incumplimiento del deber de constitución de Junta con presencia de un notario, y, ii) igualmente, el Tribunal Supremo señala que aunque efectivamente la Junta Universal, constituida en presencia de todos los socios o sus representantes que aceptan su constitución y Orden del Día y que sana vicios de constitución, lo que no hace es evitar la nulidad por un defecto en la constitución, como es la ausencia de notario solicitado a petición de uno de los socios.

Resolución de la DGRN de 7 octubre sobre quorum de constitución del consejo de administración. Javier Leyva

El Registrador Mercantil de Palma de Mallorca denegó la inscripción de un acuerdo social adoptado en sede de una sociedad de responsabilidad limitada en virtud del cual se modificaba el artículo de los estatutos sociales relativo al funcionamiento del Consejo de Administración donde se preveía, entre otros requisitos, un quorum de asistencia para la válida constitución del consejo de administración, de la totalidad de sus componentes y para la adopción de acuerdos, la mayoría absoluta de los consejeros concurrentes, presentes o representados, a la sesión.

La calificación del Registrador estaba motivada en que dicho precepto estatutario iba *"en contra de la naturaleza propia de los órganos colegiales, llamados a constituirse y tomar acuerdos por mayoría, asistencia y mayoría que pueden reforzarse sobre la simple u ordinaria pero sin llegar a la unanimidad que desvirtúa la esencia de la colegiación"*. Asimismo, consideraba el Registrador que dicha previsión en los estatutos sociales chocaba con la exigencia de la mayoría de los concurrentes a la reunión para la adopción de acuerdos, si es que tal concurrencia, debía ser total.

El Notario autorizante, interpuso el correspondiente recurso ante dicha calificación invocando, entre otros, los siguientes motivos: (i) falta de motivación del Registrador en su calificación -incumplimiento del art. 62.3 RRM- al no haber mencionado la disposición legal en que se funda el defecto, ni la doctrina jurisprudencial en la que se ampara; (ii) la calificación registral resulta contraria a lo previsto en los arts. 245 y 247 LSC; a diferencia de lo

previsto para las sociedades anónimas, en el ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada se deduce claramente la libertad de previsión estatutaria para fijar los requisitos de constitución del consejo de administración; y (iii) no es suficiente el argumento teórico de la posibilidad de bloqueo del consejo de administración por ausencia de alguno de sus miembros, ya que ésta circunstancia podría ocurrir en una sociedad que tuviera un órgano de administración compuesto por dos administradores mancomunados, y más aún teniendo en cuenta que la voluntad de los accionistas de la sociedad al prever la exigencia de la presencia de todos los consejeros a las reuniones, era mantener el equilibrio necesario para el adecuado funcionamiento de la compañía entre los dos grupos de socios que la integran.

La Dirección General acordó, en base a los siguientes razonamientos, la estimación del recurso presentado por el Notario.

Como punto de partida del análisis de la cuestión planteada, la Dirección hace referencia al principio de la autonomía de la voluntad previsto en el art. 28 LSC, en virtud del cual, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores consideren conveniente establecer en los estatutos sociales, podrán ser incluidos siempre y cuando no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido. Este principio se ve limitado en el art. 245 LSC al imponer un quórum de constitución mínimo (y no máximo) para las sociedades de responsabilidad limitada: se ha de fijar, al menos, un quórum de constitución equivalente a la mayoría de los consejeros, presentes o representados.

En referencia a la calificación del Registrador, que entiende que la previsión de los estatutos analizados *"va en contra de la naturaleza propia de los órganos colegiados, llamados a constituirse y tomar acuerdos por mayoría; y que si bien pueden reforzarse no puede llegar nunca a la unanimidad que desvirtúa la exigencia de la colegiación"*, la Dirección hace una diferenciación clara entre el quórum de constitución y el de adopción de acuerdos colectivos, así como su aplicación normativa a los distintos tipos societario (sociedad anónima vs sociedad de responsabilidad limitada) de conformidad con la LSC.

Concretamente, la Dirección señala en su fundamento de derecho séptimo que la decisiones adoptadas por el consejo de administración, son decisiones colectivas adoptadas por la mayoría de sus miembros y, no por unanimidad, *"pues en este supuesto la estructura del órgano se desnaturalizaría: dejaría de ser colegiado y pasaría a ser mancomunado."* Sin embargo, esta circunstancia no impide que los socios puedan establecer en los estatutos sociales un quórum de asistencia de todos sus miembros para la válida constitución de su órgano de administración. Esta previsión, según la Dirección, no desvirtúa el carácter colegiado del consejo de administración ya que, constituido válidamente éste, no se requiere la unanimidad para la adopción de acuerdos. El hecho de que se quiera reforzar el quórum de constitución y asistencia hasta la unanimidad *"no solo no contradice la idea de colegialidad sino que se cohonesta bien con la misma, pues no pretende sino conseguir la mayor colaboración, participación e implicación de todos sus miembros en los debates sobre la determinación de la gestión social, fomentando sus asistencia a las reuniones"*. El art. 245.1 LSC prevé la exigencia de la mayoría para la adopción de acuerdos, mientras que para la válida constitución del consejo de administración -art. 247 LSC-, no se prevé dicha exigencia. Únicamente, establece un límite mínimo: la presencia de, al menos, la mayoría de los vocales.

Por último, la Dirección considera que la *"posibilidad de utilización torticera y abusiva de la no asistencia de los consejeros"* con el único fin de bloquear los acuerdos a adoptar por parte del consejo de administración, no está exenta de importantes consecuencias. Recuerda que la no asistencia injustificada a las reuniones del consejo de administración, podrían ser susceptibles de una grave infracción de los deberes de los administradores que podría derivar en la correspondiente responsabilidad que sería exigible a través de la acción social o individual de responsabilidad.

Responsabilidad de los administradores por deudas societarias (STS 4932/2013 de 14 de octubre). Marta González Araña

La reciente sentencia de la sala primera del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2013 (STS) ha resuelto un recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación interpuesto sobre una sentencia resuelta en grado de apelación por la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 28 de febrero de 2011 que, a su vez, desestimaba la pretensión de la entidad financiera actora en relación con una acción de la responsabilidad de los administradores de una sociedad por una línea de crédito suscrita con posterioridad a la concurrencia de una causa de disolución.

Los hechos relevantes de los que surge la controversia son los siguientes: (i) con anterioridad a la fecha de cierre del ejercicio 2003, 9 administradores de la sociedad cesaron en su cargo, la administración a cargo de un administrador único; (ii) en la fecha de cierre del ejercicio 2003, la sociedad deudora, como consecuencia de las pérdidas sufridas, tenía un patrimonio neto inferior a la mitad del capital social; (iii) no se había convocado, ni se convocó en el plazo de 2 meses con posterioridad al cierre del ejercicio 2003 la preceptiva junta general, incumpléndose, por tanto, la obligación prevista en el artículo 262.5 LSC (actual artículo 365 LSC). Sin embargo, en las juntas generales de accionistas de 10 de mayo de 2005 y el 14 de febrero de 2006 se adoptaron sendos acuerdos de ampliación de capital con el fin de subsanar el desequilibrio patrimonial; y (iv) el 10 de marzo de 2006

se suscribió, con la entidad financiera recurrente, el crédito del que pretende hacer responsables solidarios a los 10 antiguos administradores de la sociedad.

El TS desestima ambos recursos, diferenciando los preceptos de aplicación para los administradores que dimitieron con anterioridad al cierre del ejercicio 2003 y para el que permaneció como administrador único:

- En opinión de la Sala, los 9 administradores de la sociedad que cesaron con anterioridad a la suscripción del crédito no responden solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución.

Bajo la regulación del artículo 262.5 LSA anterior a la reforma de la Ley 19/2005, se establecía que los administradores "*responderán solidariamente de las obligaciones sociales*", en general, sin que la norma hiciera ninguna distinción respecto del momento en que se hubieran contraído dichas obligaciones. Mientras que tras la reforma de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, la responsabilidad del artículo 262.5 TRLSA se ciñe "*a las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución*".

En cualquier caso, sin perjuicio de que estos administradores hubieran incumplido la obligación de convocar la correspondiente junta general en el plazo de dos meses tras el acaecimiento de una circunstancia de las incluidas en artículo 260.1.LSA (actual artículo 363 LSC), el TS no utiliza el artículo 262.5 para eximir de responsabilidad a los administradores, sino que se limita a determinar que no se puede atribuir responsabilidad solidaria a los administradores por deudas contraídas por la sociedad con posterioridad a su cese como administradores.

- Respecto del administrador que permaneció en el cargo tras el cese de los 9 restantes, la sala afirma que la remoción de la causa de disolución de la sociedad en virtud de las ampliaciones de capital de 2005 y 2006 no extinguió la posible responsabilidad en que hubiera podido incurrir dicho administrador durante el tiempo en que incumplió el deber de promover la disolución de la sociedad respecto de los créditos existentes en ese momento, pero sí evita que desde que cesó la causa de disolución surgieran nuevas responsabilidades derivadas de aquel incumplimiento.

