

# **BOLETÍN MERCANTIL Nº 1**

**Marzo 2010**

---

## **SUMARIO**

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

## SUMARIO DETALLADO

---

### 1. DERECHO SOCIETARIO

#### TEMAS ACTUALES

- Propuesta de supresión de las limitaciones de voto.
- Irrevocabilidad del nombramiento del auditor por el Registrador Mercantil.

#### JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- Cuánto vale El Corte Inglés (SAP Madrid 23-11-09).
- Obligaciones solidarias y responsabilidad solidaria (STS 7-01-10).
- Adaptación de estatutos de una sociedad profesional a la Ley de Sociedades Profesionales (RDGRN 14-11-09).

### 2. DERECHO DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

#### TEMAS ACTUALES

- Directiva UCITS IV
- Nueva regulación del régimen de participaciones significativas.
- Novedades normativas en torno a los Fondos de Garantía de Depósitos.
- Nueva regulación de los servicios de pago.

#### JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- Contratos abusivos y cláusulas bancarias (STS 26-12-09).
- Los intereses leoninos en las refinanciaciones (STS 23-11-09).

### 3. CONTRATOS MERCANTILES

#### TEMAS ACTUALES

- Se aprueba la nueva Ley de contratación en el transporte terrestre.

### 4. DERECHO CONCURSAL

- Contenido de la comunicación del inicio de negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.

### 5. COMPETENCIA DESLEAL Y PUBLICIDAD

- Cambiar la Ley de Competencia desleal para reducir la protección de los consumidores, no para reforzarla.

### 6. NORMATIVA EN TRAMITACIÓN

- Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible. Medidas para agilizar y simplificar la constitución de sociedades mercantiles.
- Proyecto de Ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.
- Proyecto de orden ministerial de regulación y control de la publicidad de servicios y productos de inversión.
- Proyecto de orden ministerial de regulación y control de la publicidad de los productos bancarios.

## 1. DERECHO SOCIETARIO

### TEMAS ACTUALES

#### Propuesta de supresión de las limitaciones de voto. Por Andrés Recalde

Como se sabe, la regla de la proporcionalidad entre participación en el capital y atribución de derechos de voto solo tiene dos excepciones: las acciones sin voto y la limitación del número de votos que puede emitir un accionista (o varios de un mismo grupo) en una Junta general. Esta última es una técnica habitual de blindaje de las sociedades dirigida a obstaculizar la adquisición del control, p. ej. a través de una OPA. Tradicionalmente ha sido objeto de polémica la legitimidad de este tipo de cláusulas que podrían frenar el libre desenvolvimiento del mercado de control de empresas. De ahí que el Código Unificado de Buen Gobierno recomendara su supresión. Pero ello se vería como una posibilidad y no como una imposición, ya que ese mismo texto admitía la eficiencia de algunas de estas cláusulas.

Mediante una enmienda a la Ley de Auditoría se pretende modificar el art. 105.2 LSA para declarar nulas todas las cláusulas estatutarias de limitación de voto. Se trata de una drástica reforma, que puede afectar a las reglas de funcionamiento de algunas de las principales sociedades cotizadas españolas. Su legitimidad es discutible en un entorno europeo en el que, desde hace algunos años viene cuestionándose la justificación de las normas que supriman la libertad de pactos para imponer la estricta proporcionalidad entre voto y capital. Puede uno estar o no de acuerdo con esta opción, pero de lo que no cabe duda es de que en un entorno europeo en el que abundan las desviaciones de aquella regla, no está justificada la opción radical por la misma. Pero, sobre todo, lo que más puede sorprender de la reforma es que esta se realice sin la previsión de un periodo transitorio de adaptación de los estatutos a la nueva legislación, tal como en el pasado ha sucedido siempre que se realizaron modificaciones legales que afectaban a sociedades ya existentes.

#### Irrevocabilidad del nombramiento del auditor por el Registrador Mercantil. Por José Miguel Martín-Zamorano

El art. 205 LSA establece el derecho de los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor que revise las cuentas anuales de un determinado ejercicio. El art. 86.3 LSRL viene a reconocer implícitamente la existencia de este mismo derecho a los socios de una sociedad limitada.

El ejercicio de este derecho constituye uno de los medios más habituales y efectivos de protección de los derechos de los socios minoritarios en las pequeñas y medianas sociedades no obligadas legalmente a auditar sus cuentas anuales.

Hasta tal punto es eficaz este recurso que en numerosas ocasiones, una vez designado por el Registro Mercantil el auditor, los socios mayoritarios llegan a un acuerdo con los minoritarios, renunciando estos a auditar las cuentas al objeto de evitar que la sociedad incurra en un gasto ya innecesario.

Sin embargo, llegados a este punto, nos encontramos con que el Registro Mercantil no reconoce validez a dicha renuncia y exige para admitir el depósito de las cuentas anuales respecto de las cuales se había solicitado la auditoría, que la misma se haya realizado efectivamente (acompañándose el correspondiente informe a las mismas).

La postura del Registro Mercantil ha sido confirmada por la DGRN en numerosas resoluciones<sup>1</sup>, lo cual pone de manifiesto, no sólo que el problema se da con una cierta frecuencia, sino también que el criterio de ambos órganos es muy perjudicial para las empresas afectadas y, aparentemente, contradice el natural entendimiento que de la norma tienen las sociedades y sus beneficiarios.

Los argumentos utilizados por la DGRN no se basan precisamente en el tenor de la norma ni en una interpretación finalista de la misma, sino en la consideración exclusiva y aislada del acto administrativo por el que se produce el nombramiento del auditor solicitado.

<sup>1</sup> Las últimas son las RDGRN de 26-06-09 y 03-07-09 publicadas en el BOE de 01-08-09.

En este sentido, lo que el órgano directivo viene a decir de manera reiterada en las resoluciones antes referidas es que el nombramiento del auditor es una resolución administrativa que crea una situación jurídica que no se puede dejar sin efecto si no es a través de los procedimientos específicamente habilitados para ello por la legislación administrativa general: los recursos de reposición y alzada y, en su caso, el recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin negar la corrección de la fundamentación expuesta, no podemos dejar de señalar que esta doctrina obvia que también es un principio del derecho administrativo que los interesados pueden renunciar a los beneficios que la ley les concede ya que nadie puede ser obligado a disfrutar de los derechos que el ordenamiento le otorga, siempre que ello no produzca un perjuicio a un tercero.

El poder de disposición sobre el objeto de una petición, demanda, etc. que los interesados dirigen a la Administración corresponde con carácter general a tales interesados, que son libres para renunciar a los derechos reconocidos o concedidos o para desistir de las solicitudes en cualquier momento. Esta regla sólo tiene como excepción aquellos supuestos en los que el interés protegido, aunque se manifieste a raíz de la actividad de un concreto particular, sea público o se configure legalmente como irrenunciable.

Esta facultad de renunciar a derechos está reconocida expresamente en el art. 6.3 CC y en el ámbito administrativo está presente en la regulación de diversas áreas del procedimiento administrativo. Así, por ejemplo, en la Ley 30/92 se contempla en el art. 32 en relación con la acreditación de la representación para desistir de acciones y renunciar a derechos; en el art. 42, de ese mismo texto legal, que determina el contenido de la resolución que pone fin al procedimiento en estos casos; en el art. 87 que recoge la renuncia y el desistimiento como formas normales de terminación del procedimiento administrativo, etc.

Lógicamente, si este beneficio suponía la imposición de una carga en otro administrado, renunciado válidamente el beneficio, la carga debe también desaparecer.

