

Your World First



## BOLETÍN MERCANTIL Nº 16

---

Enero – Marzo 2014

### SUMARIO

1. DOCTRINA

2. DERECHO SOCIETARIO

3. DERECHO BANCARIO Y DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

- Mercados financieros
- Mercado de Valores

4. CONTRATOS MERCANTILES

5. DERECHO CAMBIARIO

6. PROPIEDAD INTELECTUAL

7. TEMAS DE ACTUALIDAD

8. ABREVIATURAS

---

### 1.- Doctrina

- Real Decreto-ley 4/2014 de reforma de la Ley Concursal. Fco. Javier Arias

### 2.- Derecho Societario

### JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- A propósito del derecho de información del socio: su alcance (SAP Barcelona de 9 de diciembre de 2013). Luis Serrano de la Rosa
- El caso Urbanor y la exigencia de buena fe entre socios (STS 49/2014, Sala de lo Civil, 14 de enero. Ponente: don Francisco Javier Orduña Moreno). Agustín del Río Galeote
- Caso Atlético de Madrid: "Prueba de resistencia" en la impugnación de acuerdos de la junta. Sentencia del Tribunal Supremos de 15 de enero de 2014 (Ponente I. Sancho Gargallo). Mariano Bautista Sagües
- Resumen de la STJUE, Sala 2ª, de 19 de diciembre de 2013). José Ramón Meléndez
- La importancia de cómo y a quién apoderar: protección de terceros frente al abuso en el uso del poder y consecuencias prácticas de la extinción de poderes por fallecimiento del mandante (STS de 12 de noviembre de 2013 y 13 de febrero de 2014). Ignacio Cerrato.
- Responsabilidad solidaria de los socios de una sociedad civil. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2014. Sixto de la Calle Peral
- Efectos del cierre registral y la inscripción del cese y el nombramiento de administrador (RDGRN de 11 de enero de 2014). Elena Alcázar Cuartero
- Verificación del balance que sirve de base a una reducción de capital para compensar pérdidas llevada a cabo en el marco de una operación acordeón (Resolución de la DGRN de 3 de febrero de 2014; BOE de 27 de febrero de 2014). Irene Miró
- Posibilidad de que la junta general de una sociedad de responsabilidad limitada adopte sucesivamente en el mismo acto dos acuerdos de reducción de capital. (RDGRN de 10 de diciembre de 2013). Andrés Álvarez-Sala.

### 3.- Derecho bancario y de los mercados financieros

#### TEMAS ACTUALES

##### A) MERCADOS FINANCIEROS

- Proyecto de Ley de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. Pablo Ruiz de Assín
- La Reasignación de las coberturas por riesgo de crédito según la circular 1/2014 del banco de España. Fernando García
- Nueva regulación del Banco de España relativa a los recursos propios de las entidades de crédito. Fernando García
- La liberación de deterioro en la capitalización parcial de créditos de las entidades de crédito. Fco. Javier Arias Varona y Fernando García

##### B) MERCADO DE VALORES

- Comunicación de la CNMV en materia de Ofertas Públicas de Adquisición. Luis Miguel de Dios

#### JURISPRUDENCIA

- Jurisprudencia oscilante en materia de swaps: concreción de los deberes de información del banco (STS, pleno de la sala civil, de 20 de enero de 2014); y nueva sentencia (STS 17 de febrero 2014) que casa la decisión de la audiencia al no estimar error del cliente, porque el régimen de cancelación "no es esencial". Andrés Recalde

### 4.- Contratos Mercantiles

- Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010 (1) PDF Almudena Cuéllar

### 5.- Derecho Cambiario

- Libramiento de pagarés sin expresar la contemplatio domini. (STS de 12 de diciembre de 2012. Ponente José Ramón Ferrandiz Gabriel). Lucía Rodríguez

### 6.- Propiedad Intelectual

- Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual. Javier Martínez de Aquirre.

- Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior (1) PDF Blanca Cortés / Javier Martínez de Aguirre

## 7.- Temas de actualidad

- Modificación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Ana Gimeno
- Prueba de acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales. Ana Gimeno

## 8.- Abreviaturas

---

### 1.- Doctrina

#### El Real Decreto-Ley 4/2014 de reforma de la Ley Concursal. Fco. Javier Arias Varona

##### 1.- Introducción

El sábado 8 de marzo se publicó, en el Boletín Oficial del Estado, el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial <sup>1</sup>. Bajo ese nombre, en realidad, se encubre una nueva reforma de la Ley Concursal española que supone un paso más hacia la progresiva salida del ámbito concursal de las soluciones conservativas de las empresas en situaciones de dificultades financieras, en la línea ya iniciada en 2009 <sup>2</sup>. Subyace al planteamiento del legislador la idea, más o menos explícita, de que estos acuerdos han de ser la herramienta más útil para favorecer el mantenimiento de empresas viables, pero que sufren una carga financiera que han de resolver para su subsistencia, dado el aparente fracaso de la Ley Concursal. Desde un punto de vista más conceptual, podría decirse que la evolución de nuestro derecho ha terminado abandonando el modelo solo judicial de solución de crisis (esencialmente) empresariales, en beneficio de una doble alternativa, judicial/extrajudicial. Sin perjuicio de otras razones de fondo, la presión de los operadores a favor de los acuerdos extrajudiciales, en atención a sus ventajas <sup>3</sup>, ha jugado un papel decisivo.

La nueva normativa refuerza las herramientas con las que ya contaban acreedores y deudores para tratar de solventar estas dificultades en una fase previa al procedimiento, a través de acuerdos extrajudiciales que pueden, o no, ser objeto de un trámite de homologación judicial. A pesar del título de la norma, por tanto, su contenido tiene un objetivo muy concreto: los denominados acuerdos de refinanciación. El refuerzo de esta solución es el indiscutible objetivo de la reforma legal. Para ello, y obviando algunas alteraciones menores, se introducen nuevas figuras y se potencia la efectividad de las existentes, ampliando su alcance e introduciendo herramientas que estimulen su uso y favorezcan su adopción.

La reforma, a pesar de su calado, no ha alterado el planteamiento básico de la Ley Concursal en materia de acuerdos extrajudiciales. Así, el sistema diseñado, mantiene sus características estructurales intactas, tal y como venían heredadas de la reforma realizada por medio de la Ley 38/2011. En lo esencial, el modelo se apoya en dos grandes pilares:

a) Contemplar ciertas reglas concursales:

- de protección de los acuerdos preconcursales -los escudos protectores o puertos seguros-;
- de protección de las negociaciones -el llamado precurso- y
- de favorecimiento de la financiación preconcursal mediante la calificación de los créditos generados -privilegio del dinero fresco-.

b) Regular un sistema especial de homologación con el objeto, esencialmente, de superar el principio de la relatividad de los efectos de los contratos, extendiendo el contenido del acuerdo incluso a acreedores disidentes (se trata, limitado a los acreedores financieros, de evitar las minorías de bloqueo).

En definitiva, la reforma pretende consolidar un modelo en el que, mediante la combinación de elementos heterogéneos, se buscan dos grandes objetivos. Por una parte, favorecer las soluciones convenidas antes del concurso, generalmente a favor de los deudores con gran carga financiera, que permitan facilitar una salida a empresas viables (por ejemplo, mediante el aligeramiento de su deuda financiera o dando un trato de favor a los financiadores en ese momento). Por la otra, proteger las negociaciones preconcursales frente a los riesgos que representa el concurso, sean actuales (protección de las negociaciones) o potenciales (rescisiones concursales futuras), o los comportamientos estratégicos de los acreedores (así, mediante la paralización de las acciones

individuales o los sistemas de homologación)

Las páginas que siguen tratarán de ofrecer una visión sistemática de la reforma realizada, destacando los aspectos que entendemos más relevantes. La naturaleza de esta contribución, así como el contexto en el que se produce, aconseja omitir un tratamiento exhaustivo y detallado de las numerosas cuestiones planteadas que, en parte, están siendo objeto de análisis en distintas notas, de las que este trabajo es deudor. En todo caso, es necesario recordar en este momento que la reforma está llena de problemas interpretativos y puntos oscuros, que solo el tiempo y la práctica de los tribunales irán aclarando. El uso del RD-Ley y la ausencia de discusión pública hace que las soluciones hayan de ensayarse cuando la norma ya ha entrado en vigor, lo que nunca es recomendable desde la perspectiva de la seguridad jurídica <sup>4</sup>.

## **2.- Negociación de acuerdos preconcursales y su protección (el nuevo art. 5bis LC)**

### **2.1. Planteamiento**

La profunda reforma de la Ley Concursal realizada por medio del RD-Ley 4/2014 incluye una modificación del artículo 5 bis LC. El régimen resultante refuerza considerablemente las herramientas de protección de las negociaciones deudor-acreedores previas al concurso, lo que dota a este precepto de un alcance práctico aún mayor al que ya tenía hasta ahora. De hecho, como se explicará más adelante, la reforma, sin duda, amplía el sentido inicial de la norma, buscando su mayor eficacia. Como es sabido, este artículo procede del antiguo artículo 5.3 LC, introducido en 2009, cuyo contenido pasaría a constituir un precepto autónomo con la reforma realizada por la Ley 38/2011 (el 5bis LC). Su objeto es favorecer las negociaciones de acuerdos de refinanciación o similares, ofreciendo, a cambio de una notificación al juzgado competente, un tiempo añadido al que la Ley Concursal concede, en general, al deudor para cumplir con la obligación de solicitar la apertura del procedimiento concursal (dos meses).

### **2.2. Medidas de protección contempladas**

El nuevo art. 5bis LC mantiene las herramientas de protección que ya se fijaban anteriormente, añadiendo algunas otras de enorme importancia. Así, como ya sucedía, la comunicación sirve, en primer lugar, para proporcionar un tiempo añadido al deudor, salvando el problema que representa el plazo de dos meses para solicitar el concurso desde la insolvencia, a riesgo de ser calificado culpable. En segundo lugar, presentada la comunicación, se produce un efecto paralizador sobre las solicitudes de concurso necesario. Si se aplazaba el deber del deudor de solicitar el concurso, en beneficio de una salida negociada previa, carece de sentido que pueda llegarse al mismo resultado por el comportamiento de los acreedores, por lo que la comunicación pospone la posible declaración de concurso necesario al momento en que, transcurrido el plazo añadido, el deudor no haya solicitado el concurso voluntario. Para cerrar completamente el sistema, la solicitud se considera realizada en la fecha en que se produjo la comunicación del inicio de las negociaciones.

La gran novedad en este punto es, sin embargo, la previsión expresa de un efecto paralizador de las acciones ejecutivas individuales de los acreedores. Tradicionalmente, esta poderosísima medida, muy nociva para la tutela del derecho individual al cobro de los créditos, ha requerido la apertura del procedimiento concursal, tras una decisión judicial que implicaba un control de la insolvencia del deudor (presupuesto lógico de una alteración tan grave de los derechos de los acreedores). Los problemas prácticos han alterado este principio, atribuyendo ese efecto a una comunicación que carece de ningún control sustantivo. Como señala la Exposición de Motivos del RD-Ley 4/2014, se pretende evitar que la negociación pueda quedar comprometida por una aceleración de "la situación de insolvencia del deudor por razón de una precipitada ejecución de garantías sobre determinados bienes".

La paralización (o suspensión de la ejecución iniciada) no es absoluta y se limita a los "bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor" (art. 5bis.4 LC). Se trata de una fórmula que procede de la empleada en el art. 56 LC, con relación a la paralización o suspensión del derecho a la ejecución que beneficia a los acreedores con garantía real y asimilados (por un plazo de un año desde la apertura del concurso o hasta alcanzarse el convenio o abrirse la liquidación, si el plazo es menor). El RD-Ley 4/2014 ha modificado la fórmula para hacerla más restrictiva (los bienes afectos se han sustituido por bienes necesarios) y, con sentido, se han alineado los preceptos en los que la situación del deudor justifica, a juicio del legislador, la paralización de acciones ejecutivas, en principio ejercitables. La decisión del legislador, así, parece más justificada por la intención de evitar una actuación que comprometa la viabilidad de la actividad que se pretende salvar, que por evitar esa insolvencia acelerada de la que habla la Exposición de Motivos.

La paralización de las acciones individuales en el contexto del art. 5bis LC, presenta, sin embargo, puntos de difícil interpretación. Puede que el más delicado sea el de determinar si la limitación del efecto a "los bienes necesarios para la continuación de la actividad" se extiende a la totalidad de lo previsto en el párrafo cuarto. Ello tiene importancia, en primer lugar, porque la medida se contempla también en el contexto de los acuerdos de refinanciación de la DA4ª LC para los acreedores con pasivos financieros (si se prueba que el 51% apoya la negociación, con un compromiso de no ejecutar mientras se negocia), pero no está claro si con carácter general para cualquier ejecución o solo para ese tipo de bienes. En segundo lugar (quizás más importante aún), porque los acreedores con garantía real retienen el derecho a la ejecución individual, sin perjuicio de que se aplique lo

dispuesto en el art. 56 LC, una vez abierto el procedimiento. Tampoco en este caso se dice expresamente si este derecho, que beneficia a los acreedores con garantía real, se refiere solo a los bienes necesarios o, por el contrario, se extiende a cualquier bien del deudor.

### 2.3. Límites de su empleo

La regulación precedente no incorporaba limitación alguna en el tipo de negociaciones que podrían quedar amparadas por la comunicación del art. 5bis LC y, de hecho, tras ciertas polémicas iniciales, en la práctica quedaba cubierta cualquier negociación, algo que la reforma de 2011 sancionaría legalmente. La reforma realizada por medio del RD-Ley 4/2014 altera profundamente la técnica legislativa e introduce limitaciones expresas que reducen la posibilidad de empleo de la comunicación del artículo 5bis LC.

