

BOLETÍN MERCANTIL Nº 6

Abril - Junio 2011

SUMARIO

- 1. ACTUALIDAD**
- 2. DERECHO SOCIETARIO**
- 3. DERECHO DE LOS MERCADOS FINANCIEROS**
- 4. CONTRATOS MERCANTILES**
- 5. DERECHO CONCURSAL**
- 6. COMPETENCIA DESLEAL Y PUBLICIDAD**
- 7. NORMATIVA EN TRAMITACIÓN**

BOLETÍN MERCANTIL Nº 6

Abril - Junio 2011

SUMARIO DETALLADO

1.- ACTUALIDAD

- Nuevo régimen de acceso a la profesión de abogado y de procurador de los tribunales: un cambio radical en los estudios de Derecho y en el acceso a las profesiones jurídicas.

1.- DERECHO SOCIETARIO

TEMAS ACTUALES

- La DGRN establece el procedimiento por el que se simplifica la constitución de sociedades de capital y otros actos societarios.
- Nueva regulación del arbitraje estatutario en las sociedades de capital
- Directiva 2011/35/UE relativa a las fusiones de las sociedades anónimas.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- Nombramiento de administradores sin mención previa en el orden del día (RDGRN 10-05-2011, "Fábrica de Cerámica Sargadelos, S.L.").
- Acción de reclamación de deudas sociales contra los administradores: la matriz contra la filial (STS 14-03-11).
- La disolución por enfrentamiento entre dos socios al 50% no justifica la inaplicabilidad de la Ley de Sociedades de Capital (STS 11-04-11).

2.- DERECHO DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

TEMAS ACTUALES

- Circular CNMV sobre información de las IIC extranjeras
- Otras novedades normativas

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- Bankinter condenado por incumplir la obligación de informar sobre los riesgos relacionados con

una inversión en participaciones preferentes de un banco islandés.

3.- CONTRATOS MERCANTILES

TEMAS ACTUALES

- Se publica la Ley de contratos de crédito al consumo.
- Los Registradores crean una web para consultar condiciones generales y sentencias que declaran la nulidad de cláusulas abusivas.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- Los intereses de demora abusivos (SAP Álava 13-04-11).

4.- DERECHO CONCURSAL

- Comunicación tardía de los créditos e inclusión de créditos (STS 13-05-11)
- Leasing y concurso
- Modificación de la Ley Concursal en tramitación.

5.- COMPETENCIA DESLEAL Y PUBLICIDAD

- La publicidad en la nueva Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del Juego.

6.- NORMATIVA EN TRAMITACIÓN

- Publicado el Proyecto de Ley de contratos de distribución
- Proyecto de Ley de reforma de la LIIC
- Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles
- Anteproyectos de Ley de Contrato de Seguro y de Ley de Supervisión de los Seguros Privados.

1. ACTUALIDAD

Nuevo régimen de acceso a la profesión de abogado y de procurador de los tribunales: un cambio radical en los estudios de Derecho y en el acceso a las profesiones jurídicas. Andrés Recalde Castells

Después de cinco años de *vacatio*, por fin, el próximo 30 de octubre entrará en vigor la ley 34/2006, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales. Y, también, por fin, después de un azaroso y larguísimo periodo de negociación que reflejaba las divergencias entre universidades, administración (con divergencias entre los ministerios de educación y justicia) y colegios profesionales, el gobierno aprobó el reglamento de desarrollo (Real Decreto 775/2011, de 3 de junio, BOE 16 de junio), sin el cual la Ley difícilmente podría aplicarse.

La Ley pretendía mejorar la capacitación profesional de abogados y procuradores, para garantizar a los ciudadanos una representación técnica de más calidad como fundamento del derecho a la tutela judicial. Sin embargo, las consecuencias del nuevo régimen probablemente van a ir mucho más allá de un mero cambio en el acceso a la profesión de abogado y de procurador; se modificarán, sin duda, los estudios de derecho y lo más previsible es que todas las profesiones jurídicas se vean afectadas.

La Ley respondía a una clara y comprensible preocupación por una formación de los juristas que, se dice desde hace tiempo, había experimentado un paulatino deterioro. Por ello, se consideró que los estudios de licenciatura -ahora de grado- en la universidad no deberían ser suficientes para poder representar a un cliente ante los tribunales. La solución se encontró en un nuevo sistema basado en el reforzamiento de los estudios universitarios mediante un curso suplementario y, lo que es más importante, también a través de la exigencia de una prueba final que debería acreditar la capacitación profesional del aspirante. En el nuevo modelo para ejercer la abogacía o la profesión de procurador no basta poseer el título de licenciado o de graduado en derecho (u otro título de grado equivalente, concepto que no dejará de suscitar serias dudas); el graduado que pretende ser abogado o procurador debe acreditar la superación de alguno de los cursos de formación ajustados a lo previsto en el reglamento, realizar un periodo de formación en prácticas, y superar la prueba final.

La Ley y el reglamento prevén que aquellos cursos de formación serán el resultado de la colaboración entre universidades y los colegios de abogados y procuradores. Estos cursos deben adoptar la forma de máster oficial impartidos por las universidades (por su cuenta o en colaboración con los colegios de abogados) o de cursos de formación impartidos por los colegios. La obligación de los colegios profesionales de aceptar los convenios de colaboración solicitados por las universidades permite presumir la proliferación de este tipo de cursos organizados por ambas. Tanto los cursos de formación para abogados como para procuradores tendrán una extensión mínima de 60 créditos ECTS (peculiar y arcaica unidad de medida "boloñesa"). La equivalencia de esos 60 créditos es aproximadamente la de un curso académico. Previsiblemente las prácticas externas se desarrollarán bajo la tutela de los colegios profesionales y tendrán también una duración de 30 Créditos ECTS, por lo que, de nuevo, cabe pensar en una duración que no será inferior a 3 o 4 meses.

Sólo después de ambos "obstáculos" se podrá acceder a la prueba de evaluación final. Esta tendrá carácter de "única e idéntica" para cada una de las profesiones en todo el territorio español. La prueba servirá para comprobar la formación práctica suficiente del aspirante para el ejercicio de la profesión y la adquisición de las competencias que imparten los cursos de formación. Tendrá carácter escrito y estará integrada por dos partes: un primer ejercicio consistente en una prueba objetiva de contestaciones o respuestas múltiples, y un segundo ejercicio consistente en un caso práctico elegido por el aspirante entre varias alternativas. La evaluación corresponderá a una comisión única designada para cada comunidad autónoma, en la que intervendrán representantes del ministerio de justicia, de educación, de la comunidad autónoma, un abogado o procurador, un profesor universitario y un representante del consejo general del poder judicial.

No cabe duda alguna de que esta prueba se convertirá en el fiel de la balanza del nuevo sistema. Más allá de su mayor o menor rigor, en el futuro va a constituir una barrera hasta ahora desconocida, cuya necesaria superación puede conducir a una significativa elevación del nivel mínimo de formación de los abogados y procuradores, tal como sucede en otros países que cuentan con similares barreras. En todo caso, a partir de ahora el periodo real de estudios para el acceso a la colegiación difícilmente será inferior a seis años: los cuatro años del grado, el curso anual de formación, los cuatro meses de prácticas y el periodo necesario para la

preparación de la prueba final en la convocatoria o convocatorias (se comenta que puedan ser dos anuales) que se convoquen.

Pero el modelo no dejará de tener consecuencias más amplias. Previsiblemente en otras profesiones jurídicas de prestigio - notarios, abogados del estado, registradores, o jueces y fiscales- tienda a exigirse, también, una formación complementaria, de acuerdo con el modelo del máster de acceso a las profesiones de abogado y procurador. La cuestión es si ello conducirá a masters especializados para cada profesión o a una formación generalista. Es cuestionable que el máster de acceso a la abogacía, debido a su focalización hacia conocimientos profundamente especializados hacia el ámbito forense pudiera servir a estos efectos. Pero la realización de cursos para cada profesión resulta económicamente inviable.

Otro cambio importante que se habrá de producir afecta al actual mercado de cursos de postgrado. No es imaginable que los estudiantes que finalicen los estudios de derecho dejen de preparar el máster o curso de formación general para el acceso a la abogacía. Al final, ello puede redundar en una significativa reducción de los demandantes de otros cursos de postgrado. En fin, el mismo concepto de máster no dejará de verse afectado: la concepción académica vinculada a esta calificación de raíz universitaria, en un entorno cada vez más competitivo no es desdeñable imaginar un escenario en el que los cursos de formación para el acceso a la abogacía que universidades y colegios profesionales ofrezcan se dediquen, de manera muy preferente, a la mera preparación de la prueba o evaluación final.

2. DERECHO SOCIETARIO

TEMAS ACTUALES

La DGRN establece el procedimiento por el que se simplifica la constitución de sociedades de capital y otros actos societarios. Por José Ramón Meléndez

En el BOE del 25 de mayo de 2011 se publicó la Instrucción, de 18 de mayo, de la DGRN, sobre **constitución de sociedades mercantiles y convocatoria de Junta General, en aplicación del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 diciembre**. Dicha instrucción fue posteriormente corregida por otra de 27 de mayo, publicada en el BOE del día siguiente

El Real Decreto Ley 13/2010 estableció un régimen especial de constitución de sociedades de responsabilidad limitada ("SIs") por el que:

1.- Se agiliza y simplifica la constitución telemática de sociedades mercantiles de capital:

La reforma permite que todos los trámites necesarios para la constitución de SL puedan llevarse a cabo, con carácter general, en un plazo máximo de 5 a 15 días, a excepción de los supuestos en que la elevada cuantía del capital o la complejidad de la estructura societaria exijan un examen más detallado.