Consecuencias del ejercicio de una acción de responsabilidad de administradores para sus herederos. STS de 15 de octubre de 2013. Juan Pablo Correa

En su reciente sentencia de 15 de octubre de 2013 (5186/2013), aborda el Tribunal Supremo un interesante supuesto de hecho en materia de responsabilidad de administradores y, más en concreto, de la acción ejercitada al amparo del derogado art. 262.5 TRLSA o del actual art. 367 LSC: la de su eventual extinción por la muerte del obligado responsable.

El supuesto de hecho es, concretamente, el siguiente: (i) la sociedad demandada fue declarada en concurso de acreedores por auto de fecha 3 de febrero de 2005, aprobándose un convenio el 2 de marzo de 2006; (ii) tras nombrarse como vocales, en la fase de cumplimiento del convenio, a los dos administradores codemandados, cesan éstos en su cargo el 15 de noviembre de 2007, acordándose la disolución de la sociedad, por su nuevo administrador único, el 28 de diciembre de 2007, tras efectuarse únicamente el primer pago de los establecidos en el convenio; (iii) tras solicitarse, en fecha 2 de enero de 2008, la apertura de la fase de liquidación, la mercantil actora interpone una demanda en la que ejercita una acción de reclamación de cantidad por importe de 366.997,06 euros, junto a dos acciones de responsabilidad contra quienes habían sido administradores de la concursada, uno de los cuales fallece pendiente el proceso en segunda instancia; (iv) la Audiencia Provincial de Cantabria, revocando parcialmente la sentencia dictada en primera instancia, condena a la herencia yacente de uno de ellos, estimando la acción de responsabilidad interpuesta al amparo del derogado art. 262.5 TRLSA.

Interpuesto recurso de casación por esta última alegando que el meritado precepto regularía un supuesto de responsabilidad-sanción que se extinguiría con la muerte (de modo tal que la sucesión *mortis causa* no legitimaría pasivamente a los herederos), el Alto Tribunal, invocando su doctrina contenida en anteriores resoluciones jurisprudenciales (dictadas con ocasión de la controversia sobre la aplicación retroactiva de la reforma introducida por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, cuando los hechos que motivan la responsabilidad exigida son anteriores a su entrada en vigor), reafirma taxativamente que la meritada responsabilidad no reviste naturaleza sancionadora, motivo por el cual no puede resultar de aplicación el régimen legal de esta última, propio del de la responsabilidad penal. Por último, recuerda acertadamente sobre este particular la sentencia que ahora nos ocupa que el crédito reclamado deriva del ejercicio de una acción de responsabilidad civil que no se extingue por la muerte del obligado responsable, sino que es susceptible de sucesión y, por ello, puede formar parte del caudal hereditario. La muerte, en suma – nos dice el Tribunal Supremo –, extingue la responsabilidad penal, pero no las obligaciones de responsabilidad civil, sea cual fuera la fuente de la que nazcan.

Finalmente, aprovecha asimismo el Alto Tribunal para recordar, una vez más, que el estado de insolvencia no constituye, de por sí, una causa legal que haga surgir el deber de los administradores de promover la disolución de una sociedad, puesto que no cabe confundir entre el estado de insolvencia y la situación de pérdidas que reducen el patrimonio neto de la sociedad por debajo de la mitad del capital social. Y es que, efectivamente, aunque es frecuente que ambas situaciones se solapen, recuerda nuevamente el Tribunal Supremo que puede ocurrir perfectamente que exista causa de disolución por pérdidas patrimoniales que reduzcan el patrimonio de la sociedad a menos de la mitad del capital social, y no por ello estar incurso la sociedad en situación concursal. De forma idéntica, recuerda asimismo la sentencia comentada que la declaración de concurso de acreedores no exime de la posible responsabilidad en la que hubieran podido incurrir los administradores antes del concurso ex art. 262.5TRLSA (actual 367 LSC), sin perjuicio de que, tras la reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, la declaración de concurso suspenda el ejercicio de esta acción de responsabilidad y, si lo hubiera sido y estuviera en tramitación, se paralizará el procedimiento (art. 51.1.bis LC). Sin embargo, sí conlleva que, tras la declaración de concurso, cese el deber legal de los administradores de instar la disolución, que se acordará finalmente, como un efecto legal de la apertura de la fase de liquidación, cuando se opte por esta solución concursal, precisando acertadamente también la meritada resolución judicial como tampoco durante la fase de cumplimiento del convenio puede surgir el deber de promover la disolución y la consiguiente responsabilidad por no hacerlo dentro del plazo legal, situación ésta que impide, no la vigencia de los efectos de la declaración de concurso, sino la propia normativa societaria la cual – subraya por último el Alto Tribunal – establece el concurso de acreedores como un límite al deber de los administradores de promover la disolución. Todo ello bajo la lógica de que la situación de concurso de la compañía se rige siempre por una normativa propia, que expresamente prevé la disolución de la compañía como consecuencia necesaria a la apertura de la fase de liquidación (art. 145.3 LC) la cual, en caso de aprobación de convenio, impone al deudor el deber de instar la liquidación cuando, durante la vigencia del mismo, se conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos así como las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación (art. 142.2 LC). De ahí, para concluir, que no quepa exigir la responsabilidad solidaria de las deudas de la sociedad a los administradores, ex art. 262.5 TRLSA (actual 367 LSC), por un supuesto incumplimiento de un inexistente deber de disolver la sociedad durante la fase de convenio.

Acumulación procesal de la acción de cumplimiento contractual dirigida contra una sociedad y de la acción de responsabilidad por deudas contra los administradores (STS 23.5.2013, Ponente R. Saraza). Javier Mendieta / Luis Vidal

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 de mayo de 2013 establece que es posible acumular, ante los Juzgados de lo Mercantil, la acción de exigencia del pago de una deuda por parte de una sociedad y la acción de responsabilidad por deudas sociales dirigida contra el administrador por la falta de disolución de esa sociedad. La cuestión ya había sido resuelta en el mismo sentido por la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2012, que era una sentencia de unificación de doctrina (resolución que, por sí sola, creaba ya jurisprudencia).

En la sentencia de 23 de mayo de 2013 la Sala reproduce literalmente el contenido de la resolución de 10 de septiembre de 2012 y resume sus argumentos. En esta última, el Tribunal consideró que ambas acciones eran acumulables por la estrecha conexión existente entre ambas acciones y el obstáculo desproporcionado que supone para la tutela judicial efectiva la exigencia de tener que ejercitarlas por separado. Considera el Tribunal que entre ambas acciones existe una relación de prejudicialidad, de manera que el éxito de la acción frente a la sociedad es presupuesto para que se pueda ejercer la acción de responsabilidad contra los administradores. También sostiene que el presupuesto para el ejercicio de ambas acciones sería el mismo (el incumplimiento de la sociedad) y que ambas perseguirían una única finalidad: el resarcimiento de los perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento de la sociedad. Finalmente, apunta que la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales es una responsabilidad *ex lege*, exigible directamente contra el administrador, que actuaría como remedio en íntima relación causal con el incumplimiento de la sociedad.

Según el Tribunal Supremo, la necesidad de interponer dos demandas (una exigiendo el cumplimiento ante la jurisdicción civil y otra de responsabilidad ante la jurisdicción mercantil) resulta desproporcionada. Considera que ese resultado sería consecuencia de una laguna legal, pues la Ley de Enjuiciamiento Civil (dice el Tribunal) no permite directamente la acumulación en estos supuestos, aunque tampoco resuelve las situaciones de prejudicialidad entre ambas jurisdicciones. El Tribunal Supremo afirma que en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil existiría una "norma implícita", que permitiría al juez civil resolver las cuestiones civiles prejudiciales que se planteasen si no se decidiese su resolución en otro procedimiento ante el órgano competente, a petición de alguna de las partes. Pero el Tribunal considera insuficiente este criterio y, al amparo del principio de interpretación de las normas legales con arreglo a la Constitución (artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), realiza una aplicación analógica de las normas sobre acumulación que, según su criterio, permitiría admitir la acumulación de acciones en este supuesto.

Una vez confirmada por el Tribunal la procedencia de la acumulación, concluye que la competencia para conocer

de ambas acciones correspondería a los Juzgados de lo Mercantil, pues esta jurisdicción sería la competente para conocer la acción por responsabilidad de los administradores, que el Tribunal Supremo califica como la acción principal en relación con la acción de cumplimiento. Esta interpretación se funda en la consideración de que la especialización de los Juzgados de lo Mercantil ha de prevalecer respecto a la *vis attractiva* de la jurisdicción civil. Por otro lado, se declara que esta solución produce una alteración mínima en el sistema de distribución de competencias y no provoca indefensión a las partes, pues no afecta a sus posibilidades de alegación y defensa.

El pronunciamiento y sentido de la sentencia está presidido por la bienintencionada finalidad de solventar un problema acuciante generado por la falta de previsión del legislador a la hora de establecer las normas de competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil y su articulación con la competencia objetiva residual de los Juzgados de Primera Instancia.