En el caso que exponemos, el interés que se trata de tutelar a través de los arts. 205 LSA y 86.3 LSRL es el del socio minoritario que solicita la auditoría por lo que si este desiste/renuncia, debería

eliminarse el requisito del informe de auditoría para realizar el depósito de las cuentas del ejercicio que se tratara. La única objeción podría ser que otro/s socio/s minoritarios que también estuvieran interesados en la auditoría de la sociedad, no lo hubieran solicitado por haberlo hecho ya otro socio minoritario. No obstante, e independientemente de que esta postura pueda ser o no defendible, en el supuesto de que todos los socios acuerden por unanimidad no auditar las cuentas de la sociedad tratando de evitar que esta incurra en un gasto ya innecesario, no debería exigirse la presentación del informe de auditoría (reservándose el auditor las acciones que pudieran corresponderle como consecuencia del desistimiento, si hubiera iniciado ya sus trabajos y estos no se le hubieran liquidado).

De acuerdo con lo expuesto, creemos que es necesario un cambio en la doctrina de la DGRN sobre este asunto. Dispone de los fundamentos legales necesarios para ello y evitaría a las sociedades mercantiles un gasto innecesario, ya sea evitando el coste del auditor ya sea por el ahorro de tiempo en la gestión de sus obligaciones administrativas.

## JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

### **Cuánto vale El Corte Inglés. SAP Madrid 23-12-09 (PDF). Por Jesús Alfaro**

La Audiencia Provincial (AP) de Madrid ha dictado una sentencia en la que -en cuanto a los resultados- ha desestimado la demanda interpuesta por unos accionistas ultraminoritarios de El Corte Inglés y la demanda reconvenicional de El Corte Inglés. O sea, que ni los accionistas tenían derecho a que se les pagase una cantidad determinada por sus peritos por sus acciones -compradas por la sociedad- ni la sociedad tenía derecho a adquirir éstas por un precio que resultaba de un dictamen arbitral encargado por la propia sociedad.

La Sentencia es notable por lo trabajada y contiene muchas reflexiones interesantes sobre diversos aspectos de nuestro régimen societario (por ejemplo, es el primer caso que conozco de aplicación del art. 146 LSA: libre transmisibilidad de acciones durante tres meses desde una modificación estatutaria que limite la transmisibilidad; también tiene interés el análisis de la eficacia retroactiva de la ratificación por la Junta de lo hecho por el Consejo de Administración en ejercicio de una competencia de la Junta). Pero el núcleo de la sentencia se encuentra, simplemente,

en la revisión por los jueces de los dictámenes arbitrales de valoración de una empresa realizados por un auditor a los efectos de liquidar a un socio que se separa, transmite sus participaciones a la sociedad o a otro socio en aplicación de la limitación estatutaria a la transmisibilidad o es excluido de la sociedad.

La conclusión de la AP es que "aunque el tribunal considera que el valor de las acciones de El Corte Inglés es manifiestamente superior al que resulta del valor teórico contable, carece de los elementos necesarios para fijar tal valor en esta resolución... en tanto que la fijación de cualquier valor en sustitución del señalado por el arbitrador sería también arbitrario" por lo que limita el fallo (revocando la sentencia del Juez de lo Mercantil) a desestimar tanto la demanda de los accionistas minoritarios como la reconvención de El Corte Inglés S.A.

Si nos situamos temporalmente antes del inicio del litigio, resulta sorprendente la actitud de El Corte Inglés. Sus estatutos no obligaban a la sociedad a adquirir las acciones de aquellos socios que desearan vender. Según el art. 17 de los Estatutos sociales, cuando un accionista de El Corte Inglés desea vender sus acciones, debe notificarlo "al Consejo de Administración ... El Consejo ... convocará la Junta ... (y) ... la Junta ... tomará alguno de los acuerdos siguientes ... adquirir las acciones ... con cargo al capital social (sic) para amortizarlas ... adquirir las acciones ... sin amortizarlas (adquisición de acciones propias) ... ofrecer las acciones a los anteriores accionistas. ... permitir al accionista la libre transmisión". En el caso, fue el Consejo el que adoptó la decisión de comprar las acciones a los accionistas que querían vender y luego -casi un año después- la Junta ratificó lo hecho por el Consejo (esta es una cuestión que la Sentencia aborda en detalle).

Es notorio que las acciones de El Corte Inglés carecen de liquidez. No cotizan en Bolsa y, por tanto, es muy difícil encontrar un comprador para un paquete ultraminoritario. Es más, El Corte Inglés es conocido por su reducido nivel de beneficios (en relación con su facturación) y por el menor todavía nivel de dividendos que reparte ya que tiende a autofinanciar sus inversiones reinvertiendo la práctica totalidad de los recursos que genera con su actividad.

Nos gustaría saber si estos accionistas minoritarios notificaron a la Sociedad un auténtico proyecto de transmisión, es decir, no solo una comunicación conteniendo su deseo de vender sus acciones, sino una propuesta de compraventa con un comprador concreto y un precio determinado. Porque, de acuerdo con la doctrina, solo la notificación de un auténtico proyecto de transmisión obliga a la sociedad a poner en marcha el mecanismo autorizador (la cláusula estatutaria que limita la transmisión). Por tanto, El Corte Inglés podría haber hecho oídos sordos al "deseo" de esos accionistas de vender.

En segundo lugar, tener a un accionista ultraminoritario descontento puede complicar la vida a los socios mayoritarios (en este caso a la Fundación Ramón Areces, socia mayoritaria de El Corte Inglés), pero solo un poco. Por tanto, no entendemos por qué la Junta de accionistas de El Corte Inglés no se limitó a autorizar a los accionistas la venta de las acciones a quien quisieran.

El Corte Inglés optó por ejercer el derecho a adquirir las acciones (como acciones propias). Y la discrepancia se centró, pues, en el precio pagado.

Volveremos sobre el tema pero me parece indudable que (i) el "valor razonable" o valor real de las acciones solo puede determinarse con arreglo a sistemas de valoración dinámicos (que tengan en cuenta los rendimientos futuros de los activos que forman la empresa y, por tanto, vía descuento de flujos de caja); (ii) que la valoración no puede ser analítica (sumando el valor de los distintos activos) sino sintética (cuánto pagaría un tercero por hacerse con el 100 % de El Corte Inglés) porque la empresa es una empresa, no un conjunto de activos y ningún propietario en su sano juicio vendería los activos por separado si tienen mayor valor juntos. Por tanto, solo si la valoración analítica condujera a un mayor precio sería aceptable porque un inversor racional "desmantelaría" El Corte Inglés y vendería por separado sus activos si, por separado, valen más que todos juntos; (iii) es muy discutible -jurídicamente- que pueda aplicarse un descuento por iliquidez al valorar las acciones de un socio ultraminoritario; (iv) los jueces pueden y deben revisar los dictámenes periciales de valoración de las empresas.

Por último, yo no sé Derecho Procesal pero algún problema tenemos cuando al Juez se le presentan dictámenes periciales contradictorios y el Juez

concluye que ninguno de los presentados está libre de errores.

**Obligaciones solidarias y responsabilidad solidaria. STS 07-01-2010 (PDF). Por Javier Leyva**

La Sala 1ª del TS, en virtud de sentencia de fecha 07-01-10, ha estimado parcialmente el recurso de casación interpuesto por los administradores de dos sociedades contra la sentencia dictada con fecha 15-06-05 por la AP de Madrid, que estimaba parcialmente y condenaba al deudor-accionista a pagar a dos administradores, una cantidad de dinero representativa de un tercio del importe de la condena impuesta por sentencia firme en un proceso anterior al deudor-accionista y a los dos administradores.

Para un mejor entendimiento de la sentencia objeto de estudio es preciso resumir brevemente los hechos. En el año 1988, un individuo transmitió al deudor-accionista, entre otras, la totalidad de las acciones de dos sociedades. En dicha operación de compraventa de acciones, el deudor-accionista (en ese momento, el comprador) liberó a los dos administradores de cualquier responsabilidad derivada de su gestión al frente de las sociedades transmitidas. Tres días más tarde, el deudor-accionista vendió la totalidad de las acciones de las dos sociedades a un tercero (el acreedor), bajo determinadas condiciones y entre ellas la realidad de los balances incorporados al contrato. Asimismo, las partes se reservaban las acciones que procedieran contra terceros por pasivos ocultos o alteración fraudulenta de las cifras del balance que había servido de base para la transmisión de las dos sociedades.