En primer lugar, se incluye ahora un listado de negociaciones para los que puede emplearse, limitando el tipo de negociaciones que pueden beneficiarse de las medidas contempladas en el artículo 5bis LC (ampliación del plazo para solicitar concurso, no tramitación de solicitudes de concurso necesario, paralización de ciertas ejecuciones individuales). Literalmente, se podrá poner en conocimiento del juzgado (i) el inicio de negociaciones para, alternativamente, alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el art. 71bis.1 LC, alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en la disposición adicional cuarta, u obtener las adhesiones necesarias para presentar una propuesta anticipada de convenio; o (ii) la tramitación de un acuerdo extrajudicial de pago, de los contemplados en los artículos 231 y siguientes de la Ley Concursal.

Esta técnica presenta dos problemas. El primero es que los preceptos a los que se remite detallan toda una serie de requisitos, muchos de los cuales solo pueden evaluarse una vez alcanzado el acuerdo (por ejemplo, es imposible valorar a priori si se alcanzará la mayoría exigida). Así, la remisión parece tener un efecto muy limitado, pues solo podría referirse a la caracterización básica de un acuerdo de refinanciación y, en el caso de la DA4ª LC, al hecho de que se esté negociando con acreedores de pasivo financiero. El segundo problema es el modo de controlar su cumplimiento, algo que ya se había planteado en versiones anteriores de la Ley Concursal. Y es que la reforma ha eliminado la referencia legal según la cual el secretario dejaba constancia de la comunicación "sin más trámite" y la fórmula empleada ("ordenará la publicación") es demasiado abierta. Si, además, se tiene en cuenta el reforzamiento de los efectos asociados a la comunicación, no es descartable una línea interpretativa favorable a exigir algún tipo de prueba de la realidad de las negociaciones y del tipo de acuerdo al que se refieren.

Los límites de fondo se acompañan con una limitación temporal expresa. Aunque el único límite aparente es el de los dos meses desde la insolvencia que determina la obligación de solicitar concurso, la reforma introduce una regla que opera como otro límite añadido. Según el párrafo sexto, "formulada la comunicación prevista en este artículo, no podrá formularse otra por el mismo deudor en el plazo de un año". Parece claro que se trata de evitar un empleo abusivo, aunque la eficacia es discutible pues, de hecho y teniendo en cuenta el juego de plazos, la realidad es que ese límite puede reducirse, en realidad, a ocho meses (seis, desde que el deudor era insolvente).

### 2.4. Publicidad

La reforma incorpora un sistema específico de publicidad de las comunicaciones contempladas en el artículo 5bis LC. Así, se prevé que el secretario judicial ordene la publicación, en el Registro Público Concursal, de un extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada<sup>5</sup>. Este medio de publicidad puede omitirse en aquellos casos en los cuales el deudor solicite expresamente que la comunicación tenga un carácter reservado. A pesar de la alternativa, parece razonable pensar que el deudor optará normalmente por la reserva (buscando beneficiarse de la discreción propia de este tipo de negociaciones, tan apreciada por quienes participan en ella). Entre otras cosas, porque la norma no diferencia efectos entre el carácter público o reservado.

## 3.- Favorecimiento de ciertos contenidos en atención a su utilidad para el salvamento de empresas

La incorporación de sistemas de protección de los acuerdos extrajudiciales ha tenido como justificación su utilidad para la subsistencia de empresas viables. Se trata de una finalidad compartida por la última reforma legal, cuya Exposición de Motivos afirma expresamente que "adoptar medidas favorecedoras del alivio de carga financiera" es una "obligación de los poderes públicos", con la finalidad de permitir que las empresas "viables desde el punto de vista operativo" pero "inviables desde un punto de vista financiero" sean saneadas, permitiendo que sigan "atendiendo sus compromisos en el tráfico económico, generando riqueza y creando puestos de trabajo". Sobre esta base, una parte de la reforma introducida trata de estimular determinado tipo de contenidos que se entienden particularmente adecuados a este propósito y que, en la práctica, se enfrentan a dificultades que se pretenden allanar con la reforma. En concreto, la reforma introduce interesantes novedades en materia de acuerdos de capitalización de deuda (conversión de deuda en capital) y del tratamiento de los ingresos de tesorería, en ambos casos, dentro del marco de acuerdos de refinanciación.

### 3.1. Aportación de dinero nuevo

Las anteriores reformas en materia de acuerdos de refinanciación ya habían intentado resolver el difícil problema de la aportación de dinero a empresas en dificultades. Se trata de una tarea muy compleja, dado que los

acreedores son naturalmente reacios a financiar empresas en esa situación y, en ocasiones, eso es precisamente lo que necesitan temporalmente para asegurar su viabilidad futura. Uno de los modos de conseguirlo, en el ámbito de la regulación concursal, es el reconocimiento a ese tipo de acreedor, de una posición especialmente reforzada en caso de que, a pesar de la financiación entregada, el deudor entre posteriormente en concurso. Este planteamiento se llevaría a la práctica con la reforma de 2011, reconociendo parcialmente un crédito contra la masa y en otra parte un privilegio por esos créditos.

El sistema de protección de esos ingresos de tesorería fue criticado por un relevante sector de nuestra doctrina, que reclamó una mayor ambición. El legislador parece haber aceptado esa crítica, aunque sigue siendo reacio a una sobreprotección de este tipo de acreedores. En efecto, la reforma reconoce, en la Disposición Adicional segunda, el carácter de crédito contra la masa por la totalidad de los créditos derivados de los ingresos de tesorería concedidos en el marco de acuerdos de refinanciación. Sin embargo, la medida es intencionadamente restringida en el tiempo, puesto que su aplicación se limita a los dos años siguientes a la entrada en vigor de la norma, transcurridos los cuales se retornará a la situación normal. La reforma, además, ha introducido algunos cambios en esta materia, algunos tan sorprendentes como la inclusión en esta categoría de los "créditos concedidos en dichos acuerdos de refinanciación por el propio deudor".

### 3.2. Capitalización de deudas

La reforma pretende favorecer la conclusión de acuerdos que supongan una capitalización de deuda, incentivando la conversión en capital de la deuda financiera que, en muchas ocasiones, lastra la subsistencia de la empresa. Se prevén, para ello, diferentes medidas. No todas ellas constituyen estímulos positivos (favorecimiento de quienes convierten en capital sus créditos). Algunas, quizás las más polémicas, tienen naturaleza negativa, es decir, suponen consecuencias gravosas que se imponen cuando no se adoptan estas medidas. Por otra parte, las hay de alcance general y otras limitadas a cierto tipo de acuerdos de refinanciación (los propios de la DA 4ª LC). Todas ellas presentan numerosas dudas interpretativas que no pueden ser aquí resueltas, por lo que nos limitaremos a una exposición más general

Puede verse un análisis más detallado: [Alerta Bancario Financiero: La capitalización de deudas como medida de refinanciación](#)

Las medidas positivas más claras son aquellas que se refieren al tratamiento concursal de los acreedores que aceptan convertir su crédito en capital. Por esta vía, se trata de liberar a estos sujetos de ciertas consecuencias negativas, actuales o potenciales, que pueden resultar de un acuerdo por el cual mutan, al menos en parte, su condición de acreedor en la de socio del deudor. A estos efectos, la reforma excluye la subordinación de los créditos que, eventualmente, mantengan esos acreedores a pesar de la capitalización de deuda. Se busca evitar que la condición de persona especialmente relacionada que se asocia a un cierto nivel de participación en el capital (5 ó 10%), pueda retraer de aceptar ese cambio de acreedor en socio. Para ello, se establece expresamente que el acreedor que convierta su deuda en capital no tendrá la condición de persona especialmente relacionada con el deudor.

El contenido de mayor alcance de la reforma, sin duda, se encuentra en esos estímulos que hemos calificado como negativos; es decir, en las reglas que contemplan consecuencias desfavorables para quienes dificulten o impidan la capitalización de deuda. Con ellas el legislador trata de asegurar que una conversión aceptada por los acreedores y el deudor, interviniendo a través del órgano de administración, no se vea bloqueada por los socios. Para ello, muy resumidamente, se vincula la calificación culpable del concurso al rechazo de esa medida (se piensa, posiblemente, que cerrada la vía de la capitalización, la salida natural será el concurso de la sociedad), introduciendo una nueva presunción de culpabilidad (haberse "negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles", art. 165.4º LC). A ello se añade la posibilidad de que sean declaradas personas afectadas por la calificación los socios que "se hubieran negado sin causa razonable [...] en función de su grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo" (art. 172.2.1º LC). La combinación de ambos elementos, en fin, conduce a la posibilidad de que los socios puedan verse afectados por la especial responsabilidad concursal del art 172bis.1 LC, en este caso, en la medida en que la conducta "haya generado o agravado la insolvencia". Estas reglas contienen diferentes previsiones de difícil interpretación, bien por sí mismas (por ejemplo, ¿cómo entender la referencia al grado de contribución al rechazo del acuerdo?), o bien por las dificultades de aplicar al supuesto concreto referencias que tienen un alcance más general (por ejemplo, la contribución a generar o agravar la insolvencia).

Conviene señalar que, para la aplicación de estas gravosas previsiones, la ley reclama que el acuerdo de refinanciación atribuya a los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores, a resultas de la capitalización o emisión, en caso de enajenación ulterior de los mismos. Obsérvese que lo que se prevé no es un derecho preferente de los socios para acudir a una ampliación de capital por importe equivalente al que resultaría de la capitalización de deuda (cuyo resultado, para los acreedores, sería el mismo). Se trata de una omisión criticable, en la medida en que impide, por ejemplo, que un socio se asegure el mantenimiento de la posición relativa que tiene en la sociedad. Por otra parte, la regla no parece especialmente útil para el socio minoritario que, por su

naturaleza, no parece que pueda verse afectado por la sanción.

#### **4.- La homologación judicial de los acuerdos para salvar el bloqueo de los acreedores residentes**

Uno de los problemas recurrentes en los acuerdos de refinanciación es el riesgo de que uno o varios acreedores disidentes bloqueen un acuerdo válido para la mayoría y que, en principio, permitiría garantizar la subsistencia y viabilidad del deudor. En tales casos, la necesidad de asegurar la unanimidad, en virtud de los principios más elementales del derecho privado, actúa como un arma que favorece los comportamientos estratégicos de ciertos acreedores, que tratan de obtener mejores condiciones a cambio de apoyar un acuerdo cuya solución es inviable sin él. Para evitar ese problema, el derecho español incluyó, en 2011 y siguiendo ciertos modelos de derecho comparado, un sistema de homologación judicial dirigido a extender los efectos de ciertos acuerdos a la totalidad de un determinado tipo de acreedores (los financieros). El RD-Ley 4/2014 ha incidido en este punto, regulado en la Disposición Adicional 4ª LC, operando una profunda modificación del régimen. La norma es extremadamente compleja y tiene un matiz casi reglamentario, por la diversidad de escenarios y reglas incluidas en la misma (abarca hasta cuatro páginas del Boletín Oficial del Estado). Para favorecer la comprensión de los aspectos sustanciales, es especialmente importante en este caso omitir un análisis preciso y detallado, en beneficio de la observación global.

En primer lugar, el mecanismo de homologación judicial que permite superar la regla de la relatividad de los efectos de los contratos sigue limitada a una categoría específica de acreedores. La referencia, en cambio, ha pasado a ser el tipo de deuda (el pasivo financiero), al margen de la condición personal del acreedor, fundamentalmente porque la definición precedente (pasivo en manos de entidades financieras) había resultado muy problemática. Esta forma de delimitación se completa con una técnica de definición negativa, que excluye de estos acuerdos a los acreedores comerciales (sin aclarar si pueden ser acreedores de pasivo financiero, por ejemplo, si aceptaron una novación de una deuda comercial para retrasar su pago) y a los acreedores públicos. Los primeros, de todas formas, pueden someterse voluntariamente al acuerdo.

En segundo lugar, el mecanismo de homologación se sustenta en la necesidad de cumplimiento de una serie de requisitos. Estos pueden ordenarse, por un lado, en los propios del acuerdo en sí mismo, que se formulan por remisión a los que, en general, se disponen en el art. 71bisLC para las acciones rescisorias. Por otra parte, la homologación requiere el apoyo de una serie de mayorías. Es en este punto donde, sin duda, el sistema se complica notablemente, al introducir el legislador un gran número de variables difíciles de sistematizar y exponer de forma sintética.

Para empezar, el cálculo de mayorías, cuyo mayor detalle remitimos al texto legal, diferencia según se trate de (i) protegerse frente al riesgo de rescisión; (ii) asegurar la extensión de sus efectos a los acreedores disidentes sin garantía real o en la parte que exceda del valor de esta última, en ambos casos según el alcance del sacrificio pretendido; o (iii) extender los efectos a los acreedores disidentes con garantía real o en la parte cubierta, en ambos casos según el alcance del sacrificio.

A ello se añade que el cómputo de esas mayorías distingue, además y según el alcance de la medida pretendida, entre acreedores con o sin garantía real y, en este último caso, atendiendo a su valor real y el grado material de cobertura del crédito, teniendo en cuenta la posible existencia de créditos preferentes. Este último aspecto reviste gran interés. Frente a la división tradicional (acreedores garantizados o no), el legislador ha entendido necesario valorar la cobertura real de la garantía para el acreedor considerado, entendiendo como garantizado el crédito solo en la parte realmente cubierta y por la que el acreedor sea preferente frente a otros. De ahí que la nueva Disposición Adicional 4ª incluya un largo apartado segundo, en el que se define el sistema de definición del valor de la garantía, referido al valor razonable del bien (con fórmulas que recuerdan las que se fijan en el ámbito societario), menos las deudas pendientes preferentes sobre el mismo. Tanto la compleja formulación, como las dificultades que generará su aplicación práctica provocará, sin duda, situaciones conflictivas en el futuro que no es descartable que puedan afectar a la utilidad de la norma.