Ahora bien, los argumentos técnicos con los que se trata de sostener la posible acumulación de las dos acciones ante los Juzgados de lo Mercantil no resultan convincentes, dado que podrían contravenir las normas procesales aplicables. A este respecto, llama la atención que en la sentencia de unificación de doctrina de 10 de septiembre de 2012 se diga directamente que *"las reglas generales sobre acumulación no amparan por sí solas esa solución"*.

La premisa consistente en la existencia de una prejudicialidad civil es, a nuestro entender, incorrecta, ya que pueden darse casos en los que no exista controversia alguna sobre la existencia, validez, cuantía o exigibilidad de la deuda de la sociedad. Dicho de otra forma, habrá casos en los que no deba ejercerse la acción *ex contractu*. Además, la tesis de la prejudicialidad casa muy mal con el pretendido carácter principal de la acción dirigida contra el administrador, máxime cuando se dice literalmente que *"el éxito de la acción frente a la sociedad es presupuesto para que proceda la acción de responsabilidad de los administradores"*. Desde un punto de vista procesal, se está ante dos acciones principales (en el caso de que ambas se ejerzan).

La afirmación de que el presupuesto de ambas acciones es el incumplimiento de la sociedad tampoco es correcta: ese incumplimiento solo es fundamento de la acción *ex contractu*. El presupuesto de la responsabilidad del administrador es la falta de cumplimiento de sus deberes de promoción de la disolución de la sociedad en caso de concurrencia de una causa de disolución.

La afirmación de que la finalidad de ambas acciones sería única, la de resarcir al acreedor de los daños y perjuicios que le ha ocasionado la sociedad, es, también a nuestro entender, técnicamente incorrecta. La dirigida contra la sociedad persigue el cumplimiento, no el resarcimiento, y la dirigida contra el administrador se dirige a hacerle responsable por haber permitido que una sociedad incurra en causa de disolución, y respecto de la cual no se hayan adoptado las medidas oportunas para corregir esa situación, haya contraído nuevas obligaciones (con el consiguiente riesgo de impago de los acreedores). Tampoco hay pretensión resarcitoria alguna, mucho menos si se admite el ejercicio acumulado (que es lo que autoriza la sentencia comentada y la del Pleno citada por ella).

El que la acción contra el administrador se ejerza en situaciones de insolvencia total o parcial tampoco la convierte en una acción resarcitoria. Además, el resto de situaciones que generan la responsabilidad del administrador no son *"de significado análogo"* a la de disminución patrimonial que obliga a la disolución. Por ejemplo: el cese de la actividad que constituye el objeto social, la conclusión de la empresa que constituye su objeto, la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social, la paralización de los órganos sociales, etc. (véase el artículo 363.1 de la Ley de Sociedades de Capital). Ninguna de ellas guarda relación con la solvencia de la sociedad, ni con la concreta insatisfacción del crédito del acreedor. Una sociedad muy solvente puede estar *"bloqueada"*. No se aprecia analogía alguna.

La intención de evitar la interposición o iniciación de dos procesos separados conlleva el reconocimiento implícito de que ése es precisamente el resultado al que conducen las normas procesales aplicables. Cuestión distinta es que esa consecuencia se considere desproporcionada o insatisfactoria. Pero esa valoración no puede bastar para soslayar la aplicación de la ley procesal, que es de orden público.

Atendiendo a las anteriores circunstancias, resulta difícil concebir dónde se encuentra la laguna legal aducida por la sentencia, según la cual la ley no habría permitido directamente la acumulación en estos supuestos, pero tampoco habría resuelto las situaciones de prejudicialidad entre los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de lo Mercantil. Se desecha que exista una norma implícita en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, este precepto solamente se analiza de forma parcial, ya que conforme a las normas contempladas en él, en aquellos supuestos en los que exista una prejudicialidad civil, procederá la suspensión del procedimiento que dependa de la decisión sobre la cuestión prejudicial hasta que éste termine por sentencia firme, salvo, en aquellos casos en los que quepa la acumulación de autos. Esto es precisamente lo que prohíbe el artículo 73 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este precepto es el que impide específicamente la acumulación de acciones, puesto que el conocimiento de una y otra no corresponde al mismo órgano judicial. Dentro del orden civil, la norma del artículo 73.1 apartado 1º precisamente cobra todo su sentido, entre otros casos, en el supuesto en que una acción deba ser conocida por los Juzgados de Primera Instancia y otra por los Juzgados de lo Mercantil.

En la sentencia se manifiesta que existe una laguna legal y al mismo tiempo se dice que hay norma implícita que regularía este supuesto como es el artículo 73.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que si hay norma implícita no existe tal laguna.

Finalmente, y por lo que se refiere a la consideración del Juzgado de lo Mercantil como Juzgado competente para conocer de las dos acciones, por ser el órgano judicial ante el que se ejercería la acción más específica, se incurre claramente en contradicción, ya que si la acción prejudicial es la ejercida contra la sociedad, parece que ésta sería la principal y no la acción de responsabilidad.

3.- Derecho de los mercados financieros

TEMAS ACTUALES

A) MERCADOS FINANCIEROS

Real Decreto-Ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras. Beltrán Gómez de Zayas y Fernando Revuelta.

El Consejo de Ministros aprobó el pasado 29 de noviembre el Real Decreto-ley 14/2013, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras, cuyo objetivo principal es la incorporación al ordenamiento jurídico español de las novedades derivadas de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de servicios inversión, y por el que también se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012, para fortalecer a las entidades financieras y empresas de servicios de inversión y mejorar las normas de gobierno corporativo de ambas, con el fin de superar las carencias que dieron lugar a la reciente crisis financiera.

Para más información, consultar el siguiente link:

Alerta Bancario Financiero RDL 14/2013

Circular 6/2013, de 25 de septiembre, de la CNMV, sobre normas contables, cuentas anuales, estados financieros públicos y estados reservados de información estadística de los Fondos de Activos Bancarios. Fernando García

Antecedentes

La Circular recoge las normas específicas para el tratamiento contable de las operaciones realizadas por los "Fondos de Activos Bancarios" (FAB), así como el contenido y forma de presentación de sus estados financieros públicos y reservados. En lo no regulado en la propuesta de Circular, se aplicará lo previsto en el Plan General de Contabilidad (PGC).

Aspectos a destacar de la Circular

2.1 Operaciones reguladas

La Circular indica que solo se regulan aquellos aspectos que "por su especificidad, no se contemplan en los correspondientes desarrollos reglamentarios de la legislación mercantil", entendiéndose por ésta básicamente el PGC.

2.2 Patrimonio neto

La circular establece un modelo de balance con un epígrafe denominado "VIII. Fondos propios". Este epígrafe no aparece en el modelo de balance de otros fondos similares, como son los fondos de titulización.

El tratamiento contable de las partidas incluidas en el epígrafe señalado, se recoge en la Norma duodécima (Instrumentos de patrimonio propio).

La inclusión de este epígrafe es justificado en la Circular con dos argumentos:

a) Capacidad de los FAB para recibir aportaciones calificadas como patrimonio neto, considerando que el artículo 31 del Real Decreto 1159/2012, establece la posibilidad de "*aportaciones de inversores institucionales, a quienes corresponderá el derecho al remanente que, en su caso, se produzca con ocasión de la liquidación del fondo, una vez satisfechos los derechos de crédito de los restantes acreedores.*"

b) Posibilidad de los FAB de tener un patrimonio positivo o negativo, considerando que el punto 11 de la Disposición Adicional décima de la Ley 9/2012, establece que las sociedades gestoras de los FAB, informarán de todas las

circunstancias que pueden influir en la determinación del valor del patrimonio. Esta posibilidad diferenciaría a los FAB de los fondos de titulización, que deben tener un patrimonio y resultado nulo a lo largo de su vida.

2.3 Deterioro de activos

Consideramos especialmente relevante la Norma sexta (Derechos de crédito) y la Norma décima (Activos inmuebles), especialmente los criterios de contabilización de los derechos de crédito transmitidos, directa o indirectamente, por la SAREB.

En este punto señalar que la CNMV no ha desarrollado un modelo para estimar el deterioro sino que remite al modelo establecido para las entidades de crédito en el Anexo IX de la Circular 4/2004 del Banco de España. Proyecto de Circular del Banco de España a las entidades de crédito y sociedades y servicios de tasación homologados, por la que se modifican la Circular 7/2010, de 30 de noviembre; la Circular 3/1998, de 27 de enero y la Circular 4/2004, de 22 de diciembre. Fernando García

Antecedentes

El Proyecto de Circular pretende modificar la Circular 7/2010, de 30 de noviembre, a las entidades de crédito, sobre desarrollo de determinados aspectos del mercado hipotecario; la Circular 3/1998, de 27 de enero, a las sociedades y servicios de tasación homologados, sobre información a rendir al Banco de España; y la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a las entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros.

Objetivo del proyecto

El Proyecto tiene como principal objetivo, establecer mecanismos y reglas adicionales para fomentar la independencia de la actividad de tasación.