En síntesis, en el recurso de casación interpuesto ante el TS por los administradores (por medio de sus herederos), éstos reclamaban al deudor-accionista la cantidad total que habían satisfecho al acreedor para evitar el embargo de sus bienes, por considerar que ellos eran responsables solidarios únicamente frente al acreedor perjudicado pero no en la relación interna con el deudor-accionista, ya que este último había exonerado de responsabilidad a los administradores en el momento de adquirir las acciones de las sociedades que posteriormente transmitió al acreedor.

Tal y como resultó de la sentencia que puso fin al proceso precedente (promovido por el acreedor frente al deudor-accionista y los administradores), se confirmaba que las cifras de los balances habían

sido alteradas fraudulentamente. Por este motivo, la citada sentencia declaraba: (i) que la responsabilidad del deudor-accionista frente al acreedor era de naturaleza contractual; y (ii) que la responsabilidad de los administradores tenía una naturaleza extracontractual, fundada en el art. 81 LSA de 1951 (reproducido en el art. 135 vigente LSA). Asimismo, en dicha sentencia se confirmaba que la yuxtaposición de ambas responsabilidades (contractual y extracontractual) conformaba una responsabilidad solidaria tácita frente al acreedor.

Lo interesante de la sentencia del TS objeto de análisis, es la exposición del Ponente al diferenciar dos situaciones: (i) una relación externa entre el acreedor y el deudor-accionista y administradores – que es objeto de análisis en el proceso precedente y que este Tribunal confirma- y (ii) una relación interna entre el deudor-accionista y los administradores. En esta última relación, es donde cobra especial relevancia el pacto de exoneración de responsabilidad de los administradores alcanzado entre éstos y el deudor-accionista.

Pese a que existe un precepto en el Código Civil que no permite establecer pactos que contravengan la Ley (art. 1.255 CC), el pacto de exoneración de responsabilidad no es declarado nulo por el TS –a diferencia del pronunciamiento del Juzgado de Primera Instancia que sí lo consideró nulo-. Asimismo, tampoco entiende el TS que pese a haberse confirmado en el procedimiento anterior la “alteración fraudulenta de las cifras del balance” por parte de los administradores, el deudor-accionista tenga derecho a invocar el art. 1102 CC –“La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula”-. El argumento que esgrime la Sala es que las cláusulas del contrato de compraventa de acciones, donde el deudor-accionista eximía de responsabilidad a los administradores, interpretadas conjuntamente, autorizan a excluir la actuación dolosa de los administradores. En particular, entiende que el deudor-accionista “era cabalmente consciente de que las cifras del balance podían no corresponderse con la realidad y que las empresas de las sociedades que había comprado atravesaban por dificultades”.

**Adaptación de estatutos de una sociedad profesional a la Ley de Sociedades Profesionales. RDGRN 14-11-2009** ([PDF](#)). Por Teresa Mínguez

La resolución objeto de comentario resuelve sobre la calificación de una escritura de adaptación de estatutos de una sociedad profesional a la Ley 2/2007 de Sociedades Profesionales (LSP). En particular, las cuestiones controvertidas son: (i) la redacción del art. estatutario relativo a la condición de administrador, que dispone que *“Para ser nombrado Administrador no será necesaria la condición de socio, sin perjuicio de lo establecido respecto de los socios profesionales”* y (ii) el art. de los estatutos relativo al nombramiento de Consejeros Delegados.

Respecto a la primera cuestión, el Registrador Mercantil rechaza la inscripción de la cláusula estatutaria, en cuanto que estima que no se ajusta al art. 4.3. LSP que impone la necesidad de que al menos las tres cuartas partes de los miembros del órgano de administración sean socios profesionales.

La DGRN estima el recurso interpuesto por el notario otorgante de la escritura, rechazando la calificación del Registrador Mercantil basándose en su reiterada doctrina que señala que la calificación registral debe realizarse no solo teniendo en cuenta la literalidad de los términos empleados sino también la intención de los otorgantes, debiendo realizar una valoración global de sus cláusulas. Por lo tanto, la DGRN estima que aplicando dichos criterios la única interpretación posible es la que permite deducir que únicamente puede nombrarse administrador a una persona que no ostente la condición de socio profesional, cuando sea posible conforme al art. 4.3. LSP. En definitiva, que solo podría nombrarse a un administrador que no fuera socio profesional, en tanto en cuanto, las dos terceras partes del órgano de administración sí lo fueran.

El segundo de los defectos invocados por el Registrador Mercantil se concreta en la falta de constancia expresa en los estatutos de la exigencia de que los Consejeros Delegados sean socios profesionales. Sobre este aspecto, la DGRN reitera el criterio de interpretativo anterior. De la interpretación conjunta de las cláusulas estatutarias resulta que no podrá designarse un Consejero Delegado que no ostente la condición de socio profesional, por la remisión que el art. 1 de los estatutos realiza

a la LSP y porque, según viene siendo doctrina reiterada del Centro Directivo, no es necesario reproducir en los estatutos sociales reglas fundamentales idénticas a las legales cuando los estatutos contengan la remisión a la Ley.

## 2. DERECHO DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

### TEMAS ACTUALES

#### Directiva UCITS IV. Por Inés Alonso-Allende

El pasado mes de noviembre se publicó en el DOUE la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados Organismos de Inversión Colectiva en Valores Mobiliarios (OICVM), más conocidos, por sus siglas en inglés, como UCITS (*Undertakings for Collective Investment In Transferable Securities*) (en adelante, “Directiva UCITS IV”) ([PDF](#)). El plazo para transposición de los nuevos preceptos expira el 30 de junio de 2011.

Como principales novedades destacan, entre otras:

1. Simplificación de los trámites de notificación para la comercialización transfronteriza de UCITS

El actual procedimiento de registro por parte de la UCITS con el regulador del Estado de Acogida se cambia por un sistema de notificación del regulador del Estado de Origen al Estado de Acogida. La comercialización de las acciones o participaciones de la UCITS podrá comenzar una vez se haya recibido en el Estado de Acogida tal comunicación.

Otra novedad importante es la posibilidad de la propia UCITS de elegir entre traducir su documentación legal al idioma oficial del Estado de Acogida, a otro admitido por dicho Estado o a una lengua de uso habitual en el ámbito financiero. Esta posibilidad no será aplicable al documento que contenga los datos fundamentales para el inversor que deberá siempre traducirse a una de las lenguas oficiales o admitidas en el Estado de Acogida. En cualquier caso, estas traducciones no tendrán que ser juradas.

**2. Pasaporte para la actividad de gestión de las sociedades gestoras**

La nueva Directiva establece el pasaporte para la actividad de gestión de instituciones de inversión colectiva que reúnan los requisitos de la Directiva y establece normas para la supervisión de dicha actividad.

**3. Regulación de las fusiones transfronterizas de UCITS**

Se incluye una regulación de fusiones transfronterizas de UCITS con el objetivo de (i) conseguir crear un mercado de Instituciones de Inversión Colectiva europeo mayor en tamaño y más competitivo, en especial en comparación con los americanos y (ii) ahorrar costes por la generación de economías de escala que ello supone.

**4. Regulación de las estructuras *master-feeders* (principal y subordinado)**

Por primera vez se reconocen y regulan las estructuras de UCITS principal y subordinado ("*master-feeders*") que permiten que una UCITS subordinada ("*feeder*") invierta entre el 85% y el 100% de sus activos en otra UCITS principal ("*master*"). Mediante esta estructura la gestión de la UCITS subordinada queda de facto delegada en la UCITS principal.