En tercer lugar, el régimen se hace eco, aunque limitadamente, de algunas voces que pedían un régimen más ambicioso de la homologación, que abarcara una mayor paralización de las ejecuciones (ahora parece equipararse la paralización por el tiempo de duración del acuerdo, lo que antes no estaba claro), que también incluyera a los acreedores con garantía real (lo cual, con muchos límites, puede producirse con la nueva regulación).

En cuarto y último lugar, el procedimiento de homologación incluye normas de alcance no solo procedimental, relativas a la paralización automática de las ejecuciones (no limitada a un mes, como sucedía antes de esta reforma), o a la exigencia de que la impugnación de la homologación por los acreedores disidentes se sustente, o bien en que no se han dado los porcentajes requeridos para la extensión de los efectos, o bien en la existencia de un sacrificio desproporcionado. Este concepto sigue siendo difícil de interpretar, pero ahora parece indiscutible que son los impugnantes quienes deben probar tal extremo. Del mismo modo, la reforma lo ha trasladado al procedimiento de impugnación, perdiendo así su carácter de requisito previo a la homologación.

#### **5.- La protección de los acuerdos frente al riesgo futuro de rescisión en el caso de ulterior concurso del deudor**

La primera de las medidas contempladas en el ordenamiento español con relación a los acuerdos de refinanciación fue su protección frente al riesgo de rescisión en caso de un concurso ulterior. Se trataba, con ella, de favorecer la conclusión de este tipo de acuerdos salvando uno de los temores que acompañaban su negociación y conclusión: que si el acuerdo no permitía solventar definitivamente la situación del deudor y, por tanto, sobreviniera más adelante un concurso, el acuerdo fuera objeto de rescisión. Esto no solo suponía que pudiera desbaratar el acuerdo en sí, con sus garantías, sino que esa consecuencia podría incluso determinar para los acreedores una situación peor aún de la que hubieran tenido antes de ese acuerdo, perdiendo, por ejemplo, las garantías que concedieron en la operación de refinanciación sin poder recuperar las originales. La necesidad de una protección de estos acuerdos (escudos protectores, puertos seguros o similar), por tanto, se planteó como imprescindible desde un primer momento y, como tal, subsiste tras las distintas reformas, incluyendo la que ahora es objeto de análisis. Del mismo modo, se mantiene la necesidad de que el acuerdo cumpla determinadas condiciones para beneficiarse de la protección, punto en el que se ha producido uno de los cambios más relevante con la reforma.

Puede verse un análisis más detallado de este aspecto en: [Alerta Bancario y Financiero: Los acuerdos de refinanciación y su irrevocabilidad tras la reforma de la Ley Concursal por el Real Decreto-ley 4/2014](#)

### 5.1. Tipos de acuerdos contemplados

El régimen derivado del RD-Ley 4/2014 ha incrementado el tipo de acuerdos que caen bajo la protección frente a las acciones rescisorias. Si en un primer momento el sistema solo contemplaba acuerdos colectivos con la generalidad de los acreedores, en 2011 se ampliaría la protección a ciertos acuerdos colectivos con acreedores de una determinada tipología (financieros) y con la última reforma se ha añadido al catálogo un mecanismo de protección para ciertos acuerdos singulares (no colectivos). No conviene una exposición detallada, pero sí, al menos, un rápido repaso de lo que significa cada uno de ellos que, aunque se someten a distintos requisitos, entran dentro del sistema de protección del art. 71bis LC, es decir, quedan protegidos frente al riesgo de rescisión.

Los primeros, más clásicos, son aquellos que, cumpliendo con la definición general (que en su virtud "se proceda, al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas") han obtenido el apoyo de una parte significativa del pasivo total (tres quintos del pasivo). Como puede observarse, el elemento característico es que se diseñan como acuerdo con la colectividad del pasivo, con la idea de que la solución a las dificultades proceda de un acuerdo amplio. A ellos, desde 2011, se han unido los acuerdos colectivos con acreedores financieros, a los que se ha hecho referencia en el apartado anterior. Obsérvese que, en estos casos, la norma busca sobre todo el diseño del modelo de homologación antes expuesto, pero a él se acompaña la cobertura frente al riesgo de rescisión. Como se ha visto, varía en este escenario la cuantía y el cálculo del apoyo (limitado al 51% del pasivo financiero), pero la remisión al art. 71bis LC en la DA4ª LC hace extensible a ellos el mecanismo de protección. Se superan, con ello, algunas dudas que se había producido desde que la Ley de Emprendedores modificara, a la baja, los requisitos para este tipo de acuerdos.

El RD-Ley 4/2014 ha incluido, por fin, una previsión protectora de acuerdos no colectivos en el art. 71bis2 LC. Se trata de aquellos que, negociados individualmente, proporcionen por sí mismos o como consecuencia de la conjunción de varios ellos, una mejora significativa de la posición del deudor. Para ello el legislador exige la concurrencia de ciertas condiciones de mejora (incremento de proporción activo/pasivo o activo corriente igual o superior a pasivo corriente) y la necesidad de que se respeten ciertos límites en la tutela proporcionada a los acreedores, referidos al valor de las garantías o el tipo de interés aplicable a la refinanciación acordada. El modo en que estas condiciones se han diseñado y las dificultades para apreciar su concurrencia permite predecir que la aplicación del precepto se enfrentará a serias dificultades en la práctica que pueden lastrar su utilidad.

### 5.2. Requisitos para la protección

El art. 71bis LC protege del riesgo de rescisión a los acuerdos de refinanciación que cumplan los siguientes requisitos. En primer lugar, deben recibir un apoyo sustancial de los acreedores (3/5 del pasivo total). En segundo lugar, han de responder a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad al corto y medio plazo. En tercer lugar, deben formalizarse en documento público. La gran novedad reside en la eliminación del necesario informe de experto independiente, que formaba parte de los requisitos que impedían el sometimiento a las acciones rescisorias, pero que ha desaparecido, como exigencia obligatoria, con la modificación operada por el RD-Ley 4/2014. El único control "externo" deriva de la obligación de que el apoyo mínimo del pasivo venga acreditado por el auditor de la sociedad o por uno nombrado a esos efectos por el registrador mercantil.

La eliminación del control externo por un experto independiente se explique, quizás, por la sensación de su inutilidad material. La evolución de nuestro derecho en esta materia permite observar que se ha ido al remolque de las dificultades prácticas del diseño teórico, lo que posiblemente ha influido en la solución adoptada, que no es otra que la de la eliminación de esa exigencia. No deja de ser llamativo, sin embargo, que la falta de aplicación de una norma de tutela de la colectividad de los acreedores no se sujete a más control que al que deriva, indirectamente, de la necesidad de un apoyo más o menos amplio del pasivo. La conversión del informe del experto en voluntario podría hacer pensar que el número de casos en los que se presente sea muy reducido. Al fin y al cabo, solo introduce costes económicos y temporales innecesarios. Sin embargo, otras disposiciones legales podrían llevar a

una conclusión algo distinta.

Así, por ejemplo, sucede en el contexto de acuerdos que impliquen una capitalización de deuda, en la que para vencer las resistencias de los socios podría reclamarse un informe de experto en el que se reconociera la existencia de una causa razonable para capitalizar la deuda. Lo mismo podría decirse con relación a la presencia de garantías reales en el marco de acuerdo de refinanciación objeto de homologación. En fin, la previsión contemplada en la comunicación del Banco de España de 18 de marzo de 2014, también tratada en el presente boletín, sin duda también puede estimular la elaboración del informe. Sobre todo si se tiene en cuenta que la reclasificación de las operaciones reestructuradas requiere que existan elementos objetivos que confirmen la probabilidad de recuperación de los importes debidos tras el acuerdo.

---

## 2. Derecho Societario

### JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

#### A propósito del derecho de información del socio: su alcance (SAP Barcelona de 9 de diciembre de 2013). Por Luis Serrano de la Rosa

Traemos a colación en esta ocasión la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 9 de diciembre de 2013, la cual, como otras, están consolidando el criterio interpretativo establecido en torno al derecho de información del socio por nuestro Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 19 de septiembre de 2013.

#### I.- Antecedentes

a) Un socio minoritario de una sociedad limitada en liquidación –y titular de más del 5% del capital social-, tras recibir la convocatoria de la Junta Ordinaria de Socios, remitió burofax a la sociedad solicitando, al amparo del derecho de información previsto en el artículo 272.3º del TRLSC, examinar en el domicilio social los documentos que habían servido de soporte y antecedente a las cuentas anuales formuladas.

En su solicitud relacionó, exhaustiva y minuciosamente, además de los libros contables, las facturas, albaranes, listado de existencias y resto de documentación soporte de las transacciones de la sociedad, para su puesta a disposición.

b) Examinada la documentación contable en el domicilio social acompañado de un auditor de cuentas, el minoritario formuló queja por la ausencia de información y puesta a disposición de la integridad de la documentación exigiendo, además, aclaración sobre concretos apuntes contables de varios años atrás.

c) No habiendo sido facilitada la información requerida ni obtenida explicación sobre las pretendidas irregularidades contables detectadas, el socio reiteró, previamente y en el propio acto de la Junta de Socios, su vulneración del derecho de información;

d) El acuerdo de aprobación de las cuentas anuales fue objeto de impugnación por el minoritario siendo que la sociedad demandada en su contestación le imputó una conducta abusiva y de entorpecimiento de la vida social con solicitudes de información injustificadas y, más concretamente:

1.- Su innecesidad desde la perspectiva del derecho de voto pues (i) el socio parece que, por la conflictividad social preexistente, ya tenía decidido previamente el sentido de su voto y (ii) que la sociedad había sido siempre auditada.

2.- Y la extralimitación del derecho de información al referirse éste a cuestiones carentes de conexión con los puntos del orden del día sometidos a votación; y al no amparar el derecho de información (i) la solicitud de fotocopias de documentos ni de asientos contables máxime al referirse a balances de ejercicios muy anteriores al sometido a votación ni (ii) un contraste y cotejo ilimitado de la contabilidad con la documentación soporte de las cuentas anuales cuya aprobación se pretendía.

e) La resolución del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Barcelona sentenció en su fallo la inexistencia de una infracción del derecho de información al no alcanzar éste a una investigación de la contabilidad o de la documentación que le sirve de soporte sino que debe quedar limitado o circunscrito a los estrictos documentos que, según lo que expresa el artículo 272, han de ser sometidos a la aprobación en la junta, así como al informe de gestión y de auditoría de cuentas.

Todo ello, como reconoció la sentencia recurrida, sin perjuicio del derecho de petición de aclaraciones o informes acerca de los asuntos que formen parte del orden del día.

f) Apelada ésta por el socio minoritario, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que analizamos dio la

razón a éste al concluir, con una interpretación extensiva, que los documentos a los cuales se refiere el art. 272.3º del TRLSC no son exclusivamente los libros contables obligatorios sino que son todos los documentos contables que sirven de apoyo y soporte a sus asientos.

## II.- Comentarios

Esta Sentencia no viene sino a seguir el criterio que el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de septiembre de 2013 sentó al dejar de conceptuar el derecho de información del socio como un mero derecho instrumental y accesorio del derecho de voto para convertirse en un derecho autónomo comprensivo de cualquier contenido relacionado con el orden del día de la Junta sin más límites que su ejercicio tempestivo y de la proscripción del abuso del derecho y del ejercicio antisocial del mismo.

No serán, por tanto, sino los jueces a quo los que, en cada caso concreto, habrán de deslindar los contornos imprecisos del contenido de facultades del derecho de información.

En cualquier caso, el Tribunal Supremo sí aprovechó la ocasión para esbozar cuáles hayan de ser las circunstancias relevantes a ponderar por el juzgador. A saber:

a) la mayor o menor caracterización de la sociedad como cerrada, sea anónima o limitada, pues mientras más se aleje la estructura de la sociedad de su naturaleza personalista e intuitu personae y más se aproxime a su configuración como abierta menor justificación tendrá el acceso directo del socio a una generalidad de soportes y antecedentes de la contabilidad;

b) la naturaleza de los documentos solicitados y su vinculación con cuestiones especialmente relevantes o controvertidas de la vida societaria como las que son objeto de mención obligatoria en la memoria (retribución de administradores y/o consejeros, entre otras);

c) el carácter abreviado o no de las cuentas anuales formuladas pues una reducción de la información contenida en las mismas implicará una reducción de los datos contenidos en las mismas y justificaría, por consiguiente, una mayor amplitud en la solicitud de información y documentación;

d) la existencia de indicios razonables de actuaciones irregulares del órgano de administración, por razones obvias;

e) la perturbación que la solicitud de información formulada por el socio pudiere suponer para el desarrollo de la actividad del órgano de administración y para la estructura administrativa de la sociedad, por su volumen o complejidad;

f) y, desde un punto de vista finalista, el riesgo de ruptura del equilibrio entre los derechos del socio y el gobierno societario a fin de evitar, por un lado, la paralización de los órganos sociales y, por otro, los abusos de poder y la falta de transparencia.

Y, como decimos, con estos mimbres quedará a discreción del juzgador la valoración de las circunstancias concurrentes para concluir sobre el ejercicio legítimo o no del derecho de información que el socio minoritario reclame.

Más incertidumbres, por tanto, se atisban en torno al alcance y límites del derecho de información.

## El caso Urbanor y la exigencia de buena fe entre socios (STS 49/2014, Sala de lo Civil, 14 de enero. Ponente: don Francisco Javier Orduña Moreno). Agustín del Río Galeote

Tras un largo periplo judicial, el pasado 14 de enero de 2014 la Sala Primera del Tribunal Supremo dictó sentencia en el seno del caso Urbanor.