El Registrador mercantil debe calificar, y, en su caso, inscribir, la constitución de sociedades, presentadas telemáticamente al Registro en los siguientes plazos:

- 7 horas hábiles siguientes a la recepción telemática de la escritura: SIs con capital social no superior a 3.100 euros y cuyos Estatutos sociales se adapten a los que apruebe el Ministerio de Justicia:
- 3 días hábiles siguientes a la recepción telemática de la escritura: SIs con capital social entre 3.101 euros y 30.000 euros.
- 15 días desde la fecha del asiento de presentación (como hasta ahora): SIs con capital social superior a 30.000 euros o que tengan entre sus socios a personas jurídicas, o cuyo órgano no sea un administrador único, varios administradores solidarios, cualquiera que sea su número, o dos administradores mancomunados.
- En los dos primeros supuestos anteriores, es obligatorio efectuar la remisión telemática de la escritura al Registro a través de Notario, mientras que en el tercer de los casos es optativo remitirla vía Notario.

2.- Se reducen obligaciones de publicidad de actos societarios en periódicos: se elimina la obligación de publicar en periódicos actos societarios tales como constitución, modificación de estatutos, reducción de capital, convocatoria de juntas de accionistas o disolución.

- SAs: Los anuncios de convocatoria de junta (art. 173.1 LSC), cambio de denominación, traslado de domicilio, sustitución o cualquier modificación del objeto social (art. 289 LSC), reducción de capital

social (art. 319 LSC) y disolución (art. 369LSC) deberán publicarse en la página web de la sociedad, en lugar de en periódico/s de gran circulación en la provincia donde la sociedad tenga su domicilio.

- SLs: Los anuncios de convocatoria de junta (art. 173.2 LSC) y notificación de reducción de capital a los acreedores con domicilio desconocido, si los estatutos les otorgan derecho de oposición en caso de reducción para devolver aportaciones (art. 333.2 LSC), deberán publicarse en la página web de la sociedad mediante comunicación individual/periódico en la provincia en la que la sociedad tenga su domicilio.
- Si las sociedades no tuviesen página web, los mencionados acuerdos se deberán publicar como hasta ahora.

Seguirá siendo obligatoria la publicación en el BORME de la convocatoria de la junta, la reducción de capital y en el supuesto del art. 333.2 LSC (notificación del derecho estatutario de oposición en las SL, que habrá de hacerse personalmente y si no fuera posible por desconocerse el domicilio de los acreedores, mediante la publicación en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación en la localidad en que radique el domicilio de la sociedad).

Posteriormente la Orden del Ministerio de Justicia de 9 de diciembre aprobó los referidos Estatutos-tipo de sociedad de responsabilidad limitada

Con esta Instrucción de la DGRN se pretende solucionar los problemas prácticos surgidos en la aplicación de estas normas:

- Las sociedades de capital se constituirán preferentemente por medios telemáticos. En especial las SL cuyo capital social no supere los 30.000 euros, que tengan entre sus socios sólo personas físicas y la estructura del órgano de administración sea un administrador único, dos administradores con facultades mancomunadas o varios solidarios.
- Los notarios deberán informar a sus clientes sobre el procedimiento de constitución telemática cuando se pretenda la constitución de una SL con las características descritas.
- Salvo indicación expresa en contrario del otorgante u otorgantes, que deberá figurar en la escritura de constitución, los notarios deberán seguir el procedimiento telemático previsto en el citado Real

Decreto-Ley 13/2010, pudiendo desencadenar responsabilidades disciplinarias en el notario el incumplimiento de estas obligaciones.

- Cuando la copia autorizada de la escritura pública que remita el notario autorizante al Registro mercantil por vía telemática, documente la constitución de una SL con las características descritas, el registrador mercantil deberá cumplir los plazos de calificación e inscripción y las obligaciones adicionales previstos en el art. 5 del Real Decreto Ley 13/2010, con aplicación de los aranceles reducidos establecidos en el mismo. El acto de constitución quedará exento de las tasas de publicación en el BORME.
- El incumplimiento por el notario de estas obligaciones no podrá ser causa de denegación de inscripción por el registrador mercantil ni, en general, impedirá la continuación del proceso constitutivo.
- El mismo procedimiento, con los beneficios previstos, será aplicable aún cuando se presente por el interesado la certificación negativa de denominación expedida en formato papel por el Registro Mercantil Central.
- La escritura de constitución de SL cuyos estatutos se adapten a los aprobados por la Orden de 9 de diciembre de 2010 deberá contener el texto íntegro de las disposiciones estatutarias, indicando la opción elegida en los casos así previstos (objeto social, estructura del órgano de administración, retribución, etc.). En ningún caso será suficiente la mera remisión, total o parcial, a los estatutos aprobados por la citada Orden.
- La delimitación estatutaria del objeto social podrá realizarse mediante la transcripción total o parcial de la enumeración de actividades contenida en el artículo 2 de los Estatutos-tipo aprobados.
- En caso de que la estructura del órgano de administración incluya “varios administradores solidarios”, deberá completarse la mención estatutaria con un número concreto de ellos o, al menos, con un número mínimo y máximo, en aplicación de lo dispuesto en el art. 23.e) de la LSC.
- Cuando se opte por la publicación de la convocatoria de la junta general en la página web de la sociedad, (art 173.1 LSC), la sociedad deberá determinar la página web en los estatutos de la sociedad o bien notificar a todos los socios la existencia y dirección

electrónica de dicha página web y el sistema de acceso a la misma. El anuncio de convocatoria deberá estar publicado en la página web desde la fecha de aquella hasta la efectiva celebración de la junta. El contenido de la convocatoria se ajustará al art. 174 de la LSC.

- En atención a la exención aplicable a la constitución de sociedades mercantiles (art. 45 1 B) del Texto Refundido de la Ley del ITP y AJD, para la calificación e inscripción de sociedades de capital en el Registro Mercantil no será necesaria la presentación del documento de autoliquidación con alegación de la exención.

Nueva regulación del arbitraje estatutario en las sociedades de capital). Por Marta Ortiz.

El 21 de mayo de 2011 se publicó en el BOE la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

Esta Ley se complementa con la publicación de la Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial.

La reforma tiene por objetivo impulsar los sistemas alternativos de resolución de conflictos o controversias y en especial, el arbitraje, institución a la que el Tribunal Constitucional ya ha reconocido en varias decisiones su consideración de equivalente jurisdiccional.

Entre las distintas novedades que la reforma introduce, cabe destacar la previsión expresa de que las sociedades mercantiles puedan someter a arbitraje los conflictos societarios que en ellas se planteen.

Como es bien sabido, los socios de las sociedades de capital tienen derecho a impugnar los acuerdos sociales contrarios a la ley o a los estatutos o lesivos para la sociedad en interés ajeno; esa misma facultad de impugnación se confiere también a los administradores y, en el caso de acuerdos nulos, a terceros que acrediten un interés legítimo.

Originalmente, la jurisprudencia negó la arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales sobre la base de la competencia exclusiva correspondiente a los juzgados y tribunales, que recogían tanto la antigua Ley de Sociedades Anónimas como la Ley Orgánica del Poder Judicial. Asimismo, la doctrina mayoritaria mantenía que

aquella era una normativa de carácter imperativo y, por tanto, no disponible por las partes.

Sin embargo, esta tendencia sufrió un duro revés en 1.998 a raíz tanto de una decisión de la Dirección General de los Registros y del Notariado como de una sentencia del Tribunal Supremo, que marcaron un punto de inflexión en esta materia. Hoy en día las voces contrarias a la arbitrabilidad societaria están claramente en minoría, siendo comúnmente admitido que la impugnación de acuerdos sociales puede ser objeto de arbitraje.

Sin perjuicio de lo anterior, no existía hasta la fecha una regulación expresa sobre esta cuestión, previsión que sí contiene la recién publicada Ley 11/2011 que ahora comentamos.

Las principales materias que regula la Ley 11/2011 son:

- Se requiere el voto favorable de al menos dos tercios de las acciones o participaciones en que se divida el capital social para incluir en los estatutos una cláusula de sumisión a arbitraje y se abandona, por tanto, la inicial exigencia de unanimidad que recogía el proyecto de ley; Medida que, en la práctica, hubiera dificultado la adopción del correspondiente acuerdo, además de ser contradictoria con el espíritu impulsador de la norma.
- Otro aspecto positivo es la obligatoriedad de someter a arbitraje institucional la resolución del conflicto societario. Es decir, que las partes tendrán que someter las posibles controversias a la experiencia de una asociación, corte o institución arbitral (Cámaras de Comercio, Colegios de Abogados, Entidades privadas, etc.) y no a un arbitraje ad-hoc.
- Finalmente, la Ley establece que el laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil y ello determinará la cancelación de la inscripción del acuerdo impugnado así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella.

En definitiva, la nueva regulación facilita que las sociedades puedan ahora acceder al arbitraje estatutario, no ya en su constitución, sino a lo largo de la vida societaria, mediante una mayoría cualificada, lo cual es positivo por tratarse de una fórmula adecuada no sólo para la resolución, sino también para la prevención de conflictos societarios.

Se publica la Directiva relativa a las fusiones de las sociedades anónimas. Por Eduardo Apilánez

La Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (la “Directiva”) supone una nueva modificación de la ya antigua **Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978**. De ella cabría destacar una serie de novedades en relación con (i) la información y protección de accionistas; (ii) los supuestos de nulidad de la fusión; y (iii) la aplicación de las normas de la fusión a otras operaciones análogas.

(i) Información y protección de accionistas

- Publicación del proyecto de fusión

La nueva redacción de la Directiva establece que el proyecto de fusión deberá ser objeto de publicidad en el Boletín Oficial correspondiente, al menos, un mes antes de la fecha de la reunión de la junta general llamada a pronunciarse sobre el proyecto de fusión. No obstante, cualquiera de las sociedades que se fusionen quedará exenta de dicho requisito de publicidad si, durante un período ininterrumpido iniciado, al menos, un mes antes del día fijado para la citada reunión y que no termine antes de la conclusión de esa reunión de la junta, pone a disposición del público de forma gratuita en su sitio Web tal proyecto de fusión.