**5. Implantación de un documento con datos fundamentales para el inversor (*Key Investor Information - KII -*) en sustitución del folleto simplificado**

La obligación de elaborar y publicar un folleto simplificado, introducida en 2001, perseguía, entre otras cosas, proporcionar al inversor la información básica sobre la UCITS. Sin embargo, en la práctica, estos documentos no estaban cumpliendo adecuadamente esta función. Y es que los folletos simplificados habían terminado convirtiéndose en documentos demasiado extensos y complejos, que no resultaban fáciles de utilizar para efectuar comparaciones. La nueva Directiva sustituye el folleto simplificado por un documento con datos fundamentales para el inversor (*Key Investor Information o KII*).

El KII contendrá exclusivamente información fundamental y estará armonizado al objeto de proporcionar una mayor protección a los inversores y facilitar la posibilidad de efectuar comparaciones entre los mismos. Será breve y habrá de redactarse empleando un lenguaje sencillo y claro. Tendrá

carácter precontractual, si bien los emisores no serán civilmente responsables como consecuencia sólo de la información contenida en el KII, salvo que dicha información resultare engañosa, inexacta o incoherente con el folleto.

**6. Mejora de la cooperación entre reguladores**

Se establecen normas encaminadas a mejorar la cooperación entre reguladores para lograr una eficaz supervisión y conseguir la correcta implantación de las novedades establecidas en esta Directiva.

**Nueva regulación del régimen de las participaciones significativas. Por Eduardo Apilánez**

El Consejo de Ministros aprobó el 27 de noviembre, cuatro RD por los que se desarrolla la Ley de participaciones significativas en las entidades de crédito ([PDF](#)), empresas de servicios de inversión ([PDF](#)), IIC ([PDF](#)) y entidades aseguradoras ([PDF](#)), respectivamente. Dichos RD completan la transposición al Derecho español de la Directiva comunitaria 2007/44/CE, incorporando así el nuevo régimen europeo de participaciones significativas.

Esta normativa pretende aclarar los criterios y procedimientos para la evaluación previa de la adquisición de participaciones significativas, agilizar la tramitación y reforzar la colaboración entre los distintos supervisores.

Entre las novedades más importantes, cabe destacar las siguientes:

- Se establecen las reglas para el cómputo de participaciones en entidades de crédito, IIC, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras.
- Se fija el contenido mínimo de la información que el Banco de España, la CNMV o la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, según corresponda, podrán exigir a los potenciales adquirentes para evaluar la adquisición de una participación significativa.
- En este sentido, se establece la obligación de las correspondientes autoridades supervisoras de elaborar y publicar una lista con toda la información que el adquirente potencial debe suministrarles al tiempo de notificar una operación. Dicha información incluirá, entre otras, información sobre el adquirente potencial

y, en su caso, la persona que efectivamente dirija o controle sus actividades, la adquisición propuesta y la financiación de la adquisición.

- Finalmente, se definen las condiciones en las que los supervisores podrán interrumpir el cómputo del plazo para resolver sobre la evaluación de una adquisición propuesta.

## **Novedades normativas en torno a los Fondos de Garantía de Depósitos. Por Yaiza Alonso**

La Orden de 29 de diciembre por la que establecen las aportaciones del Fondo de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorro ([PDF](#)), **reduce al uno por mil** el importe de las aportaciones al Fondo de Garantía de Depósitos de Cajas de Ahorro (fijada a priori en un dos por mil anual de la base de cálculo), teniendo en cuenta la situación patrimonial alcanzada por el citado fondo (que alcanza una cuantía suficiente para el cumplimiento de sus fines).

Además, se encuentra actualmente en tramitación un proyecto de RD ([PDF](#)) por el que se modifica el RD 2606/1996 (y diversas normas relativas a fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito), cuyas principales novedades atañen a la información a proporcionar a los depositantes e inversores, la redacción del art. relativo al importe máximo garantizado de los depósitos (ya fijado en 100.000 euros mediante RD 1642/2008, de) y las circunstancias en que se satisfará tal importe garantizado a los titulares de los depósitos, valores u otros instrumentos financieros.

## **Nueva regulación de los Servicios de pago. Por Yaiza Alonso**

Tras la aprobación de la Ley 16/2009 de servicios de pago ([PDF](#)), que transpone la Directiva 2007/64/CE sobre servicios de pago en el mercado interior, cuyo texto pretende, entre otros fines, garantizar que los pagos realizados en el ámbito de la UE puedan realizarse con la misma facilidad, eficiencia y seguridad que los pagos nacionales internos de los Estados miembros, se encuentran en tramitación un proyecto de RD de régimen jurídico de las entidades de pago ([PDF](#)) y un proyecto de Orden sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago ([PDF](#)), cuyos objetivos son, respectivamente:

- Desarrollar el régimen jurídico de las entidades de pago, las actividades transfronterizas de tales entidades y la constitución de entidades de pago híbridas (entendiendo por tales aquellas que además desarrollen actividades distintas de las enumeradas en la Ley 16/2009) y,
- Desarrollar los requisitos de transparencia exigibles en la prestación de los servicios de pago.

## **JURISPRUDENCIA**

### **Contratos abusivos y cláusulas bancarias (STS 16-12-09). Por Abraham Nájera**

Esta reciente STS de la Sala 1ª ha puesto punto final al proceso iniciado por la OCU en 2003 contra diecisiete estipulaciones que las entidades de crédito emplean en su contratación con los consumidores, ámbito en el que se encuentra comúnmente extendida una presunción de proliferación de cláusulas abusivas.

Mucho se ha escrito sobre las que efectivamente el TS ha confirmado como tales –establecer la responsabilidad absoluta, sin matización o modulación, del titular de una tarjeta extraviada o sustraída antes de la notificación a la entidad de crédito; pactar como causa de vencimiento anticipado el incumplimiento de obligaciones accesorias o la no inscripción de la hipoteca por cualquier causa; la prohibición de arrendar el bien hipotecado si no se limita a arrendamientos no purgables y se fijan unos baremos adecuados; extender la necesidad del consentimiento del acreedor por la cesión de la deuda a la transmisión del bien hipotecado; la renuncia a ser notificado de la cesión de un crédito, etc.-, aunque se ha prestado menos atención a las que sí se han admitido, de manera explícita o implícita –la extensión de una garantía hipotecaria al pago de las costas judiciales; el pacto de liquidación que permite a la entidad acreedora determinar la cantidad por la que se despacha ejecución, al no excluir la posibilidad de oponerse a su cálculo; los pactos de compensación, incluso en relación con cuentas con varios cotitulares, siempre que la redacción de la cláusula sea clara y comprensible, o establecer el impago de una sola de las cuotas pactadas como causa de vencimiento anticipado-.

Sin embargo, no se ha profundizado en lo que subyace tras una sentencia de este tipo, que puede

aparentar ser un mero ejercicio de análisis sobre la redacción de determinadas cláusulas. La adhesión por el consumidor a unas condiciones generales no supone que consienta su contenido, ya que en puridad tan solo se da por enterado de su existencia, pudiendo considerarse como una mera autorización a que el predisponente regule sus relaciones, conforme a las exigencias de la buena fe, de forma equivalente al Derecho supletoriamente aplicable al contrato. Por este motivo –y al margen de las relativas a elementos esenciales del contrato, de las que únicamente ha de comprobarse su transparencia-, las condiciones generales han de ser sometidas por los tribunales a un control de contenido mediante su confrontación con la normativa que resultaría aplicable si las partes no hubieran pactado nada al respecto, de manera que pueda apreciarse si, en relación con esta, se ha pretendido introducir un desequilibrio entre ellas que perjudique al consumidor.

Y ese es el caso cuando, como en algunas de las cláusulas consideradas abusivas por el Tribunal Supremo, se persigue atribuir a la entidad de crédito una facultad discrecional y desproporcionada de resolución, exonerarla de responsabilidad de manera absoluta, sin que quepa la apreciación en cada supuesto concreto, o trasladar indebidamente la carga de la prueba al consumidor cuando no se la impone la propia ley.