Este caso, de enorme relevancia pública por la notoriedad de alguno de sus implicados y por los activos cuyo valor fue origen de la contienda (los terrenos de la Plaza de Castilla de Madrid sobre los que posteriormente se construyeron las conocidas como Torres KIO), coge su nombre de la sociedad Urbanizadora del Norte, S.A. (Urbanor), propietaria en su momento de los referidos inmuebles.

Los hechos que dan origen a la disputa se remontan al año 1987 y se centran principalmente en la venta de acciones y derechos de suscripción preferente de acciones de la referida mercantil, operación en la que los socios mayoritarios percibieron un precio unitario por acción o derecho superior al percibido por los socios minoritarios, desconociendo estos últimos la diferencia de precio hasta un momento posterior.

Según se desprende de los antecedentes hechos públicos, la diferencia de precio fue posible por la disposición de información asimétrica entre los socios, lo que tuvo origen en la autorización otorgada por los socios minoritarios a los mayoritarios para la negociación y suscripción de un acuerdo de intenciones con el entonces potencial comprador, posición que situó a los mayoritarios en una situación privilegiada que les permitió disponer de

información que no revelaron a los minoritarios, tal como el precio global realmente ofrecido por el comprador por el porcentaje de la sociedad sobre el que mostró interés, así como la existencia de una tasación efectuada por un tercero sobre los referidos terrenos, en un momento previo a la venta, que daba un valor notoriamente superior al aceptado por los minoritarios.

Cabe recordar que el referido largo periplo judicial del caso Urbanor tuvo su previa tramitación en vía penal, si bien el Tribunal Constitucional consideró prescritos los delitos de estafa y falsedad documental por los que los socios mayoritarios y mandatarios de los minoritarios en las negociaciones eran enjuiciados. La referida sentencia del Tribunal Constitucional no permitió a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo declarar responsabilidad civil *ex delicto*, no obstante éste dejó abierta la posibilidad de reclamar en vía civil, cauce seguido posteriormente por los demandantes y que ha dado lugar a la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de este año objeto de este texto.

Si bien el Tribunal Supremo, en esta sentencia de 14 de enero de 2014, analiza los recursos de casación e infracción procesal presentados por las distintas partes implicadas -con desestimación de los presentados por los demandados y estimación parcial de los de los demandantes en cuanto al incremento de los importes compensatorios-, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 16 de noviembre de 2012, que desestimaba los recursos de apelación presentados por las mismas partes y confirmaba la sentencia, de 1 de septiembre de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Madrid, lo que lleva al Alto Tribunal a analizar un sinfín de aspectos tales como las normas y garantías procesales en materia de hechos probados, la valoración de la prueba o la causa de pedir, resulta especialmente interesante desde la perspectiva mercantil hacer mención al análisis que en el caso Urbanor se ha llevado a cabo de la figura del mandato a consecuencia de la autorización dada por los socios minoritarios a los mayoritarios para llevar a cabo la negociación y suscripción de un acuerdo de intenciones con el entonces potencial comprador y cómo ha jugado en dicho mandato el principio de la buena fe entre socios.

En el curso del proceso se da por acreditado que los demandados/socios mayoritarios recibieron un encargo de los demandantes/socios minoritarios calificado como contrato de mandato o, al menos, de mediación, colaboración o gestión de intereses ajenos, concluyéndose que ello incluía la obligación de mantener informados a los mandantes/socios minoritarios de los detalles que pudieran influir en la valoración y consecuencias del negocio, obligación considerada incumplida por ocultar los demandados, para producir error en los demandantes, las condiciones realmente pactadas con el comprador y la valoración de un tercero a los terrenos que daban valor a las acciones de Urbanor por un precio superior al aceptado por los minoritarios.

En el mismo sentido, en esta última sentencia del caso Urbanor dictada en el año en curso, el Tribunal Supremo manifiesta que está acreditada la realidad del contrato de mandato que unía a las partes, en orden a una relación de gestión concreta o determinada, claramente desmarcada de una simple o ambigua autorización preliminar para negociar, así como la existencia de la responsabilidad fundada en el dolo por el incumplimiento intencionado de obligaciones consustanciales a la relación negocial celebrada en clara infracción del principio de buena fe contractual y con la consiguiente lesión contractual de los legítimos intereses de los mandantes.

De lo expresado parece inferirse que en el caso Urbanor no se da una posición prevalente al potencial riesgo asumido por un socio minoritario de que el socio mayoritario, adquiriendo éste la dirección de las negociaciones para la eventual venta de las acciones de la compañía, pueda caer en la tentación de apropiarse de una parte mayor del precio a la que proporcionalmente le correspondería mediante la percepción de un precio oculto o desconocido para el minoritario. A tal efecto, es interesante comparar la posición adoptada por el Tribunal Supremo en el caso Urbanor con las conclusiones alcanzadas en la sentencia dictada por el mismo Tribunal, en un supuesto también de información asimétrica, en fecha 24 de abril de 2009 (STS 263/2009, Sala de lo Civil, 24 de abril. Ponente: don Vicente Luis Montes Penades). En esta sentencia el Alto Tribunal entró a valorar si la compra de unas acciones por un socio mayoritario a un socio minoritario a un precio determinado y consensuado, para su venta meses después, por un precio superior, a un tercer interesado cuya existencia conocía el mayoritario, se trataría de un supuesto de dolo reticente que se formaría por omisión de la información que, en buena fe, se debería haber suministrado al minoritario. Para ello, el Tribunal Supremo analizó si en el mundo de los negocios y del tráfico mercantil es exigible un comportamiento como el reclamado por la ahí demandante, concluyendo que parece aceptado por la doctrina que no existe obligación de desvelar el error que consiste en la ignorancia de una cualidad positiva de un bien, que lo revaloriza.

## Caso Atlético de Madrid: "Prueba de resistencia" en la impugnación de acuerdos de la junta. Sentencia del Tribunal Supremos de 15 de enero de 2014 (Ponente I. Sancho Gargallo). Mariano Bautista Sagües

Se publicó el pasado mes de febrero la sentencia de la sala de lo civil del Tribunal Supremo que cierra en falso un conflicto accionarial que proviene de la conversión de esa ilustre institución que es el Atlético de Madrid, en sociedad anónima deportiva, (SAD) en el año 1992.

Básicamente, la sentencia confirma la de la Audiencia Provincial de marzo de 2011, que revocaba la de Primera

Instancia de abril de 2009 que desestimó a su vez la demanda que solicitaba la nulidad de los acuerdos adoptados en una junta de accionistas celebrada en el año 2003. Las fechas son relevantes ya que el Juzgado de Primera Instancia tardó más de seis años en desestimar la demanda.

Siendo breves, esta sentencia declara nulos los acuerdos de la junta de accionistas del 27 de junio de 2003 en la que se acordaba la ampliación del capital social de la sociedad en unos 36 millones de euros; 22 millones por compensación de crédito y otros 14 millones de euros mediante aportación dineraria.

La nulidad trae causa de la fraudulenta constitución original de la SAD en la que se simuló el desembolso de las acciones suscritas para a continuación traspasar el dinero a una cuenta propia de los suscriptores. Es decir, no hubo aportaciones dinerarias efectivas a la SAD.

Este fraude permitió tener la mayoría de las acciones de la SAD de forma fraudulenta, según la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo, lo que deslegitima a los titulares de las acciones desembolsadas en contraprestación a esas aportaciones, dos conocidas personas, para concurrir como socios a la junta de junio de 2003 y votar sobre los acuerdos propuestos.

Los demandados y el Club interpusieron sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación que se resuelven estimando parcialmente el primero y desestimando el segundo. No entramos en los argumentos del TS en los que desestima los motivos alegados por los recurrentes, ya que podría dar lugar cada uno de ellos a un extenso e interesante comentario. Señalar solo a modo de anécdota alguno tan peregrino como la alegación de parcialidad de un magistrado de la Audiencia, por ser manifiestamente "colchonero", y ser padre de un hijo también atlético y notoriamente en contra de la directiva. Como todos. El TS lo resuelve alegando primero que las simpatías o antipatías del hijo sobre la directiva no significa que el padre tenga amistad íntima con los demandantes o enemistad con el Club o con su presidente. Además se trata de un Club de miles de miembros y cientos de miles, o millones incluso, de simpatizantes y, si no supone una implicación personal profunda del magistrado en el caso, la abstención exigida por la ley no es aplicable.

Es interesante, aunque más como ejercicio teórico que por su relevancia práctica final, el motivo del recurso extraordinario por infracción procesal que es estimado por el TS. Está fundamentado en que la Audiencia no dio respuesta a una pretensión subsidiaria de la apelante para el caso de que se considerara que si se declaraba el fraude y los dos socios no debían serlo, aun sin su voto, los acuerdos de la junta hubieran sido aprobados y eran por tanto válidos, ya que se habrían adoptado por las mayorías legales. El TS reconoce que la Audiencia debió haber contestado expresamente, una vez que había concluido que había habido fraude de ley en el desembolso de las acciones.

Justificada de esta forma la entrada en el fondo y ante el silencio de la Ley de Sociedades Anónimas, norma aplicable entonces, el TS lo resuelve mediante la aplicación de la llamada "prueba de resistencia" figura doctrinal tomada del derecho italiano que considera implícita en el cómputo de quóruns y mayorías, a los efectos de la impugnación de acuerdos. Consiste esta prueba en que de la cifra que se consideró para la determinación de estos quóruns y mayorías se debe restar el porcentaje en el capital, o los votos, que fueron atribuidos de forma irregular a las personas que carecían de legitimación para ostentarlas, de tal forma que si el restante porcentaje de capital asistente a la junta fuera suficiente para su válida constitución, habría que entenderla válidamente constituida; e idéntico cálculo habría que hacerse para el cálculo de la mayoría.

De las 248.480 acciones que componían el capital social, 235.494 fueron declaradas fraudulentas por lo que las 12.986 restantes acciones tenían derecho de voto. Pero solo asistieron titulares de 5.038 acciones por lo que la junta, constituida en primera convocatoria no supera la "prueba de resistencia" ya que para su válida constitución hubiera sido necesario que quienes concurrieron fueran titulares de más del 50% del capital social con derecho a voto, o, y aquí está la paradoja, que se hubiera celebrado al día siguiente en segunda convocatoria, en cuyo caso el quórum hubiera sido suficiente, la junta habría estado válidamente constituida y los acuerdos hubieran quedado aprobados. Pero la hipótesis de lo que hubiera podido ocurrir en segunda convocatoria no es suficiente para subsanar el defecto en su válida constitución, ya que *"con ello vaciaríamos de contenido la exigencia legal de un quórum superior en primera convocatoria."*

El resultado de la aplicación de la "prueba de resistencia" en este caso encaja perfectamente con el sentido común de la resolución del TS una vez declarado probado el fraude. Pero da escalofrío pensar que los acuerdos adoptados podían haber sido perfectamente válidos, si, como es muy habitual, se hubiera celebrado la reunión en segunda convocatoria, a pesar de que el 95% de las acciones constitutivas del capital social, presentes en la reunión, pública y notoriamente propiedad de los que gobiernan el Club y convocaron la junta, son declaradas fraudulentas. Al definir la prueba de resistencia señala la sentencia cuando no se debe aplicar:

*"Conviene advertir que esta regla se refiere únicamente a los casos en que se permitió de forma indebida la asistencia y el voto de quien no gozaba del derecho de asistencia o del derecho de voto. No se extiende a los casos en que fue denegada de forma indebida la asistencia de quien sí gozaba de derecho para ello, pues en este segundo caso se impidió que su participación en la deliberación pudiera incidir en la conformación de la voluntad, mas allá de la irrelevancia de su voto para alcanzar la mayoría exigida por la ley"*

Pues en nuestro caso, la conformación de la voluntad de los que no asistieron a la junta impugnada o de los que asistiendo votaron a favor de los acuerdos propuestos por una mayoría del 95% del capital, que gobernaba los designios del Club, además de forma "ostentoreamente" personalista, dudo mucho que fuera la misma si hubieran sabido que ese 95% no podía ni asistir ni votar. La desidia de los minoritarios que no acuden, porque nada pueden hacer frente a los dueños que mandan, o incluso los que asisten que podrían haber votado mas como adhesión a esa mayoría, que por convencimiento, hacen que en la modesta opinión de quien escribe esta nota, la "prueba de resistencia" no sea un recurso válido, cuando la cifra de votos o el porcentaje de capital que haya de restar de la cifra originariamente considerada sean tan elevados y tan decisivos que puedan haber afectado a la conformación de la voluntad de los que, en su momento suscribieron sus acciones pagando y cumpliendo con las leyes y la ética. De lo contrario, se puede provocar, como podía haber ocurrido en este caso, un resultado disparatado y seguramente no querido por el propio tribunal juzgador, que ha visto el cielo abierto con la desafortunada primera convocatoria en la que se celebró la junta impugnada. La prueba de resistencia quizás está pensada más para aquellos supuestos en los que se impugna una junta en la que, habiendo habido irregularidades menores sobre los derechos de socios minoritarios, pero que en absoluto afectan a la conformación de la voluntad del resto ni al quorum o al resultado de la votación que holgadamente hubieran tenido idéntico resultado sin esas irregularidades, que para supuestos como el comentado en el que se produce una alteración brutal de la realidad social del Club y de los hechos y circunstancias sobre los que se construyó la decisión del resto de los accionistas de asistir y votar. Se podrían hacer muchas conjeturas sobre las consecuencias futuras de esta sentencia. Inicialmente podíamos pensar que la SAD que podría estar a punto de ganar la Liga española es nula en su constitución y serían nulos todos los acuerdos posteriores, y que debería entrar en liquidación a menos que se superara la causa de nulidad y se hiciera el calculo de lo que corresponde a los dos socios o a sus herederos, en función de lo que finalmente desembolsaron, reduciendo el capital en la diferencia. Cualquiera de las soluciones podría requerir varios años más de contiendas judiciales por lo que, una vez más, mucho nos tememos que la justicia deja de ser justicia si la resolución final de un conflicto se decide once años después.