Sin perjuicio de lo anterior, los Estados miembros podrán exigir que la publicidad se realice, además, bien a través de una plataforma electrónica central (que permita consultar las informaciones publicadas en orden cronológico), o bien en cualquier otro sitio Web designado por ellos a tal efecto. Cuando los Estados miembros recurran a una de estas posibilidades, velarán porque no se cobre a las sociedades una tarifa específica por dicha publicación.

Además, los Estados miembros podrán exigir a las sociedades que mantengan la información durante un período específico después de la celebración de la reunión de la junta general en su sitio Web o, cuando proceda, en la plataforma electrónica central.

- Aprobación de la fusión

Se establece que la legislación de un Estado miembro podrá no imponer la aprobación de la fusión por la junta general de la sociedad absorbente, siempre y cuando (i) el proyecto de fusión sea publicado, al menos, un mes

antes de la reunión de la junta general; (ii) todos los accionistas tengan, durante ese plazo, la posibilidad de revisar el proyecto y otros documentos relativos a la fusión; y (iii) se respete el derecho de los accionistas (titulares de, al menos, un 5% del capital social de la sociedad absorbente) de obtener la convocatoria de una reunión de la junta general llamada a pronunciarse sobre la aprobación de la fusión.

- Informe de administradores

Los Estados miembros podrán estipular que no se requiera el informe de administradores si así lo han acordado todos los accionistas (y tenedores de otros títulos que confieran derecho a voto) de todas y cada una de las sociedades que participen en la fusión.

- Información de los accionistas

Todo accionista tendrá derecho, al menos, un mes antes de la fecha de la reunión de la junta general llamada a pronunciarse sobre el proyecto de fusión, a tener conocimiento, en el domicilio social, de una serie de documentos relativos a la fusión. No obstante, la Directiva establece, asimismo, que esa obligación no será de aplicación para aquellas sociedades que hayan puesto tales documentos a disposición del público en su sitio Web durante un período ininterrumpido iniciado, al menos, un mes antes del día fijado para la reunión de la junta general llamada a pronunciarse acerca del proyecto de fusión y que no termine antes de la conclusión de dicha reunión de la junta. Al igual que en el caso del proyecto de fusión, los Estados miembros podrán exigir a las sociedades que mantengan esa información en sus sitios web durante un período específico después de la reunión de la junta general.

Asimismo, cualquier accionista, sin gastos y por simple petición, deberá poder obtener una copia íntegra o, si lo desea, parcial, de los documentos citados en el párrafo anterior. Sin embargo, ello no será de aplicación si el sitio Web donde se hayan publicado esos documentos confiere a los accionistas la posibilidad, durante el plazo antes mencionado, de descargarlos e imprimirlos.

(ii) Supuestos de nulidad de la fusión

En relación con la nulidad de la fusión, cabría destacar que la Directiva contempla expresamente que, cuando sea posible remediar la irregularidad susceptible de ocasionar la nulidad de la fusión, el tribunal competente deberá conceder a las sociedades interesadas un plazo para regularizar la situación.

(iii) Operaciones análogas a la fusión

Otra novedad introducida por la Directiva sería la aplicación de las normas relativas a las fusiones a determinadas operaciones que son consideradas como análogas a la fusión, con el objeto de extender a éstas las garantías aseguradas a los accionistas y a los terceros en los supuestos de fusiones.

(iv) Ámbito de aplicación y periodo de adaptación

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación de la Directiva las medidas de coordinación de la Directiva se deberán aplicar a las disposiciones legales y reglamentarias que afecten a las sociedades anónimas. Sin embargo, cabrá la posibilidad de que los Estados miembros no apliquen las disposiciones de la Directiva cuando una o varias de las sociedades que hayan sido absorbidas o que se extingan a resultas de la fusión sean objeto de un procedimiento concursal.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES**Nombramiento de administradores sin mención previa en el orden del día (RDGRN 10-05-2011, BOE 3-06-2011 “Fábrica de Cerámica Sargadelos, S.L.”). Por Andrés Recalde**

La Junta sólo puede adoptar acuerdos sobre los asuntos mencionados en el orden del día (art. 174 LSC). Esta regla general se establece como medida de tutela de los accionistas, ya que el orden del día cumple una función de información y aviso sobre las cuestiones que pueden debatirse y tomarse decisiones. No es objeto de discusión que la citada regla se extiende también al nombramiento de administradores. Sin embargo, cuenta con excepciones: por supuesto no se requiere convocatoria ni tan siquiera orden del día en el caso de la junta universal en el que la totalidad de los socios deciden constituir para deliberar y tomar acuerdos sobre los asuntos que, también unánimemente, determinen (art. 178 LSC). La misma libertad para adoptar el acuerdo de nombramiento de administradores sin necesidad de una previa mención en el orden del día debería reconocerse cuando en el orden del día se establecía una previsión implícita al asunto del tipo de la “renovación de consejeros” (STS 29-4-1985) o se mencionaba que iba a tratarse en la junta de un asunto que necesariamente es conexo al nombramiento como la revocación de los consejeros.

Una interpretación sistemática de las normas legales condujo a que se admitieran otras excepciones: en particular se entendía que podría procederse al

nombramiento de los administradores sin necesidad de previsión en el orden del día en los casos en que la junta decidía de manera directa la separación de los administradores o cuando se alcanzaba ese efecto de manera indirecta como consecuencia del acuerdo de ejercitar una acción social de responsabilidad (STS 13-4-1974; 30-9-1985; 4-11-1992). Si en ambos supuestos el acuerdo se podía adoptar sin una previa referencia en el orden del día (art. 223 y art. 228.1 y 31 LSC), parecía lógico concluir la junta pudiera decidir libremente sobre la cobertura del administrador cesado. Sin embargo, estas excepciones se justificaban generalmente cuando las situaciones contempladas podrían provocar una acefalia o paralización de los órganos de la sociedad.

En todo caso se trataba estrictamente de casos excepcionales. No se admitía, por tanto, en otros supuestos, ya que ello desvirtuaría la regla general y, sobre todo, podría afectar a los derechos de minoría. Piénsese en la importancia que tiene la referencia en el orden del día al nombramiento de administradores a los efectos del ejercicio del derecho de representación de la minoría.

Uno de los casos controvertidos era, en concreto, aquel en el que se produce el cese de un administrador como consecuencia de su dimisión. Precisamente a este caso se refiere la RDGRN de 10 de mayo de 2011, que se ocupó de la dimisión presentada en la junta por uno de los tres integrantes del Consejo de Administración. El presidente propuso el nombramiento de un nuevo consejero, lo que fue aprobado. Tal punto no constaba en el orden del día de la junta y esta circunstancia llevó al Registrador Mercantil a denegar la inscripción. Interpuesto recurso contra la calificación, la DGRN acordó su estimación.

Sin embargo, de la resolución no se deduce que en cualquier caso en el que se produjera la dimisión de un consejero la junta pueda nombrar a un administrador en su lugar. En el presente caso lo hace porque, siendo un consejo de administración, la falta de nombramiento conlleva que el “*Consejo de Administración queda (...) incompleto, integrado por dos Consejeros, inferior al mínimo previsto legalmente y en los Estatutos, por lo que el nombramiento cuestionado en la calificación impugnada debe ser admitido. Y, aunque el Administrador dimisionario haya expresado su disposición para continuar en el ejercicio del cargo hasta la constitución de la próxima Junta General, debe prevalecer la voluntad mayoritaria de los socios –expresada en la Junta General ya celebrada– sobre el cese inmediato de dicho*

Administrador y el nombramiento de otra persona para ocupar la vacante”.

La solución acogida por la Resolución probablemente se justifica también por otras circunstancias concurrentes en el caso. La junta se constituyó con la presencia de la práctica totalidad del capital (99,08 %, es decir, parece que la RDGRN consideraba que se trataba “casi” de una junta universal) y el acuerdo se adoptó con una abrumadora mayoría a favor (62,33 %, una abstención del 34,57 % y, tan sólo, un 2,18 % de votos en contra). Aunque no mencione este argumento, no es de desdeñar que esta circunstancia inclinara a la DGRN a aplicar una especie de “prueba de la resistencia”, que tuviera en cuenta que la no inscripción del nombramiento se habría resuelto en el mismo sentido en una futura junta. En este sentido, la resolución respondería a razones de economía procedimental, como es evitar la demora en un acuerdo que inevitable.

Pero no parece razonable la extensión de la excepción a otros supuestos. En particular, no es probable que pudiera aceptarse una estrategia en la que la dimisión de un consejero y su sustitución imprevista pudiera ser el cauce para evitar el ejercicio del derecho de representación proporcional. Es también discutible que la constatación de que el incumplimiento de las normas de publicidad se pueda suplir cuando el resultado que se habría alcanzado pudiera ser el mismo. Una conclusión diferente desconoce la importancia que tiene esa publicidad para coadyuvar a la configuración de la voluntad de los socios.

Acción de reclamación de deudas sociales contra los administradores: la matriz contra la filial. (STS 14-03-2011). Por Jesús Alfaro.

En este supuesto la sociedad matriz cae en quiebra. La filial, no. La filial se liquida y paga a todos sus acreedores... excepto a la matriz que le había prestado una importante cantidad de dinero. El síndico de la quiebra de la matriz demanda, en ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores de la filial pidiendo que éstos paguen el crédito a la matriz porque la filial se encontraba incurso en causa de disolución. El Tribunal Supremo da la razón al síndico y ordena a los administradores de la filial pagar a la matriz la deuda.