La Norma Primera del Proyecto, modifica la Circular 7/2010, añadiendo principalmente, el contenido mínimo del reglamento interno de conducta que deben adoptar los servicios propios de tasación de las entidades de crédito, así como las sociedades de tasación a que se refiere el artículo 3.2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, como mecanismo mínimo para favorecer la independencia de la actividad de tasación y evitar conflicto de intereses.

La Norma Segunda del Proyecto introduce en la Circular 3/1998 mayores desgloses de información que las sociedades y servicios de tasación homologados deberán rendir al Banco de España.

La Norma Tercera del Proyecto modifica la Circular 4/2004 del Banco de España. Esta modificación incluye, por un lado, criterios a seguir en las tasaciones de inmuebles en la concesión de operaciones de crédito con garantía real, así como en las adjudicaciones o recepciones de bienes en pago de deudas. Por otro lado la periodicidad de las tasaciones en función de la naturaleza de la operación.

Información financiera

Las principales modificaciones incluidas en la Circular 4/2004 pueden resumirse así:

I.- Mayor profundidad en las técnicas de valoración a seguir en la tasación. El Proyecto señala que las tasaciones para la revisión del valor de las garantías reales tomadas como cobertura de préstamos concedidos y los activos adjudicados o recibidos en pagos de deuda, se efectuarán con los siguientes métodos:

- Tasación individual completa.
- Modelos automáticos de valoración.
- Procedimientos estadísticos muestrales.

II.- La periodicidad en las tasaciones. El Proyecto ahora presentado señala:

1. En las concesiones de operaciones de crédito con garantía real, no se considerarán válidas las tasaciones con condicionantes o anteriores, en más de seis meses, a la fecha de la concesión de la operación o de la adjudicación o recepción del bien en pago de deudas.

2. En la revisión del valor de las garantías reales tomadas como cobertura de préstamos concedidos y los activos adjudicados o recibidos en pago de deudas:

- En operaciones normales: Las entidades dispondrán de una valoración con una antigüedad máxima de un año en los casos de bienes inmuebles comerciales y de tres años en los demás casos.
- En operaciones subestándar: Las entidades dispondrán de una valoración con una antigüedad máxima de un año en los casos de bienes inmuebles comerciales y bienes inmuebles residenciales terminados. En los

demás casos, la antigüedad máxima será de tres años.

- En operaciones dudosas: Se deberá disponer con carácter general de una valoración con antigüedad máxima de un año siempre que una operación pase a calificarse contablemente como dudosa y en tanto permanezca en dicha categoría.
- En los casos en que se produzca una reestructuración o refinanciación de una operación, la entidad deberá contar con una revisión de la valoración de la garantía con una antigüedad máxima de un año.
- En la valoración de los activos adjudicados o recibidos en pago de deudas deberá revisarse realizando una tasación individual completa al menos una vez cada tres años.

No obstante lo indicado, deberán revisarse las valoraciones al menos con periodicidad anual siempre que las condiciones del mercado u otras circunstancias indiquen que los precios de los activos pueden experimentar disminuciones significativas.

B) MERCADO DE VALORES

Directiva 2013/50/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013. Luis Miguel de Dios

El 6 de noviembre de 2013 el DOUE publicó la Directiva 2013/50/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013, por la que se modifican las Directivas 2004/109/CE, 2003/71/CE y 2007/14/CE, todas centradas en los requisitos de información y transparencia de los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado. Los aspectos más relevantes de esta Directiva pueden resumirse del siguiente modo:

1.- *Información financiera.* La Directiva establece, en primer término, que los Estados miembros no deberán imponer en su legislación nacional el requisito de publicar información financiera con mayor frecuencia que la correspondiente a los informes financieros anuales y semestrales, salvo que ello no implique una carga financiera adicional y la información exigida suponga una carga proporcionada a los factores que contribuyen a las decisiones de inversión. Esta limitación se entiende sin perjuicio de la exigencia de información adicional a entidades concretas (como las financieras) o la exigida por los mercados regulados para determinados segmentos de mercado. Para la publicación de la información exigida la Directiva prevé un plazo de tres meses desde la finalización del plazo al que tal información vaya referida.

2.- *Transparencia de determinados pagos realizados a las administraciones públicas.* Los emisores cuyos valores se admiten a negociación en mercados regulados y tienen actividades en las industrias extractivas o de explotación del bosque primario deben revelar en un informe específico, con periodicidad anual y con arreglo a una serie de principios sentados por la propia Directiva, los pagos realizados a las administraciones públicas en los países en los que operan. La finalidad de esta obligación es proporcionar una información que permita que los Estados ricos en recursos responder por los ingresos que obtienen de la explotación de recursos naturales.

3.- *Participaciones significativas.* En este apartado, la Directiva regula lo siguiente:

- Con el fin de asegurar que los emisores y los inversores conocen la estructura de la titularidad de los emisores, la Directiva amplía la definición de instrumentos financieros contenida en la Directiva 2004/109/CE, incluyendo los instrumentos de efecto económico similar a la tenencia de acciones y derechos de suscripción, en la medida en que esos instrumentos pueden utilizarse para adquirir, de forma poco transparente, acciones en las sociedades emisoras, lo que podría dar lugar a un abuso de mercado y a transmitir una imagen falsa y engañosa de la titularidad económica de empresas cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado.
- Se limita la capacidad de los Estados para imponer normas más estrictas que las previstas en la Directiva 2004/109/CE en lo relativo al cálculo de los umbrales de notificación, la agregación de participaciones en los derechos de voto relacionados con instrumentos financieros y las exenciones de los requisitos de notificación. Por el contrario se declara la libertad de los Estados para establecer umbrales de notificación más bajos o adicionales.
- Se confiere a la Comisión el mandato de adoptar las medidas necesarias para la armonización del régimen de notificación mediante la adopción de las de normas técnicas que elabore la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM), así como para especificar las normas mínimas para la difusión de información regulada, el acceso a ella y los mecanismos destinados a su almacenamiento.

4.- *Régimen sancionador.* La Directiva delimita el régimen sancionador aplicable al incumplimiento a las normas de transparencias, incluyendo expresamente, entre otros, la imposición de sanciones a los integrantes de los órganos de administración y dirección de los emisores infractores y la publicación de las sanciones.

5.- *Definición de emisor.* Se amplía la definición de emisor a los emisores de valores no cotizados representados por certificados de depósito admitidos a negociación en un mercado regulado. Igualmente, se delimita la concreción del "Estado miembro de origen" de los emisores, a los efectos de supervisión.

6.- *Formato electrónico armonizado.* La directiva Prevé la implantación, para 2020, de un formato electrónico único

para la preparación de informes financieros, con el fin de que su acceso, análisis y comparación sea más asequible a los emisores, a los inversores y a las autoridades competentes.

Los Estados miembros deberán trasponer la Directiva en el plazo de dos años.

Circular 7/2013, de 25 de septiembre, de la CNMV, por la que se regula el procedimiento de resolución de reclamaciones y quejas contra empresas que prestan servicios de inversión y de atención a consultas en el ámbito del mercado de valores. Fernando Revuelta.

Con fecha 1 de noviembre de 2013 se publicó en el BOE la Circular 7/2013 de la CNMV por la que se regula el procedimiento de resolución de reclamaciones y quejas contra empresas que prestan servicios de inversión y de atención a consultas en el ámbito del mercado de valores (la "Circular").

El objetivo fundamental de la Circular es desarrollar y ejecutar las disposiciones contenidas en la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la CNMV y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (la "Orden") para adaptarlos al régimen de organización y funcionamiento del Servicio de Reclamaciones de la CNMV así como al marco regulador del mercado de valores.

La Circular, que sigue la misma estructura que la Orden, se encuentra dividida en tres capítulos de los cuales únicamente destacamos el capítulo referido al procedimiento de atención, tramitación y resolución de resoluciones y quejas.

A continuación, destacamos las menciones más relevantes relativas **al procedimiento de atención, tramitación y resolución de resoluciones y quejas:**

- Se requerirá tanto a las personas físicas como jurídicas que deseen presentar reclamaciones o quejas, que además de cumplir con los requisitos de legitimación exigidos en la normativa que regula el procedimiento de presentación de reclamaciones de usuarios de servicios financieros, tengan la consideración de clientes minoristas de acuerdo con la Ley 24/1988, de 28 de julio.
- Se habilita la posibilidad de que las reclamaciones o quejas se presenten por medios telemáticos en la Sede y Registros Electrónicos. Este mecanismo será voluntario para las reclamaciones y quejas de carácter individual. Por el contrario, las reclamaciones o quejas de carácter colectivo se deberán presentar obligatoriamente por medios electrónicos (servicio CIFRADO/CNMV del Registro Electrónico).
- Los formularios para la presentación de reclamaciones y quejas ante la CNMV se ajustarán a los modelos contenidos en los anexos 1, 2 y 3 de Circular 7/2013, y estarán a disposición del público en la CNMV, tanto en sus sedes como a través de su página web, debiendo además las entidades financieras reclamadas ponerlos a disposición de sus clientes de oficio en el momento en que tales reclamaciones o quejas se presenten por los clientes ante el departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso, al defensor del cliente, de la entidad contra la que se reclame.