## Resumen de la STJUE, Sala 2ª, de 19 de diciembre de 2013). José Ramón Meléndez

El Tribunal austriaco plantea varias cuestiones de prejudicialidad a raíz de un procedimiento en el que el actor (Sr. Hirmann) había demandado a Immofinanz y a una sociedad denominada Aviso Zeta A.G. sociedad financiera del mismo grupo que la demandada. El Sr. Hirmann afirmaba haber adquirido acciones de la sociedad demandada basándose en un folleto informativo que incluía información incompleta y que calificaba la adquisición de segura y sin riesgo. Asimismo, imputaba a la sociedad Aviso Zeta, a través de algunas filiales, de manipulación del mercado

*El demandante solicitó al tribunal que "...anulase, a título indemnizatorio, el contrato que tenía por objeto la compra de acciones ... que se condene a Immofinanz a reembolsar el importe correspondiente al precio de adquisición inicial de las acciones más los intereses como contrapartida a la restitución de las acciones a dicha sociedad."*

Cabe llamar la atención sobre dos cuestiones que se plantean en esta Sentencia: (i) se pone de manifiesto un conflicto entre la normativa de sociedades y la eventual responsabilidad por folleto derivada de la normativa de mercado de capitales y (ii) la igualdad de trato entre accionistas y, aún más, el conflicto entre los inversores que se ven perjudicados, como en el presente caso y los acreedores de la sociedad.

La demandada argumentó que la adquisición de las propias acciones vulneraba el principio de integridad del capital y equivaldría a proteger a un único accionista en perjuicio del resto de los accionistas y acreedores de la sociedad.

La sentencia comentada reconoce que la finalidad de la normativa de sociedades que protege la integridad del capital y trato igualitario entre accionistas, se desprende del contrato de sociedad y de las relaciones jurídicas entre la sociedad y sus accionistas. Pero también establece en su párrafo 29 que la responsabilidad de la sociedad frente a sus inversores no dimana de dicho contrato de sociedad sino de una responsabilidad que procede del contrato de adquisición (en otros casos será suscripción) de acciones.

Respecto al tema de la necesidad de otorgar un trato igualitario a todos los accionistas, no cabe hablar de desigualdad entre éstos y el inversor que, antes de la inversión, podría incluso no ser accionista. En este punto, y aunque la Sentencia no lo distingue sí podríamos diferenciar entre los accionistas que lo eran al momento de la inversión y los que invirtieron en la sociedad en la confianza de la existencia de una cifra de capital que contaba con la participación del inversor perjudicado. Del mismo modo no estarán en igual situación los acreedores que ya lo eran en el momento de la inversión que los que no, ya que estos últimos también confiaban en la participación en el capital del "inversor defraudado".

La Sentencia, en definitiva, considera al inversor no en su condición de accionista de la sociedad sino de acreedor de ésta por una indemnización en los términos solicitados por el demandante.

Finalmente, la Sentencia se plantea si a la anulación de la operación de adquisición de las acciones habría que aplicarle las reglas de nulidad de sociedades y si dicha anulación tendrá efectos "ex tunc" o "ex nunc" en este punto la Sentencia clara en su párrafo 63 que *"...los artículos 12 y 13 de la Directiva 2009/101 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que, en unas circunstancias como las del litigio principal, establece la anulación retroactiva de un contrato de compra de acciones"*.

Finalmente, en cuanto al precio o indemnización, el Tribunal establece que habrá que estar a la cantidad pagada en su día por el inversor con sus correspondientes intereses.

## La importancia de cómo y a quién apoderar: protección de terceros frente al abuso en el uso del poder y consecuencias prácticas de la extinción de poderes por fallecimiento del mandante (STS de 12 de noviembre de 2013 y 13 de febrero de 2014). Ignacio Cerrato.

Especial trascendencia tienen las dos sentencias del Tribunal Supremo objeto del presente análisis, toda vez que suponen, como se podrá comprobar a lo largo de las siguientes líneas, un punto de inflexión en lo que a la eficacia de los apoderamientos se refiere. El Tribunal Supremo, a través de sus sentencias de 12 de noviembre de 2013 y de 13 de febrero de 2014, ha modificado la postura que venía defendiendo en relación con la interpretación del artículo 1.738 del Código Civil, optando por una visión más sistemática y circunscrita al caso en cuestión.

En línea con lo anterior, y previamente al análisis detallado de cada una de las sentencias de referencia, conviene recordar el contenido y alcance del artículo 1.738 del Código Civil: *"Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe"*. Este precepto constituye, sin lugar a dudas, una norma de protección del mandatario con poder, que actúa ignorando la muerte del mandante poderdante o cualquier otra circunstancia que pudiera afectar a la validez del mandato en cuestión. No obstante, a su vez, la norma presupone la buena fe contractual de los terceros con los mandatarios – esto es, aquellos que creen que el mandato sigue vigente –, protegiéndoles de igual manera frente al mandatario en el supuesto de que éste último hubiese actuado a sabiendas de que el mandato había cesado y, en consecuencia, el poder se había extinguido.

En el **primero de los pronunciamientos (sentencia de 12 de noviembre de 2013)**, el Tribunal Supremo acordó desestimar los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la parte demandante (a su vez, accionista de una de las co-demandadas), en la misma línea que las desestimaciones falladas en primera instancia y en apelación.

En la demanda que inició el litigio se solicitaba la nulidad de un contrato de compraventa y de un contrato de arrendamiento financiero, fundando la pretensión, resumidamente, en dos argumentos: (i) que en el momento de celebrarse la compraventa, la sociedad vendedora estaba incurso en causas legales de disolución (no elevación del capital social al mínimo exigido, imposibilidad manifiesta de realización de sus fines y paralización de sus órganos sociales), y (ii) que la celebración de los contratos objeto de la litis había sido ejecutada a través de la actuación de dos apoderados que no tenían una intervención habitual en la vida societaria, a quienes el demandante había hecho saber su oposición a que, entre otras actuaciones, contrataran en nombre de la vendedora, en el entendimiento de que tales apoderamientos debían calificarse como extinguidos habida cuenta de las circunstancias de la sociedad, pues los dos accionistas (demandante y co-demandado) habían pactado que cualquier apoderamiento de la sociedad debía contar con el consentimiento de ambos. En esencia, el demandante pretendió la nulidad de los contratos de compraventa y de arrendamiento financiero en la medida en que el apoderamiento en virtud del cual la sociedad fue representada debía entenderse revocado toda vez que él no prestó su consentimiento a dicho otorgamiento (tal y como había acordado extra-estatutariamente con el otro accionista). A pesar de la importancia que en otras ocasiones el Tribunal Supremo ha otorgado a los pactos entre las partes que pudieran tener efectos en relación con negocios jurídicos con terceros, en este caso, no es tal, obviamente, por razón de su contenido: *"Los pactos a que el administrador hubiera podido llegar con el otro socio, el demandante, en el contrato de compraventa de acciones para que el vendedor, que quedaba como administrador único, no nombrara apoderados sin su consentimiento, siendo válidos y eficaces entre ellos, son ineficaces frente a terceros. Si el demandante optó por una solución negocial y no por una solución societaria [...], habrá de estar a las consecuencias de esta opción, entre las que se encuentra la inoponibilidad del acuerdo frente a terceros que contraten con la sociedad."*

Asimismo, la sentencia, de gran contenido didáctico, termina abogando por la vigencia de los apoderamientos otorgados, que figuraban inscritos en el Registro Mercantil. Dicha circunstancia fue suficiente (falla el Tribunal Supremo) para generar confianza en los terceros, toda vez que *"Las vicisitudes del órgano de administración de la sociedad, concretamente la caducidad del nombramiento de administrador y su no renovación, tampoco afectan – y no afectaron – a la vigencia y validez de los apoderamientos otorgados."*

Por medio del primero de los de los pronunciamientos objeto del presente comentario, el Tribunal Supremo insiste en la especial protección que otorga al tercero de buena fe: (i) a este no se le pueden exigir cautelas extraordinarias, más allá de una comprobación ordinaria de la inscripción de los apoderamientos de aquellos que pretenden representar al sujeto en cuestión, y (ii) exige al demandante que sea capaz de demostrar la connivencia y/o mala fe del tercero (con base en lo establecido en el artículo 1.738 del Código Civil, en conexión con el artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital) para quedar privado de la confianza derivada del poder general inscrito: *"La compradora es un tercero, ajeno a los conflictos existentes entre socios o entre el socio demandante y los apoderados de la sociedad, que contrató con quienes en el Registro Mercantil aparecen como [...] apoderados generales cuyo poder había sido otorgado válidamente y no había sido revocado, por lo que [...] podían confiar*

*legítimamente en que contrataban con la sociedad a la que representaban. [...] La validez de los contratos celebrados de buena fe con quienes según el Registro Mercantil aparecen como representantes de la sociedad ha sido sostenida por esta Sala (sentencia núm. 334/1998, de 17 de abril), [...] sin necesidad de que el tercero de buena fe lleve a cabo una investigación en el registro mercantil (art. 286 del Código de Comercio, sentencias núm. 1002/2007 de 28 septiembre, y núm. 682/2012 de 2 noviembre)."*

En lo que respecta al **segundo de los pronunciamientos (sentencia de 13 de febrero de 2014)**, el Tribunal Supremo acordó desestimar el recurso de casación interpuesto por el tercero de buena fe que había suscrito un contrato de compraventa de inmueble con un mandatario que actuó en virtud de unos poderes generales de representación, cuyos mandantes habían fallecido con varios años de antelación. La compraventa fue declarada nula, tanto en primera instancia como en apelación, estimando en su integridad los argumentos expuestos por la parte demandante (que, a su vez, era hijo de los mandantes y hermano del mandatario que actuó como vendedor): (i) el poder en virtud del cual actuó el mandatario se hallaba extinguido como consecuencia del previo fallecimiento de los poderdantes, y (ii) el comprador no había actuado de buena fe.

A pesar de que la demanda se formuló conjuntamente contra las dos partes que suscribieron el contrato de compraventa, exclusivamente la parte compradora (y perjudicada) fue la que decidió recurrir sendos fallos de los tribunales. En esencia, pretendió defender su situación y, en consecuencia, la validez de la compraventa, por infracción de lo establecido en el artículo 1.738 del Código Civil, *"Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe"*.

Tanto en el fallo del recurso de casación como en el de apelación, la Audiencia Provincial de Madrid y el Tribunal Supremo, respectivamente, se exigen, como requisitos para la validez de la compraventa, que el tercero actuara de buena fe (toda vez que desconociera el fallecimiento de los mandantes) y que el mandatario, en el momento de celebrar el contrato de compraventa, ignorase el fallecimiento de los mandantes (circunstancia, esta última, difícilmente evitable en la medida en que los mandantes fueron sus padres).

En línea con lo anterior, el fallo del Tribunal Supremo es, cuando menos, limitado en lo que se refiere al examen que realiza sobre la mala o buena fe negocial de las partes. No cabe duda de que el mandatario vendedor conocía el fallecimiento de sus mandantes (a su vez, padres), por lo que era perfectamente consciente del viciado uso del mandato. Esta circunstancia justifica la nulidad de la compraventa. Pero, toda vez que la inexistencia de uno de los requisitos de validez de la compraventa ha quedado demostrada, la sentencia ya no se pronuncia sobre la valoración de la fe negocial de la otra parte (lo que hubiera sido de agradecer).

La seguridad jurídica constituye uno de los más esenciales principios generales del Derecho que ornamentan nuestro sistema jurídico. Con independencia de la interpretación literal del artículo 1.738 del Código Civil, la cual es indiscutible, se deberá profundizar en una interpretación mucho más sistemática y finalista intentando comprender qué buscó el legislador y qué situaciones deseaba regular a la hora de legislar. La buena fe del mandatario se exige para dejarle liberado de las obligaciones contraídas para con el mandante. Ergo, si el mandatario vendedor es de mala fe, el tercero comprador de buena fe quedará protegido por la responsabilidad del mandante, y no por la vinculación que le une con el mandatario, con motivo del contrato suscrito fraudulentamente. Por lo tanto, si el mandatario es de mala fe, el tercero puede exigirle que cumpla el contrato.

Por todo lo anterior, debemos concluir que el tercero siempre tiene acción contractual contra el mandatario. La protección del tercero de buena fe tiene lugar bien a costa del mandante, si el mandatario es de buena fe, bien a costa del mandatario, si este es de mala fe.

El artículo 1.738 del Código Civil concluye rotundamente que los terceros que contraten, de buena fe, con los mandatarios merecerán protección frente al mandante poderdante en aquellos casos en los que el mandatario apoderado hubiera actuado sin conocer la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato y extinguen el poder. Por lo tanto, no cabe deducir que los terceros merezcan protección frente al mandante poderdante en cualquier caso. Así las cosas, resulta imposible considerar el artículo 1.738 del Código Civil una norma que refleje un pretendido principio general de protección.

Tal y como se desprende del artículo 1.734 del Código Civil (*"Cuando el mandato se haya dado para contratar con determinadas personas, su revocación no puede perjudicar a éstas si no se les ha hecho saber"*), ese pretendido principio general no existe en nuestro Derecho.

Como regla a tener en cuenta, obviamente derivada del principio general de la autonomía privada, la protección de los terceros frente a los mandantes exigirá también que la creación de la situación de apariencia en la que el tercero haya confiado de buena fe le sea imputable o reprochable al mandante poderdante, de modo que pueda entrar en juego el principio general de autorresponsabilidad.