Los demandados alegaron que la conducta de la matriz era contraria a la buena fe. El TS rechaza la alegación sobre la base de que fue extemporánea y sienta una doctrina que nos parece correcta: los acreedores de la

matriz no merecen peor trato que los acreedores de la filial.

La disolución por enfrentamiento entre dos socios al 50% no justifica la inaplicabilidad del art. 376 de la Ley de Sociedades de Capital (STS 11-04-2011). Por Jesús Alfaro

Disolución de la sociedad por enfrentamiento permanente entre los dos socios al 50 %. Uno de los socios ejerce como administrador. El otro, al acordarse la disolución judicialmente, pide que sea designado un tercero por el juez como liquidador, dado que, de aplicarse el art. 376.1 LSC (continuación como liquidador del administrador), el riesgo de parcialidad en el cumplimiento de sus funciones como liquidador era grande. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 11 de abril de 2011 confirma las sentencias de instancia y niega que proceda la inaplicación. No obstante, no condena en costas

“Los supuestos del art. 104.1 c) LSRL, en el caso concreto de dos socios con igual participación social del cincuenta por ciento cada uno, y claramente enfrentados, plantea una cierta singularidad respecto de otras causas de disolución, pero ello no es razón suficiente para objetar con carácter general la aplicación de la norma del art. 110.1 LSRL (art. 376.1 LSC) . Puede suceder que concurriendo determinadas circunstancias objetivas (fraude; inidoneidad patente, manifiesta complejidad; imbricación de otras sociedades; etc.) pueda justificarse una medida judicial -de designación de liquidador, o de intervención-, pero se trata en todo caso de circunstancias excepcionales, que no se dan con desconfianzas subjetivas, o preparación de la situación mediante el ejercicio de acciones de responsabilidad social o de naturaleza penal, de resultado desconocido o incierto, por lo que basta, por lo general la operatividad de la responsabilidad a que está sujeto todo administrador-liquidador (art. 114 LSRL; art. 375.2 TRLSC)”.

3. DERECHO DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

TEMAS ACTUALES

Comentarios a la circular 2/2011, de 9 de junio, de la CNMV sobre información de las IIC extranjeras inscritas en los Registros de la CNMV. Por Alejandro Albarte

1.- Introducción.

El 30 de junio finalizó el plazo para la trasposición de la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios ("Directiva UCITS IV") que establece, como principal novedad, un nuevo procedimiento de notificación para las Instituciones de Inversión Colectiva ("IICs") extranjeras armonizadas, todo ello para intentar simplificar el proceso y facilitar el acceso a dichos organismos a los mercados de otros Estados miembros.

La Circular 2/2011 que entró en vigor el 1 de julio, deroga la Circular 2/2006, adaptando la normativa española a las disposiciones contenidas en la Directiva UCITS IV, simplificando el procedimiento de notificación y racionalizando la información que debe ser remitida a la Comisión Nacional del Mercado de Valores ("CNMV").

2.- Envío a la CNMV de la información relativa a las IIC extranjeras armonizadas

Las IICs extranjeras autorizadas en otro Estado miembro de la Unión Europea que pretendan comercializar sus acciones o participaciones en España deberán incluir en el apartado B del escrito de notificación normalizado previsto en el Anexo I del Reglamento (UE) nº 584/2010 de la Comisión, remitiéndolo a las autoridades competentes de su Estado miembro de origen, la siguiente información:

- Identificación de la entidad encargada de representar a la IIC ante la CNMV. Esta entidad podrá ser la propia IIC extranjera o su sociedad gestora, o bien la entidad comercializadora o persona jurídica que designe.
- En el caso de IIC con forma societaria, la identificación de la entidad comercializadora con establecimiento en España que designe la IIC o su gestoría para realizar la comunicación obligatoria de número de accionistas y patrimonio a los efectos del artículo 52 del Reglamento del IRPF.
- Identificación de la entidad con domicilio en territorio español responsable subsidiaria del pago de las tasas a la CNMV, así como el volumen previsto a comercializar en España.

Lo primero que cabe destacar es que esta información se remite a través del modelo previsto en el Reglamento 584/2010 al propio estado de origen en lugar de al de

acogida. Esta es una de las grandes novedades que, en cumplimiento de la Directiva UCITS IV, incorpora la Circular 2/2011.

Una vez inscrita la IIC extranjera, según el procedimiento anteriormente descrito, la entidad designada como representante de la IIC ante la CNMV, deberá comunicar por vía telemática a la CNMV lo siguiente:

- a) Las altas y bajas de las entidades comercializadoras en España de la IIC.
- b) Las modificaciones relativas a los datos de la IIC.
- c) Las modificaciones relativas a las entidades mencionadas en el anexo regulado en el Reglamento 584/2010.
- d) Las modificaciones en el volumen previsto a comercializar en España
- e) En su caso, solicitud de baja de la IIC del correspondiente registro de la CNMV.

Otra de las grandes novedades de esta Circular 2/2011 es que reduce las obligaciones de comunicación de la IIC o entidad designada frente a la CNMV, ya que no será obligatorio informar directamente por vía telemática a la CNMV de las altas y bajas de compartimentos, cambios en las clases de acciones comercializadas, o la actualización de cualquiera de la documentación de la propia IIC como su folleto completo o sus folletos simplificados. No obstante, en cumplimiento del artículo 93.7 de la Directiva UCITS IV, el estado de origen de la IIC garantizará que las autoridades competentes del Estado miembro de acogida de la IIC tengan acceso, por medios electrónicos, a la citada documentación.

También queda por tratar qué hacer con posibles cambios o actualizaciones en la documentación de la IIC en el caso de que esta tenga alguno de sus compartimentos cotizando en las Bolsas españolas.

3.- Información a socios y partícipes relativa a las IIC extranjeras armonizadas

Se prevé la obligación de la entidad encargada de representar a la IIC frente a la CNMV, así como de todas las entidades comercializadoras, de mantener en su sede social a disposición de la CNMV durante un periodo mínimo de 6 años los sucesivos informes de contenido económico, así como los sucesivos informes anuales que se elaboren con posterioridad a la inscripción en la CNMV. Esto significa que se elimina la obligación de mantener en custodia las modificaciones al resto de la documentación de la IIC.

4.- Comunicación del número de accionistas y patrimonio a los efectos del artículo 52 del Reglamento del IRPF

La principal novedad con respecto a la Circular 2/2006 es que la comunicación preceptiva que debe realizar mediante envío telemático la entidad comercializadora designada deberá contener:

- a) Denominación de los compartimentos o subfondos comercializados en España, con más de 500 accionistas y de las clases de acciones que formen parte de dichos compartimentos o subfondos.
- b) Códigos ISIN de la IIC, compartimentos o subfondos y, en su caso, clases de acciones.
- c) El resto es lo mismo que se venía exigiendo en la Circular 2/2006: datos identificativos de la IIC, número total de accionistas, patrimonio total de la IIC extranjera o sus subfondos y fecha de referencia de los datos comunicados.

5.- Información de las IIC no armonizadas, y envío de estados estadísticos

La Circular 2/2011 no supone ninguna novedad relevante respecto a la remisión de la documentación relativa a las IIC extranjeras no armonizadas a salvo que se establece expresamente la obligación de dichas IICs de cumplir con las obligaciones de disponibilidad de la información, entrega de información previa a la suscripción y remisión periódica de información a los accionistas exigidas para las IIC armonizadas.

En cuanto a las obligaciones de remisión de los estados estadísticos a la CNMV por parte de la entidad designada por la IIC o de la comercializadora, no existe ningún cambio en la Circular 2/2011, debiéndose seguir remitiendo por dichas entidades no más tarde del último día natural del mes siguiente a la finalización de cada trimestre natural.

Otras novedades legislativas. Por Ana Gimeno

Se han publicado también en el BOE las siguientes normas:

1.- Ley 6/2011, de 11 de abril, Ley Modificación de la Ley de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, de la LMV y del RD Legislativo 1298/1986 sobre adaptación del derecho vigente en materia de

entidades de crédito al de las Comunidades Europeas (BOE 12 de abril)

Inicia la transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modifican las Directivas 2006/48/CE, 2006/49/CE y 2007/64/CE en lo que respecta a los bancos afiliados a un organismo central, a determinados elementos de los fondos propios, a los grandes riesgos, al régimen de supervisión y a la gestión de la crisis.

- Introduce la obligación a las entidades de cumplir con determinados requisitos que se desarrollarán reglamentariamente para permitir la exposición a posiciones de titulización y para iniciar una titulización.
- Establece la obligación del Banco de España y de la CNMV de tener en cuenta las repercusiones de sus decisiones sobre la estabilidad financiera de otros Estados miembros.
- Regula los colegios de supervisores y las decisiones conjuntas en el marco de la supervisión de grupos transfronterizos o la posibilidad de declarar sucursales como definitivas.
- Establece los criterios para que los instrumentos de capital híbridos (que permiten a las entidades de crédito conseguir una estructura diversificada y llegar a un amplio abanico de inversores financieros) puedan ser admitidos como fondos propios básicos de las entidades de crédito.
- Modifica el régimen para la computabilidad de las participaciones preferentes como recursos propios establecido en la Disposición adicional segunda de la Ley 13/1985: se adecúa este instrumento a los requerimientos internacionales que permiten garantizar que este tipo de instrumentos sea un instrumento efectivo para cumplir con los requisitos de solvencia de las entidades. Se incluye un régimen transitorio para las participaciones preferentes emitidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley.
- Reforma el régimen del intercambio de información del Banco de España con el Banco Central Europeo modificando el Real Decreto Legislativo 1298/1986.