### Los intereses leoninos en las refinanciaciones. (STS 23-11-09) [\(PDF\)](#). Por Yaiza Alonso

El TS ha resuelto un recurso de casación sobre el carácter leonino de los intereses pactados en una refinanciación, habiendo argumentado el demandante que se encontraba en una situación angustiosa que no podía ser obviada por la entidad (re)financiadora.

La sociedad recurrente, tras el incumplimiento de pequeños préstamos que tenía concertados con una entidad bancaria (con unos intereses moratorios que en la mayoría de ellos rondaban el 28% anual), pactó con esta su refinanciación, ampliando las garantías (mediante la constitución de hipoteca inmobiliaria) y pactando un interés ordinario del 19% (notablemente inferior al moratorio medio de los anteriores). Ante un nuevo incumplimiento, la entidad declaró el vencimiento anticipado del contrato de refinanciación y ejecutó la garantía real. La sociedad adujo que la refinanciación se otorgó

en un momento de grave situación económica, que la garantía hipotecaria resultaba desproporcionada y que en definitiva la entidad se sirvió de los previos incumplimientos para hacer más gravosa la situación e imponer condiciones para la refinanciación que calificó de leoninas, solicitando que se declarase nula la refinanciación, la garantía y por ende el procedimiento de ejecución hipotecaria.

La Sala 1ª del TS entiende que la operación ahora impugnada deriva del incumplimiento del deudor, que desembocó en una refinanciación. Dicha refinanciación, con un nuevo plazo e intereses inferiores a los de las operaciones previas –que paradójicamente no fueron impugnados-, pretendió facilitar el cumplimiento al deudor; en consecuencia, no hubo condiciones leoninas. Al contrario, considera el TS que la refinanciación resultaba beneficiosa para el deudor y que la entidad no se aprovechó de la situación de la sociedad, sino que trató de remediarla o paliarla, con independencia del resultado final.

Al hilo de esta sentencia cabe recordar que, tras la inclusión de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal (LC), determinados acuerdos de refinanciación pueden resultar protegidos frente a las acciones rescisorias previstas en su art. 71 si cumplen ciertos requisitos. Entre ellos se encuentra la elaboración por un experto independiente de un informe que, además de enjuiciar el plan de viabilidad de la empresa refinanciada, ha de opinar sobre la proporcionalidad de las garantías acordadas en atención a las condiciones normales de mercado, con la finalidad principal de salvaguardar los intereses de los restantes acreedores. Sin embargo, este es el único extremo sobre la refinanciación que es objeto de análisis en la Disposición. Las concretas condiciones económicas que se acuerden quedan fuera del mismo, estando por tanto tan solo limitadas por las normas generales, entre las que se encuentra la Ley de Represión de la Usura, cuyas previsiones podrían resultar de aplicación en este tipo de situaciones, en las que claramente puede considerarse que concurre una *situación angustiosa*. Ello no obstante, a la luz de la sentencia comentada resulta claro que la imposición de nuevas garantías en el marco de la refinanciación no implican, per se, una conducta usuraria.

### 3. CONTRATOS MERCANTILES

#### TEMAS ACTUALES

#### Se aprueba la nueva Ley de contratación en el transporte terrestre ([PDF](#)). Por Andrés Recalde

La Ley 15/2009 pretende cubrir una llamativa laguna del Derecho español. Aunque pueda parecer sorprendente, el contrato de transporte sigue sometido, aún, a las previsiones del Código Civil y del Código de Comercio. Es decir, a normas anteriores a los vehículos de motor o a los modernos trenes (no hace falta recordar cómo eran los ferrocarriles en 1885).

Cuando la nueva Ley entre en vigor (en febrero de 2010, aunque con la salvedad que se apunta al final), nuestro Derecho se ajustará, por fin, a las exigencias de un tráfico moderno, de enorme importancia para el desarrollo económico.

Sin embargo, en esta valoración primera y general de la Ley conviene aclarar algo. Los transportes mercancias por carretera o por ferrocarril sí que contaban con una normativa adecuada y armónica con la de otros países de nuestro entorno. En efecto, España es, ya hace años, firmante de los dos principales convenios internacionales que regulan el transporte de mercancías por carretera (CMR) y por ferrocarril (CIM-COTIF). La nueva Ley, por tanto, sólo supone la modernización y adecuación del régimen del contrato de transporte terrestre de mercancías para los transportes que se realizan en el ámbito interno.

Desde la perspectiva de las características generales de la Ley lo más destacable es que en buena medida representa la incorporación de los esquemas y los caracteres de esos convenios internacionales de los que España ya era parte. Esta solución parte de la idea de que carece de sentido que el régimen del contrato sea diferente en función de que el transporte traspase o no las fronteras españolas. Esta solución era lógica y razonable y es la que otros países ya habían seguido con anterioridad en la reforma de su régimen interno. Pero, además, era una solución que se ha visto favorecida desde que el Convenio del transporte por ferrocarril prescindió, a partir de la reforma de 1999

(Reglas de Vilna), de una parte importante de sus peculiaridades y se acercó profundamente a la normativa que regulaba el transporte por carretera. A ello contribuyó el notable éxito armonizador del CMR, que ha servido de inspiración a otras reformas en el Derecho comparado (como es el caso de Alemania desde 1998). Se comprende, por ello, que el legislador español optara por seguir ese modelo, pero también que se haya inclinado por establecer un régimen que es común al transporte por carretera y al transporte por ferrocarril.

Sin embargo, como consecuencia de alguna presión ejercida desde sectores empresariales, en alguna ocasión la Ley se ha desviado de la normativa internacional. Así ocurre, p. ej., cuando se reduce la cuantía máxima a la que se pueden ver obligados a resarcir los transportistas respecto de las cantidades que establecen los convenios internacionales y, notablemente, el convenio de transporte por carretera. Probablemente ésta (y alguna otra) divergencia entre la legislación interna y la internacional no sea la solución más razonable.

La Ley resuelve de manera imaginativa una interesante cuestión que afecta a un problema que tradicionalmente ha generado cierto debate en el Derecho del transporte. Es el que se refiere al papel de la autonomía privada en la determinación del contenido del contrato, es decir, las obligaciones y los derechos de las partes. La Ley desecha el carácter imperativo que se había venido consolidando como un rasgo característico de la regulación del contrato de transporte. La falta de reconocimiento del principio liberal que reconoce primacía a la autonomía privada en la configuración de los contratos se justificaba históricamente en el desequilibrio del poder económico de los contratantes. Pero, a diferencia de los transportes realizados por mar, el transporte por carretera es un sector caracterizado por un empresariado fraccionado, que difícilmente puede calificarse como "parte fuerte" en la contratación y, sobre todo, que no lo es en comparación con las compañías aseguradoras que se subrogan en las reclamaciones de cargadores y destinatarios. Por ello, la Ley ha permitido que las partes se desvíen de un régimen legal al que se reconoce un carácter dispositivo. Frente a lo previsto en la Ley, el contenido del contrato fijado por las partes puede ser resultado bien de pactos individuales o incluso puede establecerse a través de condiciones generales, aunque en este caso ello sólo se admitirían si éstas fuesen más beneficiosas para el adherente. No cabe duda de que la aplicación

práctica de esta calificación en el futuro puede crear incertidumbre. Sin embargo, el carácter imperativo de la normativa se mantiene en otras cuestiones y, señaladamente, en materia de responsabilidad.

La Ley también presta atención a las situaciones en que el transportista que concluyó el contrato actúa como transitario o comisionista de transporte y subcontrata la ejecución del transporte con un porteador efectivo. En el Derecho internacional se extiende la tendencia a imponer la obligación solidaria al porteador contractual y al porteador efectivo, solución que, sin embargo, no resulta clara en la Ley.