## Responsabilidad solidaria de los socios de una sociedad civil. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2014. Sixto de la Calle Peral

El Tribunal Supremo reconoce la solidaridad tácita de las obligaciones contraídas por dos socios de una sociedad

civil sin personalidad jurídica respecto de un tercer socio de la misma. La sociedad civil carecía de personalidad jurídica porque se trataba de una mera sociedad interna en la que los socios no actuaban a través de la sociedad ni ésta era formalmente titular de negocio jurídico alguno.

El demandante interpuso una demanda de juicio ordinario en reclamación de condena pecuniaria por importe de 138.000 euros en concepto de indemnización por los daños y perjuicios derivada de un contrato de sociedad civil creada verbalmente para comprar una finca, para su explotación, en la que la parte actora aportó la cantidad reclamada que fue utilizada por otros dos socios de la sociedad para pagar las arras de la compra de la finca, que pusieron a su nombre, siendo posteriormente resuelta la compraventa por incumplimiento de los compradores. El demandante solicitó que los demandados fueran condenados solidariamente al pago del importe solicitado, con independencia de que se considerase que el vínculo existente entre el demandante y los demandados fuera el de socios de una sociedad civil o el de un mero contrato de préstamo.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Jaén dictó sentencia con fecha 3 de junio de 2011 estimando la demanda formulada por el demandante y condenando a los demandados solidariamente a abonar al demandado la cantidad íntegra solicitada por éste.

Los demandados recurrieron sin éxito la sentencia en apelación y posteriormente en casación argumentando que la sentencia recurrida era contraria a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo creada en la interpretación de los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil que establece la presunción de mancomunidad.

Aunque carecemos de antecedentes suficientes para llegar a una conclusión clara, de la literalidad de la sentencia comentada se infiere que el demandante y los demandados suscribieron un contrato de sociedad por el que, de acuerdo con el artículo 1.665 del Código Civil, se obligaron a poner en común dinero al objeto de comprar una finca para explotarla, con el ánimo de partir entre sí las ganancias. Los demandados incumplieron el contrato social suscrito de forma verbal entre las partes, no aportaron las cantidades convenidas y defraudaron las legítimas expectativas del demandante, actuando en beneficio de ellos mismos y en perjuicio de la sociedad y, en consecuencia, del propio demandante. Por esta razón, el alto tribunal considera que los demandados no pueden beneficiarse de la norma general contenida en el artículo 1.137 del Código Civil que establece que en caso de concurrencia de dos o más deudores en una sola obligación ésta se constituye con carácter de mancomunada, salvo que del texto de la obligación no resulte otra cosa (1.138 Cciv). Y ello, sobre la base de la jurisprudencia que se cita y que ha introducido una interpretación correctora del artículo 1.137 del Código civil al objeto de no exigir una expresa manifestación a favor de la solidaridad, admitiendo su existencia (tácita) cuando las características de la obligación permitan deducir la voluntad de los interesados de crear una obligación generadora de responsabilidad solidaria y, de modo especial, cuando se trata de facilitar la garantía del perjudicado al existir una interna conexión entre las obligaciones de los distintos deudores. Por tanto, y analizando cada caso de forma individualizada, la producción de un daño por varios causantes, puede desembocar en la aplicación de la solidaridad que impone a cada uno la obligación de resarcir íntegramente el daño causado.

## Efectos del cierre registral y la inscripción del cese y el nombramiento de administrador (RDGRN de 11 de enero de 2014). Elena Alcázar Cuartero

En el BOE de 5 de febrero de 2014 se publicó la RDGRN, de 11 de enero de 2014, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles nº XII de Madrid a inscribir una escritura relativa a la elevación a público del cese y el consiguiente nombramiento del administrador único de una sociedad de responsabilidad limitada por encontrarse cerrada la hoja de la sociedad.

El recurrente alegaba que, si bien de conformidad con lo establecido en el artículo 282 de la Ley de Sociedades de Capital y en el 378.1 del Reglamento del Registro Mercantil, transcurrido más de un año desde la fecha del cierre del ejercicio social sin que se haya practicado en el Registro Mercantil el depósito de las cuentas anuales debidamente aprobadas, no puede inscribirse documento alguno relativo a la sociedad, ambos artículos prevén una serie de excepciones entre las que se encuentran la inscripción del cese o dimisión de administradores, a la que debería haber procedido el registrador.

La RDGRN de 11 de enero de 2014, confirma lo alegado por el recurrente estableciendo que la falta de depósito no puede constituir obstáculo alguno a la inscripción de la dimisión o el cese de un administrador y que, salvo que otra cosa se precise en el acuerdo, la eficacia del cese de los administradores, acordado por la junta general de la sociedad, no puede condicionarse a la validez, eficacia e inscripción del nombramiento de un nuevo administrador, ya que dicho cese es un acto previo, autónomo y jurídicamente independiente de las actuaciones sociales subsiguientes.

La resolución reconoce que la necesidad de evitar que la sociedad quede "acéfala" no puede constituir un obstáculo a la inscripción del cese de su administrador único, y menos habiendo ya sido nombrado un nuevo administrador, aunque el nombramiento no pudiera ser inscrito por estar cerrada la hoja registral.

A pesar de todo lo anterior, la DGRN termina confirmando la calificación del registrador que se negó a practicar la

inscripción del cese del administrador de la sociedad, por constar en la escritura de elevación a público de acuerdos sociales no solo el cese sino también el nombramiento de un nuevo administrador único (acuerdo no inscribible encontrándose la hoja social cerrada) y, por otro lado, por no contenerse en la escritura ninguna previsión de inscripción parcial de los acuerdos incluidos en la misma.

De esta forma, la RDGRN de 11 de enero de 2014 pone de manifiesto que los registradores no pueden actuar oficiosamente ignorando el principio de rogación vigente en el sistema registral español, aportando a su vez la solución para lograr la pretendida inscripción del cese del administrador: la formulación por el interesado de una solicitud de inscripción del referido cese.

## Verificación del balance que sirve de base a una reducción de capital para compensar pérdidas llevada a cabo en el marco de una operación acordeón (Resolución de la DGRN de 3 de febrero de 2014; BOE de 27 de febrero de 2014). Irene Miró

La Resolución de la DGRN de 3 de febrero de 2014 se ocupa del recurso gubernativo interpuesto por una sociedad de responsabilidad limitada contra la nota de calificación emitida por el Registro Mercantil de León en relación con los acuerdos de reducción del capital social de la sociedad a cero para compensar pérdidas, desde la cifra de 131.706 Euros, y de simultáneo aumento de capital en 10.000 Euros, adoptados por unanimidad y en Junta Universal, que se acompañaban de un balance de situación que no había sido objeto de verificación por parte de un auditor de cuentas.

El Registrador Mercantil resolvió, en aplicación del artículo 323 de la LSC, no practicar la inscripción de los acuerdos referidos en el párrafo anterior, como consecuencia de la falta del informe de auditoría sobre el balance de situación que había servido de base a la reducción de capital por pérdidas.

Frente a la calificación del Registrador Mercantil, la sociedad sostuvo que el artículo 323 LSC, no resulta aplicable a una operación acordeón, a la que se debería aplicar la norma especial del artículo 343 del mismo cuerpo legal. Asimismo, la sociedad argumenta que, en todo caso, de acuerdo con la doctrina de la propia DGRN, se le debería dispensar de la obligación de someter a verificación el balance que sirvió de base a la reducción de capital y que se incorporó a la escritura de elevación a público de acuerdos sociales, puesto que de éste se desprendía que el activo social existente y la aportación efectuada por los socios son suficientes para satisfacer los créditos de los acreedores sociales, de forma que los intereses de estos últimos se encontraban debidamente protegidos.

En cuanto a la aplicabilidad del artículo 323 LSC a las llamadas operaciones acordeón, la DGRN recuerda que, según doctrina reiterada de este Centro Directivo, a la operación de reducción de capital por pérdidas llevada a cabo en el marco de una operación de reducción y aumento de capital simultáneos le son de plena aplicación todas las medidas de protección de socios y de acreedores previstas en el ordenamiento jurídico (Resoluciones de 28 de abril de 1994, 16 de enero de 1995 y 25 de febrero de 2012, entre otras).

En concreto, la exclusión, en los casos en que la reducción de capital se lleva a cabo con la finalidad de compensar pérdidas, de las normas tendentes a proteger los intereses de los acreedores de la sociedad (derecho de oposición de acreedores en las sociedades anónimas y responsabilidad solidaria de los socios en las sociedades de responsabilidad limitada) se compensa a través de los requisitos contenidos en el artículo 323 LSC, consistentes en que (i) la reducción de capital se acuerde sobre la base de un balance aprobado en los seis meses anteriores a la adopción del acuerdo, del que ha de resultar que se dan las circunstancias de hecho necesarias para llevar a cabo la citada reducción y (ii) este balance sea verificado por un auditor de cuentas.

Sentado lo anterior, la DGRN hace notar que la exigencia de la obligación de verificar el balance que sirve de base a una reducción de capital para compensar pérdidas llevada a cabo en el marco de una operación acordeón, en tanto que medida destinada a proteger los intereses de los socios y acreedores de la sociedad, sólo tiene sentido cuando tales intereses se encuentran, efectivamente, en situación de sufrir un perjuicio. Por el contrario, si, dadas las circunstancias del caso, no existe un interés susceptible de protección, decae la exigencia de verificación.

De este modo, se equilibra la debida protección de las personas interesadas en la reducción de capital para compensar pérdidas con la doctrina de que no cabe exigir requisitos o formalidades que graven sin causa la marcha económica de las sociedades.

En este sentido, la DGRN ha afirmado en ocasiones la posibilidad de excluir la verificación del balance que sirve de base a la reducción de capital para compensar pérdidas llevada a cabo en el marco de una operación acordeón, siempre que concurra el consentimiento unánime de todos los socios de la sociedad (lo que se cumple en el caso analizado) y los intereses de los acreedores permanezcan intactos, debido al mantenimiento o fortalecimiento de la situación económica de la sociedad como consecuencia del aumento de capital simultáneo a la reducción para compensar pérdidas.

La segunda de esas condiciones sólo concurrirá si la reducción de capital viene acompañada de un sucesivo e inmediato aumento de capital a cargo de nuevas aportaciones o por compensación de créditos que igualen o superen la cifra que capital preexistente. Puesto que, en el caso objeto de análisis, la reducción y aumento de capital simultáneos llevados a cabo por la sociedad resultaron en una cifra de capital social de 10.000 Euros frente

a la suma inicial de 131.706 Euros, no puede concluirse que esta operación fuese neutra ni, mucho menos, beneficiosa, para los intereses de los acreedores de la sociedad.

Con base en lo anteriormente expuesto, la DGRN desestimó el recurso gubernativo interpuesto por la sociedad y confirmó la nota de calificación del Registrador Mercantil.

### Posibilidad de que la junta general de una sociedad de responsabilidad limitada adopte sucesivamente en el mismo acto dos acuerdos de reducción de capital. (RDGRN de 10 de diciembre de 2013). Andrés Álvarez-Sala.

En la resolución de fecha 10 de diciembre de 2013, la DGRN resuelve el recurso interpuesto por una sociedad contra la calificación emitida por el Registrador Mercantil de Burgos, conforme a la cual denegó la inscripción de una escritura pública en la que se elevaron a público en el mismo acto dos acuerdos de reducción de capital en una sociedad de responsabilidad limitada. Ambos acuerdos fueron adoptados en junta universal con el consentimiento de todos los socios.

El primer acuerdo supone la reducción de capital con amortización de participaciones y devolución de las aportaciones a determinados socios, mientras que el segundo acuerdo de reducción, se debe a pérdidas y entraña la amortización parcial y por igual de las participaciones de todos los socios sin devolución de aportaciones. Conviene matizar que, en el primer acuerdo de reducción de capital, los socios obtienen el pago de la cuota correspondiente a la amortización de sus aportaciones, mientras que en el segundo, que es consecuencia de la reducción por pérdidas, este pago no se produce. La razón de este trato diferente está en que aquellos socios cuyas participaciones fueron amortizadas en el primer acuerdo, habían satisfecho previamente un crédito de la sociedad.

El Registrador denegó la inscripción de la escritura de ambos acuerdos de reducción del capital social concluyendo que no se puede efectuar una reducción de capital por devolución de aportaciones a determinados socios y, en el mismo acto, una nueva reducción de capital por pérdidas para restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio neto de la sociedad, disminuido como consecuencia de dichas pérdidas, todo ello basándose en los artículos 321 y 322 de la Ley de Sociedades de Capital.

Frente al defecto apreciado por el Registrador, el recurrente invocó los siguientes argumentos:

- que el artículo 321 de la Ley de Sociedades de Capital, es únicamente aplicable a la reducción de capital por pérdidas y que dicho precepto no resulta vulnerado por el mero hecho de efectuar una reducción de capital por devolución de aportaciones antes de efectuar la reducción para restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio social, y
- que los dos acuerdos de reducción se adoptaron de forma independiente, y que únicamente tienen en común que se aprobaron en la misma junta. Por ello, deberían ser tratados de manera indistinta, pese a ser elevados a escritura y presentados en el Registro conjuntamente.

A este respecto, el Registrador Mercantil de Burgos alude al artículo 321 por el cual no cabe devolver aportaciones en caso de una reducción por pérdidas.

La Ley de Sociedades de Capital no contempla un "*numerus clausus*" en la articulación de los procedimientos de reducción de capital. Éste, como primera partida del pasivo integrada en los fondos propios sociales, cumple una función de garantía no sólo frente a los socios sino sobre todo frente a los terceros, especialmente los acreedores de la sociedad.