2.- Ley 7/2011, de 11 de abril, de Modificación de la Ley sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores y del RD-Ley 5/2005, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública (BOE 12 de abril)

Entra en vigor el 1 de julio de 2011, salvo la disposición final segunda (modificación de la Ley 22/2007, de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores) y la disposición final cuarta (medidas sobre distribución comercial) que lo harán al día siguiente de su publicación en el BOE.

- Se transpone a nuestro ordenamiento la Directiva 2009/44/CE, de 6 de mayo de 2009, por la que se modifican la Directiva 98/26/CE sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores, y la Directiva 2002/47/CE sobre acuerdos de garantía financiera, en lo relativo a los sistemas conectados y a los derechos de crédito.

La Directiva 2009/44/CE prevé que los sistemas interoperables establezcan normas comunes sobre el momento de consignación de las órdenes y que estén coordinados para eliminar todo tipo de inseguridad jurídica en caso de fallo de uno de sus participantes.

- Se modifica la Ley 41/1999 sobre sistemas de pagos y liquidación de valores para dar reconocimiento a los llamados sistemas interoperables y extenderles las normas sobre la firmeza de las liquidaciones de las órdenes de transferencia que se cursen a través de dichos sistemas.
- Se modifica el Real Decreto-Ley 5/2005:
- Se incluyen los derechos de crédito como parte de las garantías que pueden utilizarse en el ámbito de las operaciones financieras.
- Se revisa el texto para corregir y aclarar otros aspectos no relacionados con la transposición de la Directiva y resolver problemas de inseguridad jurídica.

3.- Real Decreto 771/2011, de 3 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras y el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de las entidades de crédito (BOE 6 de junio)

4.- Circular 3/2011, de 9 de junio, de la CNMV, por la que se modifica parcialmente la Circular 1/2009, de 4 de febrero, sobre las categorías de instituciones de inversión colectiva en función de su vocación inversora (BOE 27 de junio)

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

Bankinter condenado por incumplir la obligación de informar sobre los riesgos relacionados con una inversión en participaciones preferentes de un banco islandés. Philipp Schönenbeck

En el año 2007, con la intervención de Bankinter, la demandante, que tenía la consideración de consumidor, invirtió la cantidad de 58.000 euros en la adquisición de unas participaciones preferentes emitidas por un banco islandés. Como consecuencia de la crisis financiera, el banco emisor de dichas participaciones quebró, lo cual ocasionó que la demandante perdiera toda su inversión. El contrato entre la demandante y Bankinter preveía en sus condiciones generales de contratación que *“el Banco no asume responsabilidad ni compromiso alguno respecto a la garantía, seguridad o liquidez de los valores objeto de la compraventa, ni respecto de la garantía o solvencia de la sociedad emisora de los mismos, [...]”*.

La demandante reclamó frente a Bankinter daños y perjuicios por el importe de la inversión perdida por no haberle informado sobre el riesgo inherente a su inversión y, en particular, sobre la posibilidad de perder la totalidad de la inversión. El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Cartagena estimó la demanda parcialmente y, en este sentido, minoró el importe reclamado por la demandante en una cantidad equivalente a lo recibido por aquella en concepto de rentabilidad de las participaciones adquiridas. Contra esta sentencia Bankinter interpuso recurso de apelación, el cual fue desestimado en su integridad por la Audiencia Provincial de Murcia mediante fallo de fecha 29 de marzo de 2011.

La Audiencia Provincial de Murcia declaró que *un banco que intermedie profesionalmente en una adquisición por parte de un cliente de un determinado producto financiero en el mercado de valores tiene la esencial obligación de informar a dicho cliente, previamente y con el suficiente detalle, de las características de dicho producto financiero, a fin de que el cliente pueda adoptar su decisión inversora con suficiente conocimiento de causa, tal y como se prevé actualmente en el artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores.*

En este sentido, según la Audiencia Provincial de Murcia, un banco tiene la obligación de informar, de forma expresa, sobre *los concretos riesgos que lleva consigo la referida inversión*, lo que incluye *informar al cliente sobre la posibilidad de que pueda perder, total o parcialmente, el capital invertido*. A este respecto, los bancos deben tener asimismo en cuenta la información que la CNMV publica en cada momento, la cual, al contrario de lo alegado por Bankinter, sí hacía referencia expresa a *la posibilidad de pérdida del capital invertido en participaciones preferentes*.

La Audiencia Provincial puso de relieve que un banco no puede *proceder a un cumplimiento meramente formal de su obligación de información*, por ejemplo, mediante una *somera descripción del producto en la que simplemente se resalten las rentabilidades y se difuminen los riesgos*. Asimismo, el Tribunal destacó que, ante un cliente inexperto, no es suficiente referirse, sin más explicación, a unos *"ratings" de la emisión*, ya que *éstos solo pueden ser adecuadamente interpretados por inversores profesionales o por personas con una elevada cultura financiera*.

A la luz de lo anterior, la Audiencia Provincial consideró que Bankinter no había probado que la demandante fuera una inversora experimentada o que tuviera conocimiento suficiente para evaluar adecuadamente el riesgo de la inversión planteada. A ese respecto, el Tribunal manifestó que el hecho de que la demandante hubiera realizado otras inversiones no era, por sí mismo, indicio suficiente para considerarla como experimentada y, mucho menos aún, cuando no se había probado que, en esas otras inversiones, aquélla hubiera sido debidamente informada.

Por cuanto se refiere a la carga de la prueba relativa al cumplimiento de la obligación de información, el Tribunal consideró que correspondía al banco y, en ese sentido, estimó que aquél no probó el cumplimiento de su obligación de información de acuerdo con los criterios anteriormente citados, ya que su cumplimiento no se desprendía de la documentación aportada en el pleito ni fue acreditado por medio de ningún otro medio de prueba.

Así las cosas, habiendo sido acreditado el incumplimiento por Bankinter de su obligación de información, no prosperó la alegación de aquél de que su responsabilidad estaba excluida sobre la base de la citada cláusula de sus condiciones generales de contratación. Por un lado, el Tribunal desestimó el argumento de que dicha cláusula podría ser entendida como información de que el producto financiero concreto que se adquiría estaba sujeto a la posibilidad de pérdida, total o parcial, del

capital invertido. Por otro lado, el Tribunal consideró que el contenido de dicha cláusula era abusivo y, por ello, la cláusula era nula, ya que, en aplicación de la normativa sobre condiciones generales de contratación y defensa de consumidores, no cabe excluir la responsabilidad por daños y perjuicios causados al consumidor cuando estos son debidos a una acción u omisión por parte del empresario.

4. CONTRATOS MERCANTILES

TEMAS ACTUALES

Se publica la Ley de Contratos de Crédito al Consumo. Por Ana Gimeno

El pasado 25 de junio se publicó en el BOE la Ley 16/2011, de 24 de junio, de **contratos de crédito al consumo**, que entrará en vigor a los tres meses de su publicación.

Aunque en el Boletín Mercantil nº 5 se hizo una reseña del Proyecto de Ley, se resumen a continuación las novedades más relevantes de esta norma.

Incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo.

La Ley es de aplicación a los contratos en que el prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación. El concepto de consumidor se circunscribe a las personas físicas que actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional.

Con el fin de mejorar la **información de los consumidores**, se incide en las actuaciones previas a la contratación del crédito:

- Se regula **detalladamente la información básica que ha de figurar en la publicidad y las comunicaciones comerciales y en los anuncios de ofertas** que se exhiban en los locales en los que se ofrezca el crédito o la intermediación para la celebración de un contrato de crédito.

- Se establece **una lista de características del crédito** sobre las que el prestamista, y en su caso el intermediario del crédito, ha de informar al consumidor antes de asumir éste cualquier obligación en virtud de un contrato u oferta de crédito, información precontractual que deberá ser facilitada en un impreso normalizado en los términos previstos en la Directiva.
- Se obliga a los prestamistas, y en su caso a los intermediarios, **a ayudar al consumidor en la decisión sobre el contrato de crédito** que, de entre los productos propuestos, responde mejor a sus necesidades y situación financiera.
- Se establece la obligación de explicar **al consumidor de forma personalizada las características de los productos propuestos y la información precontractual correspondiente**, así como de **advertirle de los riesgos** en caso de impago o de endeudamiento excesivo, con el fin de que éste pueda comprender las repercusiones del contrato de crédito en su situación económica.
- Se introducen nuevas prácticas responsables como **la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario con carácter previo** a la celebración del contrato, para lo cual podrá servirse de la información obtenida por sus propios medios y de la facilitada por el futuro prestatario, incluida la consulta a bases de datos. La realización de esta evaluación es obligatoria siempre, aunque su alcance queda a criterio del prestamista en función de la relación comercial entre éste y su cliente.
- Se regulan también el contenido de los contratos, que se adapta a la especificidad de los distintos tipos de contratos de crédito.
- En la fase de ejecución del contrato se regula **el derecho de las partes a poner fin a un contrato de duración indefinida**, así como el **derecho del consumidor al reembolso anticipado del crédito** y la posición del prestatario ante la cesión de los derechos del prestamista derivados de un contrato de crédito.
- Se introduce el **derecho del consumidor a desistir del contrato de crédito**, siguiendo los criterios que rigen para el ejercicio de este derecho en la comercialización a distancia de servicios financieros.

- Se establece una **fórmula matemática para el cálculo de la tasa anual equivalente** cuyo fin es definir de manera clara y completa el coste total de un crédito para el consumidor y lograr que este porcentaje sea totalmente comparable en todos los Estados de la UE.
- Se habilita al Ministerio de Economía y Hacienda para establecer supuestos adicionales para el cálculo de la tasa anual equivalente, facilitándose el ajuste de estas previsiones a ulteriores modificaciones que la Comisión Europea acuerde en ejercicio de sus competencias.