La Circular, que entró en vigor el pasado 2 de diciembre de 2013, establece una *vacatio* de 6 meses para la presentación electrónica de quejas y reclamaciones.

JURISPRUDENCIA

Sentencia número 626/2013 de 29 de octubre de 2013 de la Sala de lo Civil Sección Primera del Tribunal Supremo sobre nulidad de swaps. Jacobo Otero.

En los últimos tiempos se vienen dictando muchas sentencias por los tribunales de instancia y audiencias, cuyos fallos coinciden en declarar nulos o anulables los contratos que documentan productos o instrumentos bancarios derivados, tales como contratos de permuta de tipos de interés (o *swaps*), órdenes de suscripción de participaciones preferentes y otros similares, fundándose en el error como vicio invalidante del consentimiento prestado por el cliente que contrata tales servicios bancarios.

En este contexto, se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Mahón estimando íntegramente la demanda interpuesta por una mercantil dedicada al sector de la construcción inmobiliaria contra una conocida entidad financiera española, y, en consecuencia, declarando la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito por las partes litigantes. En el mismo sentido se pronunció, tras el correspondiente recurso de apelación interpuesto por la entidad financiera, la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca que confirmó íntegramente el pronunciamiento de la sentencia recurrida. Por último, la entidad financiera, interpuso contra esta resolución un recurso extraordinario por infracción procesal y de casación sobre el cual el Tribunal Supremo resolvió el pasado 29 de octubre de 2013 dictando la sentencia objeto de este

comentario (la "STS").

En anteriores comentarios de este Boletín, ya se advirtió que varias sentencias de instancia (y en casos como el presente, también las sentencias de las Audiencias Provinciales) daban a entender que existe un vicio invalidante del consentimiento de quien contrata esos instrumentos financieros, debido precisamente a la propia naturaleza especulativa de estos productos y a la necesidad de una información más detallada que los bancos deben ofrecer no en consideración al riesgo del negocio, sino de todas o muchas de las variables que influyen en su funcionamiento, sin entrar realmente a valorar en el caso concreto si el error tenía una entidad suficiente para invalidar el contrato y si el error influyó de manera determinante en la génesis del negocio jurídico, es decir, en la voluntad de contratar.

A este respecto, la STS aquí analizada ha venido a insistir, en la línea de la Sentencia núm. 683/2012 de la Sala de lo Civil sección 1ª del Tribunal Supremo de fecha 21 de noviembre de 2012 [RJ 2012\11052], en la necesidad de probar suficientemente el error en cada caso (el error y no solo la escasa información, y ello al margen de que exista un especial deber de información derivado de la normativa sectorial de aplicación a las entidades financieras). Sobre la diferencia entre la defectuosa información y el error invalidante del consentimiento, la STS establece que "[...] aunque un defecto de información puede causar error en la formación de la voluntad de quien la necesitaba, no es correcta una equiparación, sin matices, entre uno y otro, pues puede haber error pese a la información - por más que lo normal es que no sea así o que la equivocación resulte inexcusable - y a la inversa". Exige asimismo la STS cierta concreción en relación con el error en la medida en que entiende que "[...] para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca la consideración de tal. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura, no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias".

Hay que entender por tanto, que las partes no pueden fundar la existencia de error al prestar su consentimiento determinante de la nulidad de un contrato de permuta financiera de tipos de interés en la naturaleza variable de ciertos aspectos (como el futuro de la referencia Euribor) que afectan al resultado más o menos favorable para cada una de ellas de lo pactado en el contrato. Y ello aunque tal circunstancia implique necesariamente la existencia de cierta incertidumbre al momento de su contratación. A este respecto, hay que tener en cuenta que el objeto de este tipo de contratos es precisamente mitigar el riesgo que puede derivar de una excesiva fluctuación del tipo de interés por lo que la mencionada incertidumbre se asume por las partes desde el momento en que contratan y, según explica literalmente la STS "[...] implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia".

Lo contrario, pretender que la naturaleza aleatoria de la referencia Euribor pudiese implicar per se un error vicio del consentimiento, sería inasumible y del todo absurdo, en la medida en que implicaría la nulidad de cualquier tipo de negocio especulativo en el que por fuerza existen variables desconocidas que dan sentido económico al contrato.

Adicionalmente, para poder ser apreciado como invalidante del consentimiento prestado, conforme a lo previsto en el Código Civil es necesario que el error sea esencial y que, conforme a la jurisprudencia, además sea excusable. Por esencial se debe entender, que recaiga sobre la cualidad del contrato que motivó su celebración, y por excusable, que no haya podido ser evitado mediante el empleo de una diligencia media. A este respecto entiende la STS que aún en el caso de que existiese error, este podría haber sido excusado por la demandante recurrida que no es un consumidor medio sino una profesional con experiencia en el mercado y en las relaciones con las entidades bancarias. De este modo, parece que la STS deja abierta la vía del error en el consentimiento para fundar la nulidad de contratos de permuta de tipos de interés en el caso de consumidores medios o mercantiles con un perfil menos especializado, siempre y cuando queden perfectamente acreditada la concurrencia de los restantes requisitos del error vicio.

Esgrimiendo estos y otros argumentos análogos que van en la misma línea, ambas sentencias del Tribunal Supremo, la STS objeto de este comentario y la sentencia mencionada de 21 de noviembre de 2012, contradicen la posición mayoritaria de instancia y audiencias favorable a los clientes en relación con la nulidad de contratos de permuta de tipos de interés.

En previsión de que su pretensión de nulidad fundada en un error vicio invalidante del consentimiento no prosperase, la mercantil demandante reclamó, con carácter subsidiario, la aplicación a la liquidación de la relación contractual de la regla *rebus sic stantibus*, ante los cambios de valor producidos, los cuales calificó como una alteración sobrevenida y extraordinaria de las circunstancias y una ruptura del equilibrio entre las prestaciones de una y otra parte. A este respecto, la STS deja claro que la jurisprudencia, utilizando esta fórmula (la aplicación del principio de *rebus sic stantibus omnis conventio intellegitur*, admite en nuestro sistema legal (tal y como también se hace en otros ordenamientos jurídicos como el italiano o el portugués) los medios de corrección de la frustración económica del contrato, en determinadas situaciones particulares. No obstante, también pone de manifiesto que para que sea aplicable esa técnica de resolución o revisión del contrato se exige, entre otras condiciones, que la alteración de las circunstancias resulte imprevisible, lo que no acontece cuando la incertidumbre constituye la base determinante de la regulación contractual.

Por ello, en la medida en que, tal y como hemos expuesto en relación con la no concurrencia del error vicio, dicha incertidumbre es inherente a los contratos de permuta financiera de tipos de interés, en el caso en ciernes no sería de aplicación el principio de *rebus sic stantibus*.

4. CONTRATOS MERCANTILES

Seguros de afianzamiento de las cantidades entregadas para la construcción de viviendas. Comentario a la STS de 13 de septiembre de 2013. Rafael Sáez.

La presente sentencia supone una novedad en la interpretación dada por buena parte de los tribunales españoles a los seguros de afianzamiento de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. En esta sentencia el Tribunal Supremo ha condenado a la entidad aseguradora ASEFA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS (la "Aseguradora") al pago de las compensaciones reclamadas por un grupo de cooperativistas que entregaron determinados importes para la construcción de una promoción inmobiliaria que no llegó a edificarse.

Los hechos se remontan a finales del año 2007, cuando una cooperativa constituida para la construcción de una determinada promoción inmobiliaria en Madrid, suscribió un seguro de caución con la Aseguradora. A dicha póliza se adhirieron todos los cooperativistas que invirtieron cantidades para la construcción de las viviendas, proporcionándoles la Aseguradora unos certificados de seguro con un extracto de condiciones de la póliza contratada por la cooperativa, extractos en los que se señalaba expresamente que la póliza no garantizaba la terminación de los trabajos de construcción, la entrega de las viviendas o el uso fraudulento de cualesquiera cantidades no ingresadas en la cuenta corriente abierta al efecto por la cooperativa.

Transcurridos dos años, se puso de manifiesto la imposibilidad de llevar a cabo la construcción de las viviendas dada la falta de recursos económicos de la cooperativa. Durante el proceso judicial, se evidenciaría que dicha falta de recursos se debió, en buena medida, al excesivo desembolso realizado por los gestores de la cooperativa para la compra de los terrenos donde las viviendas habrían de edificarse. En esta circunstancia, los cooperativistas solicitaron una compensación a la Aseguradora, con base en la póliza de seguro contratada, alegando ésta que la póliza había sido cancelada como consecuencia de un cambio no autorizado en la compañía gestora de la cooperativa. Durante el proceso, pudo advertirse que dicho cambio era conocido por la Aseguradora, que ya había realizado pagos a la nueva gestora como consecuencia de algunos extornos de primas generados.

Declarado el concurso de acreedores de la cooperativa, en el mes de julio de 2010 un grupo de 52 cooperativistas presentó una demanda frente a la Aseguradora reclamando la devolución de las cantidades invertidas en la cooperativa para la construcción de las viviendas.