Así, resultan dos principios claros:

- la protección de los acreedores en la disminución efectiva de la cifra de capital cuando conlleve devolución de activos, y
- la estricta regulación de la reducción por acreditación de deudas sociales para los subtipos de sociedades de capital: anónima y limitada.

Es por ello, que la DGRN declara que la asunción de la deuda de un tercero frente a la sociedad por varios socios que a la vez integran una comunidad de bienes deudora, que se hace pago con las devoluciones, supone de facto una liquidación parcial de la sociedad, mediante la amortización y entrega de la cuota de liquidación a dichos socios, que de esta manera obtienen un resarcimiento privilegiado del crédito social. La situación de la sociedad, según se desprende del acuerdo segundo adoptado por la junta, imponía por imperativo legal la reducción de capital prevista en los artículos 317 y 320 de la Ley de Sociedades de Capital. De este modo, la previa reducción, suponía, efectivamente, la entrega anticipada a los socios de cantidades, contra la expresa prohibición del artículo 321 de la Ley de Sociedades de Capital, según la cual la reducción del capital por pérdidas en ningún caso podrá dar lugar a reembolsos a los socios.

Por estos motivos, la DGRN desestima el recurso interpuesto por el recurrente confirmando así la calificación llevada a cabo por el Registrador Mercantil de Burgos.

---

### 3. Derecho Bancario y de los mercados financieros

#### TEMAS ACTUALES

##### A) MERCADOS FINANCIEROS

#### Proyecto de Ley de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. Pablo Ruiz de Assin

El Proyecto de Ley de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (el "Proyecto") supone un paso más en la trasposición al ordenamiento jurídico nacional de las novedades normativas incorporadas al derecho comunitario con motivo de los acuerdos alcanzados en 2010 por el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria ("Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios", Basilea III).

Los acuerdos de Basilea III vienen a reforzar significativamente las exigencias de capital de las entidades de crédito y han sido trasladados al derecho comunitario por el Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de servicio de inversión y la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a las empresas de servicios de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87, y se derogan las Directivas 2006/48, y 2006/49, y la Directiva 2011/89 por la que se modifican las Directivas 98/78, 2002/87/CE, 2006/48, y 2009/138 en lo relativo a la supervisión adicional de las entidades financieras que formen parte de un conglomerado financiero.

El Proyecto pretende trasponer la Directiva 2013/36/UE y supone un importante avance en materia de consolidación de la normativa bancaria nacional. En particular, el Proyecto refundirá en un solo texto normativo la Ley de Ordenación Bancaria de 1946; la Ley 31/1968, de 27 de julio, de incompatibilidades y limitaciones de los presidentes, consejeros y altos cargos ejecutivos de la banca privada; la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros; el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, por el que se adaptan las normas legales en materia de establecimientos de crédito al ordenamiento jurídico de la CEE; la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito; y, el apartado 2) del artículo 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, que resultan derogados.

El título I incluye las disposiciones generales del régimen jurídico de las entidades de crédito; estableciendo qué entidades son consideradas de crédito (entre las que ya no se encuentran los establecimientos financieros de crédito) y el contenido de la reserva de actividad a favor de las entidades de crédito (la captación de depósitos reembolsables del público). En este título se regulan también otros aspectos, como su régimen de autorización y revocación, de participaciones significativas, de idoneidad e incompatibilidades de los miembros del consejo de administración u órgano equivalente, y el régimen de gobierno corporativo y políticas de remuneración.

El título II establece el nuevo marco de requisitos de solvencia y liquidez de las entidades de crédito. Si bien en esta materia habrá que estar principalmente a lo que disponga el Reglamento (UE) nº 575/2013, el Proyecto contiene regulación que viene a complementar en el ámbito nacional el contenido del Reglamento e incluso a añadir exigencias adicionales en algunas materias (colchones).

En los títulos III y IV se regula el nuevo marco supervisor y sancionador de las entidades de crédito. El Banco de España se mantiene como la autoridad responsable de la supervisión de las entidades de crédito para garantizar el cumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina y, en materia sancionadora, se incluyen nuevos tipos y se modifica la cuantía de las sanciones aplicables.

Finalmente, es necesario llamar la atención sobre la amplia modificación que el Proyecto operará sobre la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en su Disposición Adicional Primera, y que pretende trasponer el régimen de supervisión prudencial previsto por la Directiva 2013/36/UE al ámbito de las empresas de servicios de inversión.

#### La Reasignación de las coberturas por riesgo de crédito según la circular 1/2014 del banco de España. Fernando García

##### Antecedentes

El Banco de España publicó su Circular 1/2014, que modifica la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, sobre Normas

de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros.

La Circular 1/2014 pretende cumplir con lo establecido en la Ley 8/2012, de 30 de octubre (Artículo 1, apartado 2), sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero.

La Ley señalada indica que el Banco de España determinará los activos a los que, a 31 de diciembre de 2013, se asignarán los saldos remanentes de las coberturas sobre financiaciones relacionadas con la promoción y construcción inmobiliaria constituidas sobre riesgos calificados como normales a 31 de diciembre de 2011, correspondientes a los negocios en España, que no hubieran sido aplicadas como consecuencia de una reclasificación posterior como activos dudosos, subestandar o por la adjudicación o recepción de activos en pago de deudas.

### **La Ley 8/2012**

El Real Decreto Ley 2/2012, elevado a rango de ley por la Ley 8/2012, estableció saneamientos adicionales sobre las financiaciones concedidas al sector de promoción y construcción inmobiliaria, existentes a 31 de diciembre de 2011 y que estuviesen clasificadas como riesgo normal, correspondientes a la actividad en España de las entidades de crédito y grupos consolidables de entidades de crédito.

El Real Decreto Ley 2/2012 establecía:

- La constitución, por una sola vez, de una cobertura mínima del 7% (siendo posteriormente incrementadas por el Real Decreto Ley 18/2012), para financiaciones al sector inmobiliario relacionadas con el suelo, clasificadas como riesgo normal a 31.12.2011.
- El importe de la anterior cobertura solamente podía ser utilizado por las entidades para la constitución de las coberturas específicas, que resulten necesarias como consecuencia de la reclasificación posterior como activos dudosos o subestándar de cualquiera de dichas financiaciones, o de la adjudicación o recepción de activos en pago de dichas deudas.
- La dotación, independiente de la provisión genérica, no podrá ser computada como recursos propios.
- A 31.12.2013 el importe de las citadas coberturas no aplicado en su integridad a la finalidad indicada, será asignada a las coberturas de aquellos activos que determine el Banco de España.

### **Contenido de la Circular 1/2014**

La Circular establece que las entidades debían elaborar un informe antes del 28 de febrero de 2014, con un detalle de las coberturas inicialmente constituidas, las aplicadas a 31 de diciembre de 2013, así como un análisis de las razones por las que el saldo remanente responde a riesgos calificados como normales al cierre del ejercicio 2013.

La Circular 1/2014 recoge tres categorías de activos a los que, por razón de existencia de evidencias de deterioro, las entidades podrán asignar el saldo remanente:

- Activos financieros calificados como dudosos y activos inmobiliarios para los que sea necesaria una cobertura superior a las mínimas establecidas por el Banco de España en el Anejo IX de su Circular 4/2004.
- Activos financieros relacionados con inversiones en instrumentos de capital no negociados en mercados organizados de compañías cuyo negocio más relevante esté vinculado, directa o indirectamente, con el sector inmobiliario, y en las que las estimaciones de deterioro de sus activos inmobiliarios puedan no corresponderse con estimaciones de mercado, por no haberse considerado la necesaria viabilidad o riesgo de que el precio de venta sean distintos de los importes y tiempos esperados.
- Activos intangibles, en especial aquellos de vida útil indefinida, incluidos los fondos de comercio, en lo que las pruebas y análisis de estimación de deterioro deberían ser revisadas.

### **Comentarios**

Con esta Circular se pretende restaurar la credibilidad de los balances de los bancos españoles, al impedir que la distribución de las dotaciones conduzca a un incremento de los beneficios de las entidades.

Sin embargo, la Circular no establece unos criterios para realizar la asignación de coberturas previstas en el mismo, por lo que depende de un criterio posterior del Banco de España al respecto.

## **Nueva regulación del Banco de España relativa a los recursos propios de las entidades de crédito. Fernando García**

El Banco de España ha aprobado su Circular 2/2014. Esta Circular desarrolla los aspectos recogidos en el Real Decreto -ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras.

El mencionado Real Decreto, a su vez, transpuso a nuestro ordenamiento los requisitos de Basilea III recogidos en el Reglamento (UE) Nº 575/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013.

En esta Circular se recoge:

- Los porcentajes mínimos de capital.
- La posibilidad del Banco de España de autorizar que las entidades de crédito no deduzcan de sus fondos propios las inversiones significativas de instrumentos de fondos propios de un ente del sector financiero.
- La posibilidad del Banco de España de autorizar la no deducción de las participaciones en el capital de empresas de seguros, reaseguros y sociedades de carteras de seguros.
- Los porcentajes de pérdidas a deducir en los próximos años del capital ordinario, correspondientes a activos financieros disponibles para la venta registrados como ajustes por valoración en el patrimonio neto.
- Los porcentajes de pérdidas a deducir en los próximos años del capital ordinario, correspondientes a activos financieros contabilizados en la cartera de negociación.
- Los porcentajes a deducir en los próximos años del capital ordinario consecuencia del fondo de comercio procedente de combinaciones de negocio, de consolidación o de la aplicación del método de la participación.
- Los porcentajes a deducir en los próximos años del capital ordinario, consecuencia de otros activos inmateriales, activos de fondos de pensiones de prestación definida, y activos por impuestos diferidos.
- Los datos a considerar para calcular el ratio de apalancamiento.

En conclusión, la nueva normativa sólo establece los detalles para la aplicación en los próximos años de la normativa de recursos propios recogida en el Acuerdo de Capital de Basilea III, aplicable en la Unión Europea desde este año 2014.

## La liberación de deterioro en la capitalización parcial de créditos de las entidades de crédito. Fco. Javier Arias Varona y Fernando García

En el caso de una capitalización parcial de créditos, se plantea la duda de si resulta posible liberar el importe de los deterioros que se habían dotados para los créditos no capitalizados. Se trata de una cuestión de especial importancia en el contexto de los acuerdos de refinanciación. Es en ese marco y en el de su reforma por medio del Real Decreto-Ley 4/2014 como debe valorarse la reciente comunicación del Banco de España de fecha de 18 de marzo de 2014, titulada "Tratamiento contable en las entidades de crédito de las operaciones reestructuradas como consecuencia de un acuerdo de refinanciación de los previstos en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, según la redacción dada por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deudas empresariales".

Al objeto de aclarar si es posible liberar las dotaciones por el deterioro de tales créditos, del análisis de esta comunicación puede deducirse que para crédito no capitalizado:

- Se calculará el valor actual de los importes debidos tras un acuerdo de refinanciación.
- En el cálculo del valor actual, el numerador considerará especialmente el efecto en las posibilidades de recuperación del importe debido de las nuevas condiciones incorporadas a los acuerdos (quitas, modificaciones de calendarios de pagos o conversiones de deuda en capital), teniendo en cuenta el nuevo plan de negocio del obligado al pago. El denominador utilizará el tipo de interés efectivo de la operación original para operaciones con tipos de interés fijo, o el tipo de interés efectivo inmediatamente anterior a la fecha del acuerdo de capitalización en los demás casos.
- Los importes debidos tras la reestructuración serán clasificados como riesgo normal, es decir, no requerirán registro de deterioro, en la medida en que el valor actual no sea inferior al importe debido, por existir suficientes elementos objetivos que confirmen la probabilidad de su recuperación tras el acuerdo de refinanciación, y que éste responda a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo. No es descartable que en este punto, especialmente sensible, la previsión de la presente comunicación actúe como un incentivo para el empleo de informes de expertos independientes, ahora voluntarios.
- Cuando el valor actual sea inferior al importe debido, por existir evidencias de la insuficiencia de flujos de efectivo necesarios para hacer frente a los compromisos asumidos tras el acuerdo de refinanciación, las entidades clasificarán los importes debidos como riesgo distinto al normal, es decir, registrarán deterioro. Cuando desaparezcan las causas que motivaron esta clasificación, se permitirá la reclasificación posterior de las operaciones en una categoría de menor riesgo eliminando el deterioro registrado.

En conclusión, no existe una respuesta universal a la cuestión planteada. Deberá analizarse crédito a crédito no existiendo una respuesta universal para todas las operaciones, en relación al importe del deterioro a liberar en una capitalización parcial. Sólo cuando después de aligerar la deuda, con el plan de negocio nuevo se incremente el valor actual del crédito no capitalizado, podrán liberarse dotaciones por deterioro de los créditos.

## B) MERCADO DE VALORES

### Comunicación de la CNMV en materia de Ofertas Públicas de Adquisición. Luis Miguel de Dios

El 22 de enero de 2014 la CNMV publicó un comunicado en el que recordaba determinadas obligaciones en materia de ofertas públicas de adquisición de valores.

La crisis económica instalada en Europa, en general, y en España, en particular, ha afectado seriamente a un buen número de sociedades cotizadas, que han visto deteriorado su valor bursátil. Ello, a su vez, ha suscitado el interés de algunos inversores, que han advertido en esa situación de debilidad una oportunidad de inversión. En este contexto, la CNMV ha querido recordar la subsistencia, a todos los efectos, de la obligación de formular una oferta pública de adquisición sobre el 100% de los valores de la sociedad afectada y a un precio equitativo cuando se alcanza el umbral del 30% de los derechos de voto de dicha sociedad, y todo ello, con independencia de la situación financiera de esta última (art. 60 LMV y Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio).

Más allá de la situación financiera de la sociedad en cuestión, y sin perjuicio de las facultades de modulación de la CNMV, el precio equitativo ha de ser aprobado por la CNMV, tomando en consideración el informe de valoración de la sociedad realizado que, a tal fin, realice la un experto independiente.