Régimen sancionador:

- El incumplimiento de entidades de crédito de las obligaciones impuestas en esta Ley se sanciona conforme a lo establecido en la normativa sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito.
- El incumplimiento por las demás personas físicas y jurídicas constituye infracción en materia de protección de los consumidores y usuarios.
- Con el fin de promover unas prácticas responsables en la fase previa del contrato se incide con especial énfasis en el cumplimiento de las obligaciones relativas a la información precontractual y de evaluación de la solvencia del consumidor.

En cuanto al régimen de impugnaciones, se abre la vía de reclamación extrajudicial para la resolución de conflictos entre consumidores y prestamistas, así como intermediarios de créditos y se incorpora la regulación de las acciones de cesación frente a las conductas contrarias a esta Ley.

Los Registradores crean una web para consultar condiciones generales y sentencias que declaran la nulidad de cláusulas abusivas. Por Ángel Vizcaino.

El Colegio de Registradores ha presentado el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Concretamente, se accede a través del "Acceso Registro Electrónico" en la página web: www.registradores.org.

En esta página, se pone al servicio de todo aquel que quiera consultarlo, información sobre la "letra pequeña" de los contratos y de sentencias dictadas por los tribunales en las que se declaran nulas algunas cláusulas que forman parte de los contratos en masa, como por ejemplo, las cláusulas de suelo.

Con este registro *on line*, se gana en claridad y transparencia, después de que la Ley de Condiciones Generales de la Contratación creara el registro y le confiara su dirección a los registradores mercantiles y de la propiedad.

Este Registro de Condiciones Generales de la Contratación consta, por un lado, de un depósito de condiciones generales de contratación y, por otro, de sentencias dictadas por los Tribunales declarando nulas algunas cláusulas que formaban parte de esos contratos en masa.

a) Depósito de condiciones generales de contratación:

Se trata de aquellas cláusulas que han sido redactadas unilateralmente por una de las partes del contrato para ser incorporados en masa a muchos contratos. Son condiciones en las que no ha existido negociación individual, aunque no tienen por qué ser abusivas.

Estas condiciones generales suelen estar presentes en los contratos de servicios de agua, electricidad, gas, así como en los contratos de depósitos, préstamos, etc. El depósito de estas condiciones generales es voluntario, salvo para determinados sectores. En los casos en que se produce el depósito, es usual que la empresa o entidad que las deposita, sustituya su reproducción en los futuros contratos por una referencia a su depósito en este Registro de Condiciones Generales de Contratación.

b) Sentencias dictadas por los Tribunales declarando nulas algunas cláusulas que formaban parte de esos contratos en masa:

Estas sentencias tienen su origen en la demanda presentada por un particular afectado o por una organización de consumidores en representación de muchos particulares y que tras un período de tiempo, consiguen una sentencia favorable.

A modo de ejemplo, los registradores precisan que hay cláusulas de conocidas entidades bancarias declaradas nulas por el Tribunal Supremo y que impiden que dichos bancos puedan incorporarlas a otros préstamos que se celebren, en clara alusión a las cláusulas de suelo de algunas hipotecas.

Por tanto, la finalidad principal del Registro es informarnos del contenido exacto de las cláusulas protegiendo a los consumidores frente a las cláusulas abusivas, evitando que en un futuro las cláusulas declaradas nulas puedan incorporarse a otros contratos.

Podemos decir que, con este Registro "*on line*" que nos ofrece el Colegio de Registradores, la letra pequeña de los contratos se ha hecho grande.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

Los intereses de demora abusivos (SAP Álava 13-04-11). Por Rafael Sánchez

El Código Civil prevé en su artículo 1.108 que si un deudor (de pago de una cantidad de dinero) incurre en mora, "la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal". Al amparo de este artículo, y en el marco de los contratos de préstamo suscritos con particulares, las entidades financieras suelen, en cierto modo, "imponer" un tipo de interés de demora significativamente superior al correspondiente al interés legal y, por tanto, aparentemente abusivo para el usuario (aun cuando hayan sido teóricamente pactado entre las partes).

Así las cosas, en un supuesto de hecho en el que en particular finalmente incurrió en mora, la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª), en sentencia dictada el 13 de abril de 2011, ha calificado de abusivo un tipo de interés de demora fijado en un 18% en el marco de un contrato de préstamo con garantía real hipotecaria. Y ello sobre la base de los siguientes argumentos:

- Los intereses moratorios tienen naturaleza de pena, de sanción al deudor que incumple y se encuentra en mora, y, por ello, también resulta de aplicación lo dispuesto en el Código Civil para las obligaciones con cláusula penal (artículo 1152 y siguientes).
- A este respecto, el artículo 1.154 del Código Civil permite al juez modificar equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.
- Aun cuando pudiera defenderse que el tipo de interés moratorio es pactado entre las partes del contrato de préstamo y, por tanto, en uso de la libertad de pacto prevista en el artículo 1.255 del Código Civil, dicha libertad encuentra su límite en la ley, la moral y el orden público.
- Así las cosas, de conformidad con el artículo 85.6 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias (aplicable a estos supuestos de conformidad con reciente Jurisprudencia del Tribunal

Supremo) se considerarán abusivas, “las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”.

- En este sentido, la Jurisprudencia viene entendiendo como una “referencia válida del coste financiero razonable del dinero” la que se menciona en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al consumo, esto es, 2,5 veces el tipo de interés legal del dinero.
- Por tanto, en la medida en que el tipo de interés moratorio supere dicha referencia válida, la correspondiente cláusula contractual podría considerarse abusiva y, con arreglo al artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias, sería nula y se tendría por no puesta.

Sobre la base de lo anterior, el tribunal moderó el interés de demora a lo pretendido por la parte apelante (10,62%), justamente 2,5 veces el interés legal del dinero a la fecha de firma del préstamo.

5. DERECHO CONCURSAL

Dado el contexto económico actual, se siguen generando numerosas e interesantes resoluciones en materia concursal, de entre todas ellas destacamos en atención a la materia a la que vienen referidas las siguientes:

Comunicación tardía de los créditos e inclusión de créditos (STS, Sala de lo Civil, Pleno, de fecha 13-05-11). Por Juan Ignacio Fernández-Aguado

El caso que analiza la sentencia viene referido a una solicitud de inclusión de créditos, que la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (en adelante, AEAT) formula por medio de demanda incidental de impugnación del informe (provisional) de la administración concursal, a la que aporta una certificación, que en el acto de la propia vista del incidente modifica mediante la aportación de otra nueva certificación que aumenta los conceptos y cuantías de la inicial. La AEAT argumenta que no había tenido conocimiento de estas deudas de la concursada, por no haber transcurrido el plazo voluntario del pago al momento de expirar el plazo de comunicación de créditos.

Tanto el Juzgado de lo Mercantil, como la Audiencia Provincial, desestiman la pretensión de inclusión de los créditos bajo la consideración de que la certificación aportada junto con la demanda incidental supone un acto de comunicación extemporáneo de créditos, y la certificación aportada en el acto de la vista, además, conlleva un supuesto de mutatio libelli prohibido por el artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sobre la base de estos antecedentes, el Tribunal Supremo lleva a cabo un análisis interpretativo de lo dispuesto en el artículo 92, regla primera, de la Ley Concursal, en particular de los incisos relativos a “comunicación tardía” y “falta de comunicación oportuna”, en relación con el artículo 96 de la Ley Concursal. En el parecer del Alto Tribunal cabe distinguir entre créditos comunicados a la administración concursal tardíamente [“comunicados tardíamente... incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores”] y créditos no comunicados a la administración concursal [“no habiendo sido comunicados oportunamente”] que pueden incorporarse a la lista de acreedores mediante la oportuna formulación de un incidente concursal contra el informe (provisional) de la administración concursal [“el juez al resolver sobre la impugnación”].

Naturalmente, concluye la sentencia, los créditos que resulten incluidos en la lista de acreedores a través de este cauce incidental lo serán con la condición de subordinados, en la medida en que no conste la concurrencia de ninguna de las circunstancias a las que la norma del artículo 92 apartado 1, de la Ley Concursal condiciona la posibilidad de que se califiquen con “el carácter que les corresponda según su naturaleza”.

Leasing y Concurso. Por Juan Ignacio Fernández-Aguado

En anteriores boletines informamos sobre la importante sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 9 de noviembre de 2010, que introdujo un cambio de criterio en el tratamiento concursal de los contratos de leasing, en particular en lo relativo a la consideración de las cuotas no vencidas, al considerar que deben de incluirse en la masa pasiva sin perjuicio de su clasificación como créditos como privilegio especial.

A pesar de ello, la cuestión no es todavía pacífica: en la reciente sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de San Sebastián, de fecha 2 de junio de 2011, se discrepa respecto del criterio apuntado por la Audiencia Provincial de Barcelona, al reconocerse las cuotas que

van venciendo después del auto de declaración del concurso como créditos contra la masa, revocando así el parecer de la administración concursal, sin perjuicio de la consideración concursal, eso sí, de las cuotas vencidas y no pagadas con anterioridad de la declaración de concurso.

Modificación de la Ley Concursal en tramitación

En relación con la reforma concursal que se encuentra en tramitación, y de la que ya informábamos en nuestro anterior Boletín, informamos de que con fecha 7 de julio se ha procedido a la publicación, en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, de las 238 enmiendas propuestas frente al proyecto de Ley de Reforma. Seguiremos informando en próximos boletines sobre el desarrollo de la reforma y los principales contenidos que se vayan incorporando

6. COMPETENCIA DESLEAL Y PUBLICIDAD

La publicidad en la nueva Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del Juego. Por Pedro Merry

El imparable desarrollo de la sociedad de la información y, la más que prolifera carrera de los nuevos operadores de apuestas y juegos online (bwin, berfair, globet, etc.) ha traído consigo la necesidad de iniciar un nuevo camino en la regulación del sector del juego. A falta de claros instrumentos normativos que ofrecieran o dieran respuesta a los muchos interrogantes que este sector lleva años reclamando, la nueva Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego ha pretendido asentar tales cuestiones, asegurando una mayor eficacia en el cumplimiento de los objetivos ineludibles de tutela y protección social de los menores y de los participantes en los juegos, la publicidad y su régimen de responsabilidad, al tiempo que ha pretendido alcanzar otras importantes finalidades como son la prevención de actividades fraudulentas y de blanqueo de capitales y, todo ello, a través de un mayor control público del sector.