El Juzgado de Primera Instancia que conoció de esta demanda estimó la pretensión de los cooperativistas, decisión que fue posteriormente revocada por la Audiencia Provincial de Madrid. Algunos de los argumentos esgrimidos por la Audiencia Provincial de Madrid resultaron bastante controvertidos, y los cooperativistas decidieron presentar un recurso de casación e infracción procesal ante el Tribunal Supremo.

El principal argumento esgrimido por la Aseguradora para su defensa fue que la póliza de seguro contratada por la cooperativa no reunía los requisitos para ser considerada un seguro de los regulados por la Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación de la Edificación (Ley 38/1999, de 5 de noviembre), al no contener ninguna referencia a dicho régimen legal, por lo que únicamente aseguraba el buen fin de las cantidades entregadas por los cooperativistas. En este caso, según la argumentación de la Aseguradora, no se había producido un mal uso de dichas cantidades pues, de hecho, habían sido invertidas en la adquisición de los terrenos y, por tanto, no existía un siniestro objeto de indemnización bajo la póliza, ya que no se había producido un incumplimiento de las obligaciones de la cooperativa.

El Tribunal Supremo concluye en su fallo que este tipo de productos de seguro cubre y se refiere a aquello que es formal y comúnmente aceptado como buen fin en la construcción de las viviendas, por lo que la falta de construcción de las viviendas y, por tanto, la no entrega a los cooperativistas debe ser uno de los supuestos indemnizables bajo su cobertura, de conformidad con lo previsto en la regulación de este tipo de productos en la Ley de Ordenación de la edificación, antes citada, y en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

Asimismo, la Aseguradora argumentó, para el caso de estimarse la aplicación de este régimen, que las pólizas contratadas (certificados) no recogían las fechas de inicio y terminación de los trabajos, lo que, de nuevo, impedía apreciar la existencia de un siniestro indemnizable.

En este caso, el Tribunal Supremo señaló que, si bien resultaba cierto que los certificados de seguro entregados a los cooperativistas no contenían las fechas de inicio y terminación de la construcción, éstas quedaban claramente

detalladas en los términos y condiciones completos de la póliza contratada por la cooperativa, por lo que eran evidentes para todas las partes que intervinieron en el contrato de seguro. A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo confirmó que, la falta de información en los certificados de seguro no podía beneficiar, en ningún caso, a la parte emisora de dichos certificados, esto es, a la Aseguradora, así como que el contenido de los certificados no puede alterar o modificar en modo alguno el contenido de la póliza de seguro a la que éstos se refieren y de la que son un extracto.

Cálculo de intereses de demora en el pago de indemnizaciones por las compañías aseguradoras. Comentario sobre la STS de 6 de noviembre de 2013. Rafael Sáez.

En fechas recientes el Tribunal Supremo ha dictado una nueva sentencia en la que pone énfasis en los argumentos que pueden o, más bien, que no deben retrasar el pago de una indemnización debida por una entidad aseguradora, por lo que procede el abono de intereses de demora por ésta.

El caso que nos ocupa versa sobre la responsabilidad civil imputada al fabricante de unos generadores de aire caliente utilizados en una instalación destinada al cultivo intensivo de hortalizas. Tras su instalación y puesta en funcionamiento, una mala combustión de los generadores propició la pérdida total de la cosecha.

Ante tales hechos, el titular de la explotación presentó una demanda, entre otros demandados, frente a la compañía fabricante de los generadores que, a su vez, dio parte a la entidad aseguradora con la que tenía contratada una póliza sobre su responsabilidad civil.

En el marco del proceso en Primera Instancia, la representación procesal de la entidad aseguradora alegó que su representada debía ser absuelta dado que el asegurado y la compañía habían negociado una modificación de las condiciones del contrato de seguro que excluían la cobertura de un incidente como el acontecido.

De esta forma, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número Uno de El Ejido (Almería), dictó sentencia condenando al fabricante de los equipos, entre otros condenados, y absolviendo a la entidad aseguradora de su eventual responsabilidad.

Dicha sentencia fue recurrida en apelación tanto por el demandante como por los demandados, elevándose las actuaciones a la Audiencia Provincial de Almería. La Audiencia Provincial acordó revocar la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia y condenó solidariamente al fabricante de los equipos generadores y a la compañía aseguradora al abono de la compensación reclamada por el demandante.

Ante esta resolución, la compañía aseguradora interpuso un recurso de casación ante el Tribunal Supremo contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería. De los dos motivos de casación alegados, únicamente fue admitido el primero de ellos, consistente en la eventual infracción de las normas recogidas en los apartados 4º y 8º del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro (Ley 50/1980, de 8 de octubre), la primera por haber sido aplicada y la segunda, por no haberlo sido.

El apartado 4º de dicho artículo se refiere al interés de demora que habrá de aplicarse de oficio por el órgano judicial en caso de retraso por el asegurador en el cumplimiento de la prestación que, transcurridos más de dos años desde la producción del siniestro (como es el caso de la sentencia objeto de estudio), no podrá ser inferior al 20%. Por el contrario, señala el apartado 8º que no habrá lugar a la indemnización por mora cuando el retraso en el cumplimiento de la prestación esté basado en una causa justificada o que no le fuera imputable a la compañía aseguradora.

En este caso, la compañía aseguradora alegó en primera instancia, como señalamos con anterioridad, que no resultaba obligada a indemnizar al demandante dado el cambio en las condiciones del contrato de seguro acordadas con el asegurado, así como por la concurrencia de alguna de las causas de exclusión recogidas en el contrato de seguro. Por este motivo, habían existido dudas razonables, a su juicio, sobre el alcance de la cobertura que justificaban de forma evidente el retraso en el pago de la indemnización.

El Tribunal Supremo acordó la desestimación de este motivo de casación, ya que, como ha señalado de forma reiterada, la aplicación del apartado 8º del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro debe realizarse forma restrictiva, de manera tal que el proceso judicial no se convierta en una excusa para evitar o demorar el abono de la indemnización a los perjudicados. La existencia del proceso o el hecho de defenderse en él, señala el Tribunal Supremo, no pueden ser causas que justifiquen por si mismas el retraso en el cumplimiento de la obligación de indemnizar.

Señala el Tribunal Supremo que, con el fin de analizar la eventual aplicación de dicha regla, los tribunales deben analizar el comportamiento de la entidad aseguradora en relación con el siniestro. En este caso, los argumentos utilizados por la Audiencia Provincial para rechazar la defensa de la entidad aseguradora (la significación contractual de la fecha de producción del daño, causado durante el tiempo de cobertura, y la eventual aplicación de unas modificaciones en el contrato de seguro que fueron acordadas con las partes con posterioridad a la producción del daño), hacen patente la actitud pasiva de la entidad aseguradora hacia el cumplimiento de su obligación de indemnizar, sin guardar relación alguna con la propia existencia del proceso.

¿Operador logístico, distribuidor o agente comercial? Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Octubre de 2013. Fco. Javier Arias Varona.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2013 resuelve un asunto en el que se ventila el problema de la naturaleza de la relación que une a las partes, que podría calificarse como de agencia o de logística. La diferencia entra ambas no es irrelevante, dado que, de calificarse como de agencia, el contrato quedaría sometido imperativamente a la Ley del Contrato de Agencia, con las conocidas consecuencias indemnizatorias en ciertos supuestos de extinción. El origen del pleito es, de hecho, la reclamación por una de las partes de una indemnización por la extinción del contrato que las unía, sobre la base de su naturaleza de contrato de agencia. En un primer momento, el Juzgado de Primera Instancia rechazó la reclamación, entendiendo que no había quedado probado que la actividad desarrollada fuera la de captación de clientela (contrato de agencia), sino la de distribución y venta de productos (contrato de distribución). La Audiencia Provincial, sin embargo, revoca la decisión de primera instancia, argumentando el reconocimiento a la indemnización sobre la base de los términos contractuales, que, a su juicio, demuestran la voluntad de las partes de someterse a las normas del contrato de agencia.

El Tribunal Supremo reconoce la existencia de una relación de agencia, repasando a lo largo de la sentencia los diferentes elementos que lo justifica. Así, no hay duda de que se trata de un empresario independiente cuya tarea, implícitamente admitida, es la visita y la captación de clientela para el demandado. Este aspecto reviste especial interés, dado que el Tribunal Supremo entiende que esa nota se da no solo porque la relación contractual contempló, en un determinado momento, la ampliación de la clientela, sino por la asunción implícita de la obligación, al limitarse el demandado a discutir que la actividad desarrollada pueda seguir generando ventajas para el empresario. Sin perjuicio del caso concreto, es un salto lógico que llama la atención, pues da valor sustantivo a lo que puede ser, sin más, un argumento de refuerzo o una línea de defensa que se entienda estratégicamente más sólida. Además, el Tribunal Supremo entiende acreditado, entre otras circunstancias, que la remuneración iba vinculada a los resultados, desestimando sin argumentar que el cambio del sistema a partir de un momento determinado pueda afectar a este extremo. En fin, y aunque admite que el nombre no condiciona la calificación, recuerda que la relación se denomina de agencia y el sistema indemnizatorio del contrato se remite a lo dispuesto en el régimen legal de dicho contrato.