En los transportes combinados que se realizan a través de varios medios físicos, el régimen de responsabilidad será el propio del medio en el que se produjo el daño, previéndose una solución supletoria si no se conoce en qué momento se produjo ese daño. Esta solución puede crear dificultades si España ratifica el nuevo Convenio del transporte total o parcialmente marítimo de mercancías (Reglas de Rotterdam), firmado en septiembre de 2009 y que tiene un discutible efecto expansivo a los transportes realizados en otros medios, cuando se conectan con un transporte marítimo.

La Ley permite a los porteadores reclamar el precio a los cargadores con quienes concluyeron el contrato, si el contrato designaba al destinatario para el pago y, sin embargo, éste no satisface el precio del transporte. Más cuestionable es la afirmación de la Exposición de Motivos en el sentido de que esta solución legal es “novedosa”. En realidad, es aquella que podría encontrarse en cualquier obra clásica de Derecho del transporte o, simplemente, mercantil, y la que se alcanzaría desde la unánimemente reconocida calificación dogmática del transporte como un contrato a favor de tercero.

Cabe cuestionar en el detalle alguna otra norma, como también puede reprocharse a la Ley cierta falta de orden y una prolijidad y extensión que, quizá, no era necesaria. No obstante, el juicio que merece es generalmente positivo. Se trataba de una regulación hace tiempo demandada a la que ha respondido el legislador español de forma ajustada y, casi siempre, armónica con las soluciones aplicadas a los transportes internacionales y en los modelos comparados.

Por último, el legislador estableció, en la Disposición final quinta, una “*vacatio legis*” de tres meses, por lo que la Ley entraría en vigor el 12 de febrero próximo. El problema es que “se ha colado” la siguiente redacción en la Disposición adicional única “*Contratos preexistentes. Quedará regulada bajo los términos de esta ley la ejecución de todos los contratos que comience a partir del uno de enero del año siguiente al de la entrada en vigor de esta norma, aunque los mismos se hubieran celebrado con anterioridad.*” El legislador debió pensar que la ley iba a entrar en vigor antes del final del 2009, con lo que podría tener sentido la redacción, máxime si según se cuenta, la intención del Ministerio de Fomento era que la ley se aplicara a los contratos que se empezaran a ejecutar el 1 de enero de 2010. Pero la ley –publicada en el BOE de 12 de noviembre de 2009- entra en vigor el 12 de febrero de 2010, por lo que el 1 de enero siguiente lo es el del 2011. Es decir, según la literalidad de la ley, ésta sólo será aplicable a aquellos contratos cuya ejecución comience a partir del 1 de enero de 2011. El legislador ha establecido, de facto, una “*vacatio legis*” de un año y casi dos meses.

## 4. DERECHO CONCURSAL

### Contenido de la comunicación del inicio de negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. Por Javier Gutiérrez

Una de las novedades más singulares de la reforma de la Ley Concursal llevada a cabo por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica ha sido la introducción de un nuevo apartado 3 en el art. 5 LC. De acuerdo con esta norma el deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, hubiera iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro los dos meses siguientes a la fecha en la que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, lo comunique al juzgado competente para su declaración de concurso.

La comunicación ex art. 5.3 LC ha generado muchas dudas especialmente en lo que a su contenido se refiere. Pues bien, de acuerdo con la

opinión mayoritaria de nuestros tribunales<sup>2</sup> dicha comunicación constituye una mera notificación a la que el legislador ha decidido atribuir de forma automática e inmediata ciertos efectos sin que para ello se exija requisito probatorio alguno. Lo que significa que el deudor cumpliría con una simple comunicación informando al juzgado de su situación de insolvencia y de que ha iniciado negociaciones con sus acreedores para conseguir las adhesiones necesarias a una propuesta anticipada de convenio. Satisfechas estas exigencias mínimas el deudor no tendría que probar absolutamente nada.

Así, no habría de acreditar su situación de insolvencia, ni tendría que aportar prueba alguna sobre el inicio efectivo, estado o alcance de las negociaciones emprendidas. No estaría obligado a hacer referencia en la comunicación a los acreedores con los que hubiera contactado o se estuviera llevando a cabo la negociación. No tendría mencionar en dicho documento la existencia de plan de viabilidad alguno y mucho menos adjuntarlo. Es más, la Ley no le exige aportar el texto de la propuesta de convenio ni tan siquiera un simple borrador o esquema de la misma. Y es que lo normal será que, en ese momento, la propuesta anticipada de convenio no esté todavía perfilada de forma definitiva debiendo ser sometida a ulteriores modificaciones durante el desarrollo de las negociaciones con los acreedores.

Cuestión distinta es que, por prudencia o diligencia, el deudor, aun no estando obligado a ello, considere conveniente acompañar a la comunicación ex art. 5.3 LC una cierta prueba documental relativa al inicio de las negociaciones.

Finalmente, aunque la Ley nada diga al respecto es evidente que presentada la comunicación ex art. 5.3 LC el juzgado habrá de examinarla y comprobar si cumple con los requisitos que este precepto exige. Y es que el juzgado tendrá que dictar una resolución judicial, en forma de auto, teniendo por presentada la citada comunicación «a los efectos de lo dispuesto en el art. 5.3 LC». Por lo tanto, previamente deberá verificar el cumplimiento de dichos presupuestos, es decir, que en la

comunicación consta de forma inequívoca el deseo del deudor de acogerse a lo establecido en el art. 5.3 LC; la manifestación expresa de encontrarse en situación de insolvencia actual y, finalmente, la afirmación clara de haber iniciado negociaciones encaminadas a obtener las adhesiones necesarias para poder presentar una propuesta anticipada de convenio. La falta de cualquiera de estas menciones permitiría al juzgado considerar la comunicación como no realizada a los efectos oportunos. Si bien, previamente, el Juzgado habrá de requerir al deudor dándole la oportunidad de subsanar los defectos que la comunicación pudiera contener.

## 5. COMPETENCIA DESLEAL Y PUBLICIDAD

**Cambiar la Ley de Competencia desleal para reducir la protección de los consumidores, no para reforzarla. Por Jesús Alfaro**

La nueva Ley de Competencia Desleal (Ley 29/2009) ([PDF](#)) no ha mejorado un ápice la protección de los consumidores y de los competidores frente a los actos de competencia desleal. Un repaso por el nuevo texto permite demostrar tal afirmación. Con carácter previo, debe señalarse que el Derecho Europeo y la interpretación por parte del Tribunal de Justicia de la obligación de trasposición de las Directivas están empeorando, notablemente, la calidad de las normas nacionales en este ámbito. Pero los que han incorporado la Directiva sobre prácticas comerciales incorrectas al Derecho español podrían haberlo hecho mucho mejor, aún dentro de estos límites.

Se **modifica el art. 1** para decir que la publicidad ilícita está prohibida en los términos de la Ley General de Publicidad, lo que era innecesario. Algo habríamos ganado si se hubieran derogado los artículos 1 a 8 de la LGP. Pero, sobre todo, porque el art. 18 reitera que la publicidad considerada ilícita por la LGP se considera desleal.

Se **modifica el art. 2.3** para decir que la ley se aplica a comportamientos que ya el art. 2.1 dice que se aplica. Es más, el tenor del art. 2.3 incrementa la confusión entre acciones contractuales por incumplimiento o por *culpa in contrahendo* y acciones de competencia desleal.

<sup>2</sup> Vid., entre otros, el AJMER (2), La Coruña, de 30 de noviembre de 2009; el AJMer Granada (14) de 11 de mayo de 2009; la SJMER Barcelona (8), de 11 mayo de 2009 (LA LEY 112967/2009); o el AJMER Vizcaya (1), de 2 de junio de 2009 (LA LEY 84208/2009).

Se **modifica el art. 3.1** para añadir a los "profesionales" en el ámbito subjetivo de aplicación, que ya estaban incluidos porque el precepto dice que se aplica a empresarios y "cualesquiera otras personas físicas y jurídicas que participen en el mercado.