Aunque muchas son las novedades introducidas por la norma, y entre las que cabría destacar la creación del Impuesto sobre actividades de juego – con tasas impositivas según el tipo de juego que oscilan entre el 15% y el 25% –, aquí trataremos exclusivamente las novedades introducidas en relación al régimen publicitario

que afecta a los operadores y su régimen de responsabilidad.

En primer lugar queda prohibida la publicidad, patrocinio o promoción, bajo cualquier forma, de los juegos de suerte, envite o azar y la publicidad o promoción de los operadores de juego, cuando se carezca de la correspondiente autorización para la realización de publicidad contenida en el título habilitante.

El operador de juego deberá contar con el correspondiente título habilitante en el que se le autorice para el desarrollo de actividades de juego a través de programas emitidos en medios audiovisuales o publicados en medios de comunicación o páginas web, incluidas aquellas actividades de juego en las que el medio para acceder a un premio consista en la utilización de servicios de tarificación adicional prestados a través de llamadas telefónicas o basadas en el envío de mensajes.

Reglamentariamente se establecerán las condiciones que se incluirán en los respectivos títulos habilitantes de la autorización de la actividad publicitaria y sus límites y, en particular, respecto a:

- a) El envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por medios electrónicos previamente autorizados por el remitente –tal y como reza el artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico –.
- b) La inclusión de anuncios u otras modalidades publicitarias de los juegos en medios de comunicación y otros soportes publicitarios.
- c) La actividad de patrocinio en acontecimientos deportivos que sean objeto de apuestas.
- d) La inserción de carteles publicitarios de actividades de juego en los lugares en que se celebren acontecimientos cuyos resultados sean objeto de apuestas o loterías.
- e) El desarrollo de los concursos televisivos y las obligaciones de información sobre los requisitos esenciales del juego.
- f) Cualesquiera otras que se establezcan reglamentariamente.

Asimismo y, en la línea de lo anterior, resulta de vital trascendencia destacar el nuevo régimen de responsabilidad en caso de promoción, patrocinio y publicidad de juegos sin haber obtenido previamente por los prestadores el correspondiente título habilitante. Así, cualquier entidad, agencia de publicidad, prestador de servicios de comunicación audiovisual o electrónica, medio de comunicación o servicio de la sociedad de la información que difunda la publicidad y promoción directa o indirecta de juegos o de sus operadores, deberá constatar que quien solicite la inserción de los anuncios o reclamos publicitarios dispone del correspondiente título habilitante expedido por la Comisión Nacional del Juego y que éste le autoriza para la realización de la publicidad solicitada, absteniéndose de su práctica si careciera de aquél – la Comisión Nacional del Juego, a través de su página web, mantendrá actualizada y accesible la información sobre los operadores habilitados –.

La Comisión Nacional del Juego en el ejercicio de la potestad administrativa de requerir el cese de la publicidad de las actividades de juego, se dirigirá a la entidad, agencia de publicidad, prestador de servicios de comunicación audiovisual o electrónica, medio de comunicación o servicio de la sociedad de la información correspondiente, indicándole motivadamente la infracción de la normativa aplicable y debiendo los primeros, en los dos días naturales siguientes a su recepción, comunicar el cumplimiento del requerimiento.

En caso de no cumplir con dicho requerimiento, y salvo que existiera un informe de consulta previa positivo emitido por un sistema de autorregulación publicitaria con el que la Comisión del Juego tenga Convenio –en la práctica, será la entidad AUTOCONTROL la más recurrente–, en cuyo caso se entenderá que se actuó de buena fe, los mecanismos sancionadores se activarán para regularizar la situación e imponer las correspondientes sanciones económicas. La competencia para instruir los procedimientos y sancionar a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual corresponderá al Consejo Estatal de Medios Audiovisuales –salvo los casos de ámbito autonómico, en cuyo caso corresponderá al órgano autonómico correspondiente–.

En cuanto a la cuantificación económica, la promoción, patrocinio y publicidad de los juegos, o actuaciones de intermediación, cuando quienes lo realicen carezcan de título habilitante o se difundan con infracción de las condiciones y límites fijados en el mismo o infringiendo las normas vigentes en esta materia, cualquiera que sea el medio que se utilice para ello, serán consideradas

infracciones graves, sancionadas por la comisión del Juego con multa de cien mil a un millón de euros y la suspensión de la actividad en España por un plazo máximo de seis meses.

En cuanto al régimen transitorio, los patrocinios deportivos de operadores de juegos y contratos de publicidad y promoción del juego que hubieran sido acordados en firme con anterioridad al 1 de enero de 2011, podrán seguir desplegando sus efectos en los términos contractuales pactados, hasta la publicación de la resolución del primer procedimiento para el otorgamiento de licencias o hasta el 1 de enero de 2012, si la citada resolución no se hubiera publicado con anterioridad a esa fecha.

Sin duda estamos ante un régimen de responsabilidad extensivo, que pretende involucrar a todos los actores que juegan un papel en la actividad y promoción del juego, lo que suscitará sin duda la indignación de los medios y agencias de comunicación. Pero se trata de un régimen que por otro lado, sienta las bases de un mínimo nivel de seguridad y control para los consumidores y usuarios, algo que siempre ha de ser celebrado.

7. NORMATIVA EN TRAMITACIÓN

Publicado en el BOCG el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución. Por María Arruñada

El 29 de junio se publicó en el BOCG el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución [Proyecto de Ley de Contratos de Distribución]. En él se deroga la polémica regulación de los contratos de concesión en el sector del automóvil incluida en la Ley de Economía Sostenible.

El Proyecto está lleno de normas que carecen de contenido prescriptivo y que se limitan a describir o a reproducir el contenido de otras, por lo que muchos de sus artículos resultan superfluos. Por el contrario, acierta al regular tópicamente, es decir, por materias y no por tipos contractuales.

La disposición que presenta más interés es la que se refiere a la compensación por clientela (art. 25.3). Por regla general, el proveedor no está obligado a compensar por la clientela generada por el distribuidor durante la relación. Procede, sin embargo, la indemnización cuando se den las tres circunstancias siguientes: (a) que se hayan incrementado sustancialmente el tipo de

operaciones o el número de clientes; (b) que el distribuidor acredite que la clientela seguirá produciendo ventajas sustanciales al proveedor tras la ruptura del contrato y (c) que se haya establecido un pacto por el cual el distribuidor, una vez extinguido el contrato no pueda hacer competencia al proveedor o al nuevo distribuidor (la duración del pacto de no competencia no podrá exceder de un año). A diferencia del Anteproyecto, los requisitos anteriores se exigen cumulativamente. Por otro lado, el Proyecto vincula el derecho a la indemnización a que se haya incluido en el contrato un pacto de no competencia postcontractual de modo que, en principio, bastaría con que el fabricante renunciara a imponerlo para verse libre de indemnizar por clientela al distribuidor. Desde el punto de vista del derecho de la competencia, estos pactos no están exentos de la prohibición del art. 1 LDC más que en casos particulares.

Resulta llamativo que el límite máximo a la indemnización por clientela se haya fijado en la media anual del importe neto de la cifra de negocios del distribuidor durante los últimos cinco años o durante todo el periodo de duración del contrato, si este fuera inferior. Este límite excede claramente del previsto en la indemnización por clientela de la Ley del Contrato de Agencia, que lo referencia a la media anual de las remuneraciones percibidas del agente.

Por otro lado, no se aclara si cabe pacto en contrario aunque, el hecho de que el Proyecto diga en otro precepto que la libertad de pactos es la regla general y que la compensación por clientela se configure como excepcional abogan a favor de considerar que un pacto excluyendo la indemnización sería válido. Hubiera sido preferible una remisión analógica a la Ley de Contrato de Agencia.

Por último, de acuerdo con la Disposición transitoria del Proyecto, la Ley de Contratos de Distribución se aplicará a las renovaciones, prórrogas, novaciones y tácitas reconducciones de los contratos celebrados con anterioridad a su entrada en vigor pero que se produzcan tras ésta

Proyecto de ley por la que se modifica la ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva. Por Alejandro Albete

1.- Introducción

El pasado 29 de junio de 2011 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de Ley por el

que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (el "Proyecto").

El Proyecto pretende, fundamentalmente, adaptar la Ley 35/2003 a las disposiciones de la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios ("Directiva UCITS IV").

Los principales objetivos de la Directiva UCITS IV son: i) simplificar el régimen de comercialización transfronteriza de las Instituciones de Inversión Colectiva ("IICs"); ii) prever un régimen de actuación transfronteriza de las sociedades gestoras de IIC; iii) reforzar las potestades supervisoras y mecanismos de cooperación entre autoridades supervisoras competentes; iv) regular un nuevo instrumento informativo de las IIC denominado "Documento con los datos fundamentales para el inversor; y v) prever un régimen para las fusiones de IICs y las estructuras principal-subordinado.

2.- Principales novedades

El Proyecto introduce, principalmente, las siguientes modificaciones en la Ley 35/2003:

- Se introducen las disposiciones necesarias para el correcto funcionamiento del pasaporte de la sociedad gestora para la gestión de fondos.