Llegado a este punto, el Tribunal Supremo admite la procedencia de la indemnización por clientela, sobre la base del incremento sensible de las operaciones. En sus propias palabras, *"las características del producto objeto del contrato, la sustitución del actor por otros agentes que contratan al personal despedido, el requerimiento de las rutas para verificar y fortalecer las relaciones establecidas por el antiguo agente, pero, sobre todo, veinticuatro años de relación interrumpida, desvanecen cualquier duda acerca de la procedencia de la indemnización por clientela"*. En la indemnización por daños, se considera improcedente incluir ciertos inmovilizados (nave industrial y terrenos), por no concurrir los requisitos que exige la Ley del Contrato de Agencia. Por el contrario, sí admite la inclusión de los gastos por despido de personal, aunque no por efecto de esta última norma, sino sobre la base de un argumento bastante críptico que se remite al artículo 1258 del Código Civil.

5. DERECHO DE LA COMPETENCIA

La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de septiembre de 2013: el inicio del cómputo de la prescripción de las acciones de daños por infracciones de competencia. Aída Oviedo.

Mediante Sentencia de 4 de septiembre de 2013, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el cómputo del plazo de prescripción de las acciones por daños y perjuicios resultantes de una infracción del Derecho de la competencia, y en particular, sobre el *dies a quo* del término prescriptivo de dichas acciones.

El asunto tiene su origen en la acción de daños y perjuicios ejercitada por Céntrica en relación con el abuso de posición dominante cometido por Iberdrola al negarse a facilitarle la información del SIPS (Sistema de Información de Puntos de Suministro), que fue declarado por la –entonces– Comisión Nacional de la Competencia mediante Resolución de 2 de abril de 2009 y sancionado con una multa de 15 millones de euros.

En el caso concreto, ante la reclamación de daños de Céntrica a Iberdrola, tanto el Juzgado de lo mercantil como la Audiencia Provincial entendieron prescrita la acción ejercitada por aquélla al interpretar que el inicio del cómputo del plazo de prescripción se produjo desde que Iberdrola comunicó a Céntrica que podía acceder a la información del SIPS.

Por su parte, Céntrica, como único motivo de casación, defiende que la interpretación del inicio del cómputo del plazo de prescripción realizada por los tribunales de primera y segunda instancia es errónea. Según aquélla, dicho plazo no puede empezar a correr hasta que el perjudicado no tiene un pleno conocimiento del daño que ha sufrido,

o al menos está en condiciones de valorar en su conjunto las consecuencias dañosas y cifrar el importe que puede reclamar.

Pues bien, como veremos a continuación, el Tribunal Supremo ha estimado el recurso presentado por Céntrica al concluir que la prescripción de la acción por daños y perjuicios comienza a contar desde que el perjudicado pudo cuantificar el daño causado por la infracción de derecho de la competencia, y no desde que pudo *tener conocimiento* del daño.

En primer término, el Tribunal Supremo confirma que la acción ejercitada por Céntrica se trata de una acción de responsabilidad extracontractual, y por tanto regulada en el artículo 1.968 del Código Civil, que establece que las acciones relativas a las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de las que trata el artículo 1.902 del Código Civil prescriben transcurrido un año desde que lo supo el agraviado ¹.

A continuación, apoyándose en la doctrina que impone interpretar restrictivamente el concepto de prescripción en favor del perjudicado y teniendo en cuenta el principio de indemnidad, el Alto Tribunal estima que, en el caso concreto, los daños y perjuicios derivados del abuso cometido por Iberdrola vendrían representados por el lucro cesante, y que dicho lucro cesante no pudo determinarse mientras no se tuvo conocimiento de la información del SIPS ². Por tanto, el Tribunal Supremo considera que el plazo de prescripción de la acción debió empezar a computarse desde que Céntrica tuvo acceso efectivo a dicha información ³, y no desde que la información estaba a su disposición.

A estos efectos, el Tribunal destaca que tal interpretación está en línea con la Propuesta de Directiva adoptada por la Comisión Europea el 11 de junio de 2013, que basándose en el Libro blanco sobre *"acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia"* de 2008, establece como pauta a seguir que *"el plazo de prescripción no empiece a transcurrir antes de que una parte perjudicada tenga conocimiento, o se pueda esperar razonablemente que haya tenido conocimiento, de lo siguiente: i) la conducta constitutiva de la infracción. ii) la calificación de tal conducta como infracción del Derecho de la competencia nacional o de la Unión, iii) el hecho de que la infracción le ocasionó un perjuicio, y iv) la identidad del infractor que haya causado ese perjuicio"* (art. 10.2 Propuesta de Directiva).

En consecuencia, atendiendo a esta Sentencia y a la doctrina jurisprudencial en la materia, parece que, al menos en el caso español, la Comisión Europea no tiene razones para preocuparse por el hecho de que las acciones de daños prescriban antes de que los perjudicados puedan presentar la correspondiente demanda, si bien el plazo de un año de las acciones por responsabilidad extracontractual dista mucho del plazo de al menos cinco años que sugiere la Propuesta de Directiva (art. 10.4).

Interpretación extensiva del concepto legal de cartel. Comentario a STS (sala 3ª) de 6 de noviembre de 2013. Clara Lombao Gracia.

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2013 desestima los recursos de casación interpuestos por una entidad de crédito y el Abogado del Estado contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 1 de diciembre de 2009.

La Audiencia Nacional había estimado parcialmente el recurso contencioso administrativo contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (en adelante, "CNC") de 18 de octubre de 2007, que sancionaba a varias entidades financieras de País Vasco y Navarra, incluida la recurrente por un pacto de no competencia y por haber coordinado sus actuaciones frente a terceros competidores. En su sentencia de 2009, la Audiencia Nacional redujo la sanción impuesta a la entidad ahora recurrente de siete a tres millones y medio de euros. La Audiencia Nacional confirmó el resto de los pronunciamientos de la CNC, incluida la calificación de las conductas como un cártel de larga duración.

La entidad financiera articuló su recurso de casación a través de cinco motivos fundamentados, entre otros, en la falta de motivación de la Sala al resolver sobre la falta de proporcionalidad de la multa impuesta, la infracción del principio de legalidad y tipicidad y la incorrecta aplicación de la prueba de presunciones.

Sin embargo, considera el Tribunal Supremo que, por un lado, no existe tal falta de motivación al haber justificado la Sala de instancia la decisión de reducir la cuantía de la multa impuesta (utilizando los criterios de graduación establecidos en la Ley, atendiendo a la entidad de la conducta y su larga duración). Por otro lado, entiende que es del todo razonable sostener que las conductas sancionadas constituyen una infracción de la Ley de Defensa de la competencia, en la medida en que limitan el ejercicio de la actividad de las entidades financieras en determinadas zonas geográficas, con el propósito de respetar el ámbito de actuación tradicional de cada una de ellas. Por último, la sentencia defiende que se cumplen tanto los requisitos para considerar la infracción como una única y continuada como para la correcta aplicación de la prueba de presunciones, sin haber vulnerado en ningún caso la Sala de instancia el derecho a la presunción de inocencia de la recurrente.

Aunque se desestimen todos y cada uno de los motivos de casación, el Alto Tribunal apunta, *obiter dicta*, que las conductas no debían haberse calificado como "cártel". Y ello porque "no concurre el presupuesto del carácter de secreto de los acuerdos colusorios ni el requisito de que las entidades financieras participen en los acuerdos de no competencia obtuviera un grado significativo de poder de mercado". El Tribunal Supremo ya había realizado estas advertencias en otras sentencias relativas al mismo asunto (STS de 28 de junio de 2013)

De este modo, el Tribunal Supremo recuerda la definición de "cártel" recogida en la Disposición adicional cuarta de la actual Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia (en adelante, "LDC"):

A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones.

Así, de acuerdo con el tenor literal de la norma, en Derecho español (a diferencia de lo que ocurre en Derecho de la Unión Europea, dónde no existe una definición legal) sólo debería calificarse como "cártel" un acuerdo **secreto** cuyo **objeto** sea alguno de los incluidos en la Disposición adicional cuarta.

Pese a la dicción literal de la norma, la CNC había venido interpretando de manera extensiva la definición recogida en la LDC, calificando como cárteles acuerdos que no eran secretos o no tenían por objeto alguno de los establecidos en la Ley (entre otros, los asuntos S/0086/08, *Peluquería Profesional*, S/0185/09, *Bombas de fluidos* referidos intercambios de información).

La calificación de una conducta como cártel es relevante desde varias perspectivas. En primer lugar, lo es a los efectos de poder acogerse al programa de clemencia que permite obtener exenciones o reducciones a aquellos que declaran su participación en una conducta restrictiva de la competencia. En efecto, los artículos 65 y 66 LDC establecen con claridad que la exención o reducción de multas bajo un programa de clemencia sólo es posible para los cárteles, no para otro tipo de conductas restrictivas de la competencia. En segundo lugar, también lo es a los efectos de la consideración de la gravedad de la conducta. Efectivamente, un cártel es una de las infracciones más graves en materia de competencia, por lo que la calificación de una conducta como tal puede conducir a mayores sanciones, además de provocar (inmerecidamente) un mayor daño a la reputación de la empresa que fuera sancionada por una conducta que la Administración calificase, erróneamente, como cártel.