Se modifica la **cláusula general** (art. 4) para no añadir nada más que verborrea europea sin contenido alguno. Así, se dice que será desleal un comportamiento cuando sea idóneo para distorsionar las decisiones de los consumidores y que el juez tendrá en cuenta el destinatario de la conducta (consumidor medio/consumidor "especial"). Para decir eso emplea unas doscientas palabras. El último párrafo no sería admisible en una redacción de un alumno de ESO "3. Las prácticas comerciales que, dirigidas a los consumidores o usuarios en general, únicamente sean susceptibles de distorsionar de forma significativa, en un sentido que el empresario o profesional pueda prever razonablemente, el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieran, por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad, se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá, sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o respecto de las que no se pretenda una interpretación literal". O sea, una publicidad, por ejemplo, cuyo sentido irónico lo puede captar una persona de inteligencia media pero no una persona discapacitada ¿ha de juzgarse desleal porque el miembro medio de los discapacitados no sea capaz de entender la ironía?

Los **actos de engaño** (art. 5) se regulan de nuevo añadiendo frases y frases sin ningún contenido normativo. Se comienza con la cláusula general (información falsa o que induzca a error al destinatario) para, a continuación, decir que sólo será engañosa si se refiere a... y sigue un listado. ¿Para qué poner un listado? Basta con que se trate de un acto realizado en el mercado, con fines concurrenciales para que, con independencia de a qué se refiera la información falsa o errónea, se considere desleal. Esto es grave porque, como me recordó Massaguer, significa que ya no tenemos cláusula general de engaño con lo que no solo no se ha aumentado la protección frente al engaño, sino que ha disminuido si los jueces no son sensatos y "pasan" del cambio del tenor literal. A

continuación, en un alarde de asistematicidad, se regulan los **actos de confusión** (art. 6) que quedan como estaban. Para seguir, en el art. 7 con **actos de engaño por omisión**

Luego vienen las **prácticas agresivas** (art. 8). La Ley anteriormente vigente no las regulaba con buen criterio. Porque, en muchos casos, eran delitos o faltas (estafa, coacciones...) y, en otros, su incriminación era discutible, por lo que es preferible dejarlas a la aplicación de la cláusula general. Sin embargo, ahora tenemos un precepto, el 8.1 que dice que "Se considera desleal todo comportamiento que teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación al bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico". ¿Alguien tenía duda de que el empleo de violencia, coacción o intimidación para forzar a alguien a adquirir un bien o servicio es una conducta prohibida? ¿Se han leído el Código Civil los que redactaron esta norma? Lo que viene a continuación (art. 8.2) también es de risa ya que "educa" al juez sobre cuándo hay coacción. Y la amenaza de emprender acciones se considera coactiva en un castellano infame: "La comunicación de que se va a realizar cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse". Luego viene más sobre esto.

En los **actos de comparación** (art. 10 c) hemos perdido, porque la Unión Europea ha cedido frente a las presiones de los grandes fabricantes. Ya no se formula en positivo ("Será desleal la comparación... cuando...") sino en negativo ("estará permitida si cumple los siguientes requisitos"), lo cual puede confundir a los que aplican las normas sobre cuál es la regla general – la licitud de la comparación – y cual la excepción – la deslealtad. Pero que se considere desleal la comparación con un producto acogido a una denominación de origen por parte de otro que no lo esté (art. 10 c) es una infracción palmaria del principio de igualdad ante la Ley. La mayor novedad es el Capítulo III "PRÁCTICAS COMERCIALES CON LOS CONSUMIDORES O USUARIOS". Novedad formal, porque, como veremos inmediatamente, no añade nada a la regulación previa. El **art. 19 no dice nada**, porque se remite, a su vez, a dos artículos de la LCU que tampoco dicen nada. Son parte de la moda tan extendida de repetir lo que está en otras normas. El **art. 20** es de lo peor: porque regula los actos de

"**engaño por confusión**" confundiendo así los actos de engaño (el consumidor cree que el producto o servicio es de una forma y es de otra o tiene unas cualidades – gasta solo 3 litros de gasolina cada cien km – de las que carece) y los actos de confusión (el consumidor cree que está comprando un producto de un empresario y está comprándolo de otro). A continuación vienen las estupideces del Derecho Europeo. Porque recogen prácticas que son **obviamente engañosas** y, por tanto, una vez que se dispone de una cláusula general, no es necesario hacer una lista de todas las prácticas imaginablemente engañosas. De manera que resultan ridículas, arbitrarias y alargan innecesariamente la normativa. Por ejemplo, es obvio que es engañoso decir que uno está adherido a un código de conducta sin estarlo. Pero ¿acaso esta conducta no debe ser engañoso cuando se utiliza frente a otro empresario? (un fabricante frente a un distribuidor, por ejemplo). O decir que se trata de una liquidación cuando no es así (aunque, ¿a quién le importa? El consumidor compra por el precio, no porque esté o no en liquidación). O la de prometer un premio y, luego, no darlo. O la de decir que uno ha ganado algo que no ha ganado. O la de las ofertas baratísimas pero que son engañosas porque hay una desproporción entre la publicidad realizada y el número de artículos de los que se dispone. O la de decir que algo es gratis y luego pretender cobrar. Y esto: "*Realizar una oferta comercial de bienes o servicios a un precio determinado para luego, con la intención de promocionar un bien o servicio diferente, negarse a mostrar el bien o servicio ofertado, no aceptar pedidos o solicitudes de suministro, negarse a suministrarlo en un período de tiempo razonable, enseñar una muestra defectuosa del bien o servicio promocionado o desprestigiarlo*". Siguen la prohibición de ventas piramidales – estafa –; la atribución de cualidades mágicas a los productos; para reiterar una vez más, la prohibición de los actos de confusión y la publicidad subliminal.

Supongamos que recoger esto en normas legales está bien para países que acaban de entrar en el capitalismo y donde los consumidores son unos "principiantes" objeto de abusos frecuentes. ¿No debería permitirse a los Estados limitarse a incluir en sus textos legislativos una cláusula general de prohibición de engaño y remitir a sus jueces la concreción de la misma?

La que más puntos ha obtenido en el despioque de los expertos es la del art. 28: "Se reputan desleales por agresivas las prácticas comerciales que hagan

creer al consumidor o usuario **que no puede abandonar el establecimiento del empresario o profesional o el local en el que se realice la práctica comercial, hasta haber contratado, salvo que dicha conducta sea constitutiva de infracción penal**".

## 6. NORMATIVA EN TRAMITACIÓN

**Medidas para agilizar y simplificar la constitución de sociedades mercantiles. Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible (PDF). Por Juan José Mallo**

Bajo el título "Medidas para agilizar y simplificar la constitución de sociedades mercantiles", el art. 41 del Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible (el "Anteproyecto") pretende modificar el régimen de constitución, por un lado, de las sociedades de responsabilidad limitada en general, previéndose, además, una serie de especialidades para aquellas sociedades de responsabilidad limitada que tuvieran una cifra de capital inferior o igual a 3.100 € y sus estatutos se adaptaren a alguno de los aprobados reglamentariamente; y, por otro, de las sociedades mercantiles que no sean de responsabilidad limitada o que, siéndolo, tuvieran entre sus socios personas jurídicas o su capital sea superior a 30.000 € o el órgano de administración adopte la forma de Consejo de Administración.

En cuanto a las sociedades de responsabilidad limitada en general, se prevé que la escritura de constitución se otorgue en el plazo de un día hábil desde que el que el Notario reciba los antecedentes y la certificación negativa de denominación, cuya solicitud también le corresponderá. Dicha certificación deberá ser expedida a su vez por el Registro Mercantil Central ("RMC") en el plazo de un día hábil. Asimismo, será el Notario –y no los fundadores– quien telemáticamente remita la escritura el día de su otorgamiento al Registro Mercantil ("RM") que corresponda, para que proceda a la inscripción en el plazo de tres días hábiles a contar desde su recepción, a cambio de unos aranceles notariales y registrales –compartidos– que en ningún caso podrán ser superiores a 250 €.