De este modo, las sociedades gestoras españolas podrán gestionar fondos domiciliados en otros Estados miembros, y las sociedades gestoras de otros Estados miembros podrán gestionar fondos españoles. La novedad consiste en introducir el pasaporte para la propia gestión transfronteriza de fondos.

- Se simplifica el régimen de comercialización transfronteriza.

Con la actual normativa, la comercialización transfronteriza exige informar a la autoridad competente del Estado miembro de origen, así como la presentación de una serie de documentación ante la autoridad competente del Estado miembro de acogida, lo cual dilata considerablemente este trámite. Con la nueva redacción dada a la Ley 35/2003, el procedimiento para la comercialización transfronteriza de fondos o sociedades de inversión pasará por la notificación entre autoridades

competentes de la solicitud de la sociedad gestora y de la comprobación exclusivamente por parte de la autoridad competente del Estado miembro de origen del cumplimiento de los requisitos necesarios para vender acciones o participaciones de IIC a inversores de Estados miembros distintos de aquél en el que se encuentra domiciliado el fondo o sociedad. Se agiliza por tanto el acceso a otros mercados, principalmente mediante una reducción de los plazos disponibles para que las autoridades competentes lleven a cabo esas notificaciones y con la supresión de la necesidad de comunicación de la IIC con la autoridad competente del Estado miembro de acogida.

- Se refuerza la protección del inversor

Se fortalecen los mecanismos de cooperación, consulta e intercambio de información entre las autoridades supervisoras competentes, dotando a las autoridades de supervisión nacionales y europeas de instrumentos que garanticen la protección del inversor.

Asimismo, se aumenta la protección al inversor respecto a sus derechos de información introduciendo el "Documento con los datos fundamentales para el inversor", que sustituye al anterior folleto simplificado y que presenta dos novedades sustanciales respecto a éste: i) se armoniza completamente este documento con el objetivo de hacer perfectamente comparables los fondos y sociedades armonizados de cualquier Estado miembro; y ii) los datos se presentarán de forma abreviada y fácilmente comprensibles para el inversor.

- Se intenta aumentar la competitividad del sector.

A través del Proyecto, se permitirá la posibilidad de utilizar cuentas globales para la comercialización en España de fondos domiciliados en España. Se elimina, de este modo, la discriminación que tienen las sociedades gestoras de IICs españolas para la comercialización de fondos españoles en nuestro país a través de cuentas globales, frente a las IIC extranjeras que vienen utilizando este mecanismo de comercialización.

El Proyecto también permitirá la posibilidad que las IIC puedan ceder en garantía parte de los activos incluidos en su patrimonio, mejorando así sus posibilidades de financiación, especialmente mediante acuerdos marco de compensación contractual.

Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Por Mariano Yzquierdo.

Nos encontramos ante un importante elemento más del Plan de Modernización de la Justicia 2009/2012, si bien es cierto también que el Estado español se encontraba obligado a transponer la Directiva 2008/52/CE antes del 21 de mayo de 2011. La iniciativa, pues, ya venía de Europa, y nuevamente será una transposición fuera de plazo.

La lentitud de la justicia ha provocado que en los últimos años sean cada vez más numerosas las voces favorables a la desjudicialización de los conflictos. La futura Ley trata de impulsar el cauce de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, ya se trate de conflictos nacionales o transfronterizos, y hasta promoviendo el inicio de la misma en algunos casos como paso previo para acudir a los Tribunales. En particular, en el ámbito de las reclamaciones de cantidad inferiores a seis mil euros, no ya es que se promueva, sino que se exigirá el inicio de la mediación como requisito previo a la vía judicial.

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

En ese sentido, la figura del mediador aparece como pieza clave del modelo, y el Proyecto trata de que se garantice una actuación imparcial. De hecho, antes de iniciar su tarea, el mediador habrá de revelar cualquier circunstancia que pudiera afectar a su imparcialidad (relaciones personales, contractuales o empresariales con una de las partes, interés directo o indirecto en el resultado de la mediación, haber actuado con anterioridad a favor de una o varias de las partes en actividad distinta de la mediación, etc.), y serán las partes y solo ellas

quienes tengan que consentir la actuación del mediador, y hacerlo constar de manera expresa. Un deber de revelar esta información que subsistirá a lo largo de todo el procedimiento. El mediador deberá ser titulado universitario, encontrarse inscrito en un Registro público y tener asegurada su responsabilidad civil por medio de la correspondiente póliza. Se quiere comprometer a las Administraciones para proveer una adecuada formación inicial y continuada.

Mientras dure el procedimiento de mediación –para el que se establece un plazo máximo de dos meses a contar desde la fecha de la sesión constitutiva, prorrogable por otro más–, las partes no podrán ejercitar acciones judiciales o extrajudiciales entre sí en relación con el objeto de la concreta mediación. Además, el inicio de la mediación suspenderá el cómputo de los plazos de prescripción o de caducidad de las acciones, según los casos, un efecto importante para el cual se habrá de entender iniciada la mediación con la simple presentación de la solicitud por una de las partes o desde su depósito ante una institución de mediación. Eso sí, ninguna de las partes se encontrará obligada a mantenerse en el procedimiento de mediación iniciado.

Si la mediación concluyera con un acuerdo, ya total, ya parcial, tal acuerdo producirá efectos de cosa juzgada para las partes. El mismo tendrá fuerza ejecutiva y será título suficiente para poder instar la ejecución forzosa en los términos establecidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Naturalmente, la aprobación de la Ley de Mediación supondrá, y así se halla previsto en las Disposiciones Finales del proyecto, la modificación de algunos preceptos del Código civil, de la Ley Básica de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa y, sobre todo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ésta verá afectados cerca de dos docenas de artículos.

Anteproyectos de Ley de Contrato de Seguro y de Ley de Supervisión de los Seguros Privados. Rafa Sáez.

El pasado 8 de abril el Consejo de Ministros hizo pública la recepción de sendos informes sobre los Anteproyectos de Ley de Contrato de Seguro y de Ley de Supervisión de los Seguros Privados, llamados a sustituir a las actuales Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, y Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, cuyo Texto Refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 29 de octubre.

El Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro pretende la simplificación y actualización de conceptos y términos

jurídicos aprovechando la experiencia y jurisprudencia que se ha elaborado desde la publicación de la norma vigente, haciendo más comprensible el contenido del contrato de seguro para sus destinatarios y creando un proceso de contratación más claro para los asegurados.

Tomando como base la regulación actual, que no sería modificada de forma sustancial, el Anteproyecto pretende ahondar en la protección de los asegurados, entendidos como la parte débil del contrato, para lo que se regula el contenido y garantías mínimas que ha de reunir el contrato de seguro, a falta de un acuerdo entre las partes que pueda resultar más beneficioso para el asegurado.

Con clara influencia de la normativa aprobada durante los últimos años para la protección de los consumidores, el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro incluye una extensa regulación de las obligaciones que la compañía aseguradora debe observar con carácter previo a la contratación del seguro, con el fin de garantizar un adecuado proceso de información a los asegurados.

Entre las novedades que presenta el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro cabría destacar la prohibición expresa del aseguramiento de sanciones penales o administrativas (lo que puede tener cierta trascendencia respecto del aseguramiento de la responsabilidad civil de los administradores de sociedades), el nuevo régimen de cálculo de los intereses moratorios, la modificación de los plazos de los plazos para oponerse a la renovación del contrato de seguro –diferenciando si la oposición proviene del asegurador o del asegurado–, o la obligación de las compañías aseguradoras de plantear una oferta motivada de indemnización al asegurado en caso de siniestro en el plazo de máximo de dos meses, que en la regulación vigente se limita al seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor.

Por su parte, el Anteproyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados transpondría a la legislación española la Directiva 2009/138/CE sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio, conocida como Directiva Solvencia II.

Al igual que en el caso anterior, el fin último de esta propuesta es incrementar la protección de los derechos de los tomadores, asegurados y beneficiarios de los contratos de seguro, estableciendo medidas que incrementen la transparencia del mercado de seguros y el desarrollo de la actividad aseguradora privada.

Las modificaciones principales que propone el Anteproyecto se centran en incrementar la supervisión del

sector asegurador en dos planos diferenciados: el control de la solvencia financiera y el buen gobierno de las compañías de seguro, y la vigilancia de las prácticas y conductas de mercado para garantizar los derechos de los asegurados.

La solvencia de las compañías aseguradoras y reaseguradoras, según los principios establecidos por Solvencia II, se basarían en los siguientes pilares: un sistema de solvencia basado en el riesgo, estableciendo normas sobre los requisitos de capital basadas en los riesgos que asuman las compañías de seguro; un nuevo sistema de supervisión que mejore la gestión interna de los riesgos por parte de las compañías de seguro; y nuevas exigencias de información y transparencia para este mercado.

Por último, debemos resaltar que, sin perjuicio de las medidas concretas que puedan adoptarse en aplicación de los principios de Solvencia II, esta actualización está presidida por una voluntad clara de convergencia y unificación de la normativa de supervisión aplicable en los diferentes países de la Unión Europea, con el objeto de prevenir y, en su caso, gestionar eficazmente situaciones de crisis financiera. En este sentido, cabe mencionar la reciente creación de la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación, con importantes facultades de coordinación y decisión en materia de supervisión de seguros y reaseguros.

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

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

Con cerca de 90 abogados, nuestra finalidad es mantener una relación estrecha de trabajo con el cliente para comprender y anticipar sus necesidades y estar a su entera disposición para llevar a cabo sus objetivos de negocio.

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

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

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

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

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

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

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

© CMS Albiñana & Suárez de Lezo, S.L.P. (2011). Todos los derechos reservados. El derecho de cita respecto al contenido de este Boletín no autoriza a la transformación o modificación de los contenidos y opiniones publicados en él