Por eso es relevante que, aun indirectamente, el Tribunal Supremo recuerde que si, a diferencia del legislador europeo, el español ha optado por establecer una definición precisa de cártel, no hay razón para separarse de esta definición. Consecuentemente, la seguridad jurídica exige que la CNC reserve la calificación de cártel, con las consecuencias que ello tiene, a aquellos acuerdos que lo sean conforme a la definición dada por el legislador. Estas intervenciones del Alto Tribunal, aunque discretas, hacen pensar que así podría hacerse a partir de ahora. Veremos si, efectivamente, la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia termina por ajustarse al concepto legal de cártel, delimitado en los términos que resulta de sentencias como la que aquí se comenta.

Reglamento de Ejecución (UE) no 1269/2013 de la Comisión, de 5 de diciembre de 2013, por el que se modifica el Reglamento (CE) no 802/2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas. Ángeles Jiménez.

La Comisión Europea ha adoptado el Reglamento de Ejecución 1269/13 que modifica el Reglamento 802/2004 y en el que recoge una serie de medidas destinadas a simplificar los procedimientos de control de las operaciones de concentración.

El Reglamento propone una extensión del ámbito de aplicación del procedimiento simplificado. De este modo aumenta el número de concentraciones que pueden ser notificadas utilizando el formulario abreviado al elevar las cuotas de 15% a 20% de cuota combinada para relaciones horizontales y de 25% a 30% para mercados verticalmente relacionados.

La Comisión actualiza y reduce la información requerida a las partes para la notificación de concentraciones y la presentación de escritos motivados, en particular para las operaciones evaluadas en el marco del procedimiento simplificado. Los contactos previos a la notificación se simplifican, e incluso se eliminan para las concentraciones más simples. Además, en la fase previa a la notificación se puede solicitar a la Comisión una dispensa de la obligación de proporcionar cierta información en su notificación cuando las partes consideren que no es necesaria para el examen del asunto.

El Reglamento también señala que es necesario acreditar por escrito el poder de representación cuando las notificaciones sean firmadas por representantes autorizados externos de personas o empresas.

Por otra parte, el derecho de acceso al expediente, del que ya se excluía las comunicaciones entre la Comisión y

las autoridades de competencia de los Estados miembros, se modifica con el fin de permitir a la Comisión intercambiar opiniones con libertad y confianza con las autoridades fuera del Espacio Económico Europeo. A estos efectos, el derecho de acceso dejará de abarcar la correspondencia entre la Comisión y dichas autoridades. Por último, el Reglamento aclara que la ampliación del plazo de adopción de una decisión para la Comisión a 105 días, también se aplica cuando las empresas implicadas ofrecen compromisos en un plazo inferior a 55 días hábiles desde la incoación del procedimiento, pero presentan una versión modificada de los compromisos 55 días hábiles o más después de dicha incoación.

En conclusión, el nuevo Reglamento pretende agilizar los procedimientos y facilitar la labor de las partes. Habrá que esperar a su aplicación cotidiana para comprobar si los objetivos se materializan.

6. TEMAS DE ACTUALIDAD

Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Beatriz Durán Castiñeira.

Con fecha 25 de octubre de 2013 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (el "**Proyecto de Ley**" y la "**LGDCU**", respectivamente) que, tal y como reza la exposición de motivos, tiene como objetivo trasponer al derecho español la Directiva 2011/83/UE.

La intención del legislador es llevar a cabo esta trasposición siendo fiel al texto de la Directiva, razón por la cual el Proyecto de Ley sigue el principio de mínima reforma de la norma actual. Entre las modificaciones propuestas a la actual redacción de la LGDCU cabe destacar las siguientes:

- Modificación e inclusión de definiciones conforme al tenor de la Directiva.
- Inclusión de una regulación conjunta relativa a los contratos celebrados a distancia y fuera del establecimiento mercantil tanto en cuanto a los requisitos formales aplicables a su suscripción como al derecho de desistimiento.
- Se amplían las garantías de los derechos de información y desistimiento.
En relación con la modificación de las definiciones, y respecto a los principales sujetos a los que afecta la misma, el Proyecto de Ley propone la supresión de las personas jurídicas del ámbito de la definición de los consumidores y usuarios e incluye, en el concepto de empresario a quién actúe a través de éste en su nombre o siguiendo sus instrucciones.

Asimismo, se incorpora un artículo 59.bis de definiciones entre las que se encuentra un concepto muy amplio de establecimiento mercantil aplicable a los efectos de la LGDCU.

En relación con los contratos celebrados a distancia y los celebrados fuera del establecimiento mercantil, su regulación se refunde en el título III de la LGDCU. Entre las modificaciones materiales que afectan a la actual regulación de este tipo de contratos destaca la incorporación de algunas definiciones (como las de los propios contratos objeto de regulación bajo dicho título III y otras relacionadas), así como la amplitud y reforzamiento de los requisitos de información y otras formalidades que ha de cumplir el empresario previa la suscripción del contrato. En concreto, se establece la obligación de informar al consumidor y usuario, al inicio del procedimiento de compra a más tardar, acerca de las distintas modalidades de pago o de la aplicación de alguna restricción de suministro. Asimismo, destaca el reforzamiento del derecho de desistimiento que asiste a consumidores y usuarios respecto a este tipo de contratos mediante la incorporación al propio texto de la LGDCU de un modelo normalizado para el ejercicio de dicho derecho.

En cuanto al derecho de desistimiento que se amplía el plazo mínimo para su ejercicio, pasando de ser de 7 días hábiles a 14 días naturales a contar desde la celebración del contrato a distancia o desde la toma en posesión material de los bienes que fueron adquiridos mediante la celebración del contrato fuera del establecimiento mercantil. En caso de que el empresario no informe debidamente acerca del derecho de desistimiento que asiste a consumidores y usuarios, el plazo para el ejercicio de este derecho se ampliará a doce meses.

En relación con el derecho de desistimiento también cabe destacar como novedad la incorporación de un formulario normalizado a nivel Europeo para ejercer este derecho. Este formulario deberá facilitarse por el empresario junto con el resto de información previa al contrato.

El Proyecto de Ley también amplía el régimen de información que el empresario debe facilitar con carácter previo a la suscripción del contrato, modificando así la actual redacción del artículo 60 de la LGDCU y añadiendo los artículos

60.bis y 60.Ter, que regulan la información previa que debe facilitarse en relación con pagos adicionales o cargos específicos de la utilización de un determinado medio de pago. De la redacción de estos artículos se desprende que el Proyecto de Ley pretende evitar posibles cargas encubiertas, siendo responsabilidad del empresario la de facilitar información suficiente acerca de posibles pagos o cargos adicionales.

El Proyecto de Ley también modifica la actual redacción del artículo 83 de la LGDCU. Esta modificación responde al fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-618 Banco Español de Crédito. En concreto, se adapta este precepto a la interpretación del Tribunal respecto a las facultades del Juez en relación con la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas y de integración del contrato. Conforme a esta interpretación, la nueva redacción del artículo 83 limita las facultades del Juez a la declaración de nulidad de la cláusula que se trate previa audiencia de las partes. Con ello se suprimen las facultades moderadoras que la actual redacción de este precepto otorga al Juez.

Finalmente, el Proyecto de Ley modifica en menor medida la Ley de Competencia Desleal y a la de Ordenación del Comercio Minorista a efectos de armonizar la norma interna con la Directiva y de evitar duplicidades en la regulación de los contratos celebrados a distancia.



También puede descargar este boletín en formato PDF

7.- Abreviaturas

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

1) En todo caso, esta conclusión no debería ser extensible a todas las acciones relativas a infracciones de competencia, puesto que, en puridad, sería posible ejercitar una acción de daños y perjuicios por responsabilidad contractual de conformidad con el artículo 1.101 del Código Civil cuando la infracción se haya producido en el marco de un contrato (como puede ser el caso de restricciones verticales, por ejemplo, en un contrato de distribución).

2) En particular, el Tribunal manifiesta lo siguiente: "Sólo a partir de ese momento, la perjudicada por el acto de abuso de posición de dominio estaba en condiciones de conocer el alcance del perjuicio causado y determinarlo, para poder reclamar de la demandada su indemnización".

3) Esta interpretación es acorde con la doctrina jurisprudencial existente en cuanto a reclamaciones de daños y perjuicios de carácter corporal, que establece que el inicio del plazo de prescripción empezará a contar a partir de que el perjudicado tenga conocimiento cierto, seguro y exacto de la entidad de los perjuicios (Sentencia 10/2013, de 21 de enero y sentencias citadas en ésta).

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

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

CMS Albiñana & Suárez de Lezo, Calle Génova 27, 28004 - Madrid, España

T +34 91 451 93 00 www.cms-asl.com

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