En el caso de que se tratara de sociedades de responsabilidad limitada que tuvieran una cifra de capital inferior o igual a 3.100 € y sus estatutos

estuvieran adaptados a alguno de los aprobados reglamentariamente, la escritura se otorgará el mismo día en que el Notario reciba los antecedentes y la certificación negativa, la cual se expedirá en el plazo de un día hábil desde su solicitud. Se prevé, además, que la inscripción en el RM tenga lugar el mismo día en el que se reciba la escritura. Los honorarios notariales y registrales no podrán superar los 100 €.

Finalmente, cuando se trate de sociedades mercantiles que no sean de responsabilidad limitada o que, siéndolo, tuvieran entre sus socios personas jurídicas o su capital fuera superior a 30.000 € o cuyo órgano de administración adopte la forma de Consejo de Administración, el Notario solicitará telemáticamente al RMC la certificación negativa, salvo petición en sentido contrario por los interesados. El RMC expedirá telemáticamente la certificación en el plazo máximo de un día hábil. Asimismo, el Notario solicitará telemáticamente a la Administración Tributaria el CIF provisional. Una vez inscrita, el RM notificará a la AEAT el carácter definitivo del CIF asignado.

Si bien la modificación recogida en el Anteproyecto es ambiciosa, la transformación de los escenarios LSA y LSRL previstas en el mismo puede ser calificada, cuanto menos, de austera, puesto que únicamente introduce como efectos especiales la reducción de costes en la publicación de actos jurídicos societarios, sin afrontar la reforma derivada de la constitución de sociedades. Tales modificaciones implicarían, entre otras, una reforma de los arts. 409.1 y 413 del Reglamento del Registro Mercantil, puesto que la redacción actual determina que la certificación negativa será expedida por el RMC a solicitud del interesado, y no del Notario. Asimismo, los arts. 17.2 LSA y 15 LSRL establecen (y no se ha previsto su modificación en las Disp. finales vigesimosegunda y vigesimotercera del citado anteproyecto) que la escritura deberá presentarse a inscripción en el plazo de dos meses desde su otorgamiento, atribuyendo responsabilidad solidaria a los fundadores y administradores por los daños que causare el incumplimiento de esta obligación.

**Proyecto de Ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (PDF). Por Inés Alonso-Allende**

El Proyecto tiene un doble objetivo (i) reforzar el funcionamiento del sistema financiero español e (ii) incorporar a la normativa española en su totalidad el

contenido de la Directiva 2005/60/CE y su normativa de desarrollo.

Como novedades cabe destacar, entre otras:

- la consideración de todos los delitos como subyacentes al blanqueo de capitales;
- la ampliación del número de sujetos obligados;
- la regulación de las Personas con Responsabilidad Pública no residentes (*Political Exposed Persons* o *PEP*);
- el refuerzo de la estructura institucional tanto en relación con el blanqueo de capitales como con la financiación del terrorismo; y
- la creación del Fichero de Titularidades Financieras y la imposición a las entidades de crédito de la obligación de declarar la apertura y cancelación de cuentas corrientes, cuentas de ahorro, cuentas de valores y depósitos a plazo y los titulares de las mismas, para su inclusión en dicho fichero.

**Proyecto de Orden ministerial de regulación y control de la publicidad de servicios y productos de inversión (PDF). Por Ana Mondedeu**

El Proyecto prevé que la Orden desarrolle los principios básicos de la normativa relativa a las actividades publicitarias de servicios y productos financieros y, por lo tanto, fije el régimen legal aplicable a dichas actividades.

En primer lugar, establece su ámbito de aplicación e incluye una definición de lo que debe entenderse como publicidad: “*Se considera actividad publicitaria toda forma de comunicación dirigida al público en general con el fin de promover, directamente o a través de terceros, la contratación de un servicio o actividad de inversión, o bien la suscripción o adquisición de instrumentos financieros incluidos en el ámbito de aplicación de esta Orden*”. Es importante destacar que, entre otras excepciones a esta definición, están las campañas publicitarias institucionales.

Con respecto a las normas, principios y criterios generales relativos a la comunicación comercial, el Proyecto retoma las normas previstas en la normativa preexistente haciendo especial hincapié en que la publicidad debe ser “*clara, imparcial y no engañosa*”.

El Proyecto opta por otorgar a la CNMV un sistema de control de la publicidad *a posteriori*, siguiendo la tendencia de que no será necesaria la autorización de la CNMV con carácter previo al comienzo de las actividades publicitarias.

Para los supuestos en los que haya obligación de registrar un folleto o en los que intervenga una empresa de servicios de inversión, el Proyecto le otorga a la CNMV la potestad de requerir (i) la cesación o rectificación de la publicidad que no se ajuste a la normativa aplicable y (ii) la inclusión de cuantas advertencias estime necesarias.

Para los casos en los que no se dé ninguna de las dos circunstancias anteriores, el Proyecto establece que la CNMV podrá requerir la inclusión en la publicidad de advertencias genéricas relativas a la ausencia de supervisión y control de las mismas, así como recomendaciones a los inversores para que recaben información adicional sobre su naturaleza y características.

De lo anterior se deduce que el Proyecto aporta poco contenido novedoso a excepción de:

- El desarrollo de las habilitaciones otorgadas por la ley, delegando en la CNMV para que sea esta a través de Circular la que concrete los principios y criterios generales sobre el contenido y el mensaje publicitario y
- los poderes atribuidos a la CNMV sobre las actividades publicitarias que se refieran a ofertas en las que no haya obligación de registrar un folleto o en los que no intervenga una empresa de servicios de inversión.

**Proyecto de Orden ministerial de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios (PDF). Por Yaiza Alonso**

Del mismo modo que en el Proyecto de Orden Ministerial de regulación y control de la publicidad de servicios y productos de inversión examinado

previamente, mediante este Proyecto se lleva a cabo la regulación de la actividad publicitaria de los productos y servicios bancarios. Al igual que ocurre para los productos de inversión, el Proyecto establece qué debe entenderse por publicidad de productos bancarios: *“toda forma de comunicación por la que se ofrezcan productos o servicios bancarios, o que divulgue información sobre ellos, cualquiera que sea el medio de difusión que se utilice”*.

También siguiendo la misma estructura que para el Proyecto de Orden relativo a los productos de inversión, este Proyecto instaura los principios básicos a los que debe responder la actividad publicitaria de las entidades de crédito españolas (y sucursales de las extranjeras en España), indicando que ésta deberá ser *“clara, suficiente, objetiva, no engañosa, debiendo quedar explícito y patente el carácter publicitario del mensaje”*. Al margen de ese contenido mínimo, se faculta también al organismo regulador, en este caso, Banco de España, para que determine los demás principios generales a aplicar.

Por otra parte, y de nuevo de forma similar a lo expuesto en relación con el Proyecto relativo a la publicidad de los servicios y productos de inversión, Banco de España podrá requerir la cesación o rectificación de aquella actividad publicitaria que no se ajuste a los parámetros establecidos.

Así pues, se debe destacar como novedad que este Proyecto de Orden Ministerial no hace ya referencia alguna al procedimiento de autorización previa que, hasta la fecha, está regulado en el Capítulo III de la Orden de 12 de diciembre de 1898, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, y que quedaría derogado una vez aprobada esta Orden.

**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](http://www.cms-asl.com) | [www.cmslegal.com](http://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.

CMS está asociada con The Levant Lawyers con oficinas en Abu Dabi, Beirut, Dubái y Kuwait.

Si no desea seguir recibiendo en el futuro este documento, envíe un correo electrónico a la dirección [Cms-asl@cms-asl.com](mailto: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. (2010). 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