Tanto si la oferta no es autorizada – ya sea no cumplir con el requisito del precio equitativo o por cualquier otro motivo – como si no se presenta, la consecuencia inmediata, al margen de las sanciones administrativas de otra índole que correspondan, será la suspensión de los derechos políticos de los valores que correspondan, directa o indirectamente, al oferente y a quienes actúen concertadamente con él.

No obstante, y respecto de este tipo de supuestos, el art. 8.d) del Real Decreto 1066/2007 prevé una excepción al régimen de oferta pública en aquellos casos en los que se alcanza una participación de control mediante la conversión o capitalización de créditos en acciones de sociedades cuya viabilidad financiera esté en riesgo grave e inminente. Para estos casos, la CNMV recuerda, en línea con lo indicado en dicho precepto, que esa excepción únicamente aplicará cuando la operación se haya concebido para garantizar la recuperación financiera a largo plazo de la sociedad en cuestión. Ello, en cualquier caso, hará de ser acreditado ante la CNMV.

Finalmente, la CNMV recuerda que velará particularmente porque, en estos procesos, no se produzcan supuestos de abuso de mercado.

El contenido de la comunicación de la CNMV se ha visto superado, en cierta medida, por la reciente reforma de la Ley Concursal, que, entre otras modificaciones, ha dado una nueva redacción al art. 8.d) del Real Decreto 1066/2007. Con arreglo a la nueva redacción de dicho precepto (vid. Apartado 5 de nuestra Alerta 2014-3) no será necesario el acuerdo de dispensa de la CNMV cuando la operación de capitalización o conversión en cuestión se realice como consecuencia directa de un acuerdo de refinanciación homologado judicialmente, siempre que hubiese sido informado favorablemente por un experto independiente.

## JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia oscilante en materia de swaps: concreción de los deberes de información del banco (STS, pleno de la sala civil, de 20 de enero de 2014); y nueva sentencia (STS 17 de febrero 2014) que casa la decisión de la audiencia al no estimar error del cliente, porque el régimen de cancelación “no es esencial”. Andrés Recalde

La importantísima sentencia de 20 de enero de 2014 (Ponente I. Sancho Gargallo) pretende, de alguna manera, “reconducir” la posición adoptada por el Tribunal Supremo en dos previas sentencias (20 de noviembre de 2012 y 29 de octubre de 2013, cuyo ponente en ambos casos era J. R. Ferrándiz) dictadas por la sala primera sobre el error en los contratos de SWAP. Más allá de que se verifiquen o no la concurrencia de los requisitos del swap, lo que el alto tribunal pretende es, sobre todo, concretar los deberes de información del banco en relación con la comercialización de este tipo de derivados financieros.

Frente a las numerosas sentencias de audiencias condenatorias de los bancos, en las dos sentencias de 2012 y 2013 el Tribunal Supremo rechazó la nulidad del contrato de SWAP por error, porque el eventual incumplimiento

del deber de información (en cuyo alcance y consecuencias no se entraba) no afectaría a los requisitos exigibles para que la representación errónea por el contratante pudiera anular su voluntad: carácter esencial de la realidad falsamente representada y excusabilidad del error por parte de quien incurre en él.

Sin embargo, en la sentencia de 20 de enero de 2014, el pleno de la sala primera llega a importantes conclusiones:

- No se entra a valorar la existencia o no de error en el concreto caso, sino que el Tribunal Supremo sitúa el centro del debate en los deberes de información del banco en relación con los caracteres y los riesgos que entrañan los SWAPS, deberes cuyo cumplimiento debe ser acreditado por el mismo banco.
- Los deberes de información pueden estar modulados cuando la contraparte es una empresa, pero el banco nunca se libera por esa circunstancia (distinto sería el caso si se tratase de una empresa financiera), ya que tanto la normativa sectorial (en especial el art. 79.bis en sus apartados 2, 3 y, sobre todo, 6 LMV) como las obligaciones contractuales vinculadas a la confianza que preside las relaciones entre el banco y el cliente, fuerzan al banco tener en consideración los intereses de este poniendo a su disposición la información necesaria.
- Las normas sectoriales relativas a la comercialización de instrumentos financieros se deben aplicar siempre en caso de un contrato de asesoramiento para la adquisición de estos productos, sin que su naturaleza sea relevante. En particular, son aplicables las normas sobre asesoramiento de clientes en caso de contratación de un swap (tal y como estableció la Sentencia del Tribunal de Justicia UE en el caso Genil v. Bankinter, BBVA y otros de 30 de mayo de 2013);
- El incumplimiento de los deberes de información no comporta por sí solo error/vicio que permite anular el contrato. En concreto no hay error si el cliente conocía la información y, por tanto, no concurría en él una representación equivocada de la realidad. Pero la exacta representación del cliente que impide alegar la existencia de error ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como la entidad de los riesgos asumidos.
- Sin embargo, el incumplimiento de los deberes de información tiene una incidencia en la existencia de un error/vicio, en particular cuando ese deber de informar afecta al objeto del contrato y a los riesgos.
- La ausencia de un test de conveniencia e idoneidad como el que la normativa MiFID obliga a las empresas de servicios de inversión a realizar a los clientes permite establecer la presunción de que el cliente no conocía los riesgos (en calidad y cuantía) o no era consciente de la conveniencia del producto para sus intereses. Es el banco quien debe romper esa presunción de desconocimientos si había incumplido sus deberes de información.

La importancia de la citada sentencia deriva tanto del alto valor técnico de la argumentación como la sentencia se aprobó en una sesión plenaria de la sala de lo civil. La progresiva importancia de las sentencias dictadas por el pleno de una sala del Tribunal Supremo en la fijación de la postura de los tribunales desde el punto de vista de la seguridad jurídica se acoge en el Anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, presentado recientemente por el gobierno, en el que contempla el efecto vinculante de las citadas sentencias para todos los tribunales.

Sin embargo, en menos de un mes el tribunal supremo se volvió a pronunciar sobre un contrato de swap y el error (STS 17 de febrero de 2014), para casar una sentencia que en primera instancia y en apelación anuló un swap por vicio. En la línea de anteriores sentencias (el ponente volvió a ser el magistrado Ferrándiz) se consideró que en el caso considerado no concurrió error, porque, más allá de la vulneración por el banco del deber de información, si esta omisión se refería al régimen relativo a la cancelación por el banco del swap, la citada circunstancia no tendría carácter esencial. Se entienda que es o no esencial el régimen que determina la vinculación contractual, no puede desconocerse que en la sentencia del 20 de enero se había dicho que *"la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos"*. E, indiscutiblemente, la entidad de los riesgos que asume quien adquiere un producto de esta naturaleza viene, también, determinado por el coste de desvincularse del contrato.

---

## 4. Contratos Mercantiles

Directiva 2014/1/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010. Almudena Cuéllar.

El pasado 28 de febrero de 2014 se publicó la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso de residencial.

Esta Directiva persigue crear un mercado único de créditos hipotecarios, estableciendo dos pilares sobre los que se desarrollará este mercado: (i) un elevado nivel de protección de los consumidores y (ii) la concesión responsable del crédito por parte de las entidades financieras.

La idea que subyace detrás de la Directiva es la de lograr la disminución de los impagos bajo este tipo de créditos, así como, en consecuencia, la disminución de las ejecuciones hipotecarias que tanto se han agudizado en algunos países desde el comienzo de la crisis económica en 2007.

Esta Directiva no ha recibido casi atención en nuestro país debido, en primer lugar, a que su transposición no será exigible hasta el 21 de marzo de 2016 y, en segundo lugar, a que en España ya existe una tradición protectora al consumidor de este tipo de productos, no solo en el ámbito de la Directiva sino también en otros más amplios, como pueden ser la Orden EHA/2899/2011 y la Circular del Banco de España 5/2012.

La Directiva establece las pautas a seguir por los Estados miembros en la regulación de la prestación de créditos a consumidores para la adquisición de inmuebles, siendo las principales las siguientes:

#### **Educación Financiera a los consumidores:**

Se establece la necesidad de que los Estados miembros fomenten medidas que apoyen la educación de los consumidores acerca de la responsabilidad en la contratación de préstamos y la gestión de deudas, en particular en relación con los contratos de crédito hipotecario. Será necesario también que los consumidores dispongan de información clara y general sobre el producto, su proceso de concesión y las implicaciones de su contratación de cara, principalmente, a los consumidores que obtengan un crédito hipotecario por primera vez.

#### **Normas de conducta en la concesión de créditos:**

Se establece la obligación de que las personas que comercialicen estos productos actúen de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, teniendo en cuenta los derechos e intereses de los consumidores. Para ello se establece que la estructura de las remuneraciones del personal involucrado no afecte a su capacidad de actuar en interés del consumidor y, en particular, que su remuneración no dependa de objetivos de venta de estos productos. Adicionalmente, se establece que se facilitarán al consumidor ejemplos concretos de las consecuencias de la firma de un crédito hipotecario con unas determinadas características, otorgando la posibilidad de que el consumidor desista del contrato suscrito o, en su caso, obligando al consumidor a que analice la operación durante un periodo de tiempo mínimo.

#### **Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN):**

Se regulariza el uso de esta ficha, siendo de obligada entrega a los contratantes de operaciones de financiación de viviendas. Esta ficha contiene la totalidad de la información que afecte al crédito con la idea de que con su mero análisis el consumidor pueda entender el producto que contrata, configurándose así un consentimiento eficaz y válido.

Entre otra, la información que la FEIN debe contener es la siguiente: (i) identidad y dirección de quien emite la información; (ii) fines para los que puede emplearse el crédito; (iii) formas de garantías; (iv) duración; (v) formas de tipo de interés disponible; (vi) un ejemplo representativo del importe total del crédito, del coste total del crédito para el consumidor, del importe total adeudado por el consumidor y de la TAE; (vii) una indicación de otros posibles costes; (viii) opciones de reembolso; etc.

#### **Tasa Anual Equivalente (TAE):**

Se establece el mecanismo del cálculo de la TAE, que deberá realizarse partiendo del supuesto de que el contrato de crédito estará vigente durante el periodo de tiempo acordado y que las partes cumplirán sus obligaciones en las condiciones y en los plazos que se hayan acordado en el contrato de crédito; deberá, además, mostrar el coste total del crédito para el consumidor, debiendo incluir todos los gastos que este deba abonar en relación con él y que conozca la entidad de crédito (intereses, comisiones, impuestos, remuneración de los intermediarios de crédito, costes de tasación de bienes y cualquier otro gasto, exceptuando los notariales, necesario para obtener el crédito). Con esta disposición se pretende garantizar un elevado grado de protección en toda la Unión que permita y asegure la comparabilidad de la información relativa a las TAE en todos los Estados miembros.

#### **Evaluación de la solvencia:**

Se establece la necesidad de que entidad de crédito evalúe en profundidad la solvencia del consumidor, no solo teniendo en cuenta el valor del inmueble sino también teniendo en cuenta la información relativa a los ingresos y gastos y a otras circunstancias financieras y económicas del consumidor. De esta forma se pretende asegurar que entidad de crédito solo pondrá el crédito a disposición del consumidor si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que cumpla las obligaciones derivadas del contrato de crédito.

Por otro lado, se exige a los Estados miembros que establezcan normas fiables de tasación de bienes inmuebles de uso residencial a efectos del crédito hipotecario, así como que velen por que los tasadores que lleven a cabo las tasaciones de bienes inmuebles sean profesionalmente competentes y suficientemente independientes respecto del proceso de suscripción de créditos.

### **Demoras y ejecución hipotecaria:**

Se solicita a los Estados miembros que tomen medidas de cara a fomentar que las entidades de crédito se muestren razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución hipotecario. Adicionalmente, en caso de que se permita a la entidad de crédito imponer recargos al consumidor en caso de un impago, se establece que estos recargos no excedan de lo necesario para compensar a la entidad de crédito de los costes que le acarree el impago. Del mismo modo, la Directiva recoge que los Estados miembros no impedirán que las partes en un contrato de crédito puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía a la entidad de crédito basten para reembolsar el crédito.

En vista de todo lo anterior se puede concluir que la Directiva lo que pretende es aumentar la seguridad jurídica de los consumidores y de las entidades de crédito. En el caso de España es previsible que deban introducirse distintas reformas en la normativa de consumidores y de concesión de créditos hipotecarios actualmente en vigor que permitirán crear un mercado de concesión de créditos hipotecarios para la adquisición de inmuebles de uso residencial más responsable y coherente.

---

## 5. Derecho Cambiario

### **Libramiento de pagarés sin expresar la contemplatio domini. (STS de 12 de diciembre de 2012. Ponente José Ramón Ferrandiz Gabriel). Lucía Rodríguez**

Con fecha 12 de diciembre de 2013, la Sala Primera del Tribunal Supremo dictó sentencia en resolución del recurso de casación interpuesto por una sociedad tomadora de sendos pagarés, contra la sentencia dictada el día 13 de septiembre de 2011 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª), que resolvió el recurso de apelación sobre el que se había pronunciado el Juzgado de Primero Instancia nº3 de Madrid en relación con el libramiento de varios pagarés por parte del administrador único de una sociedad sin mencionar expresamente que firmaba en nombre de esta.

La parte actora, la sociedad tomadora de los pagarés interpuso demanda de juicio cambiario contra dicha persona física requiriendo el pago de dichos pagarés que habían vencido con anterioridad, por considerar que, al no haber dejado constancia esta de la representación que ostentaba, actuaba en nombre propio y, por lo tanto, debía ser quien respondiese personalmente del pago de la deuda.

No obstante lo anterior, el demandado alegó falta de legitimación pasiva sobre la base de que, si bien había firmado los pagarés en cuestión no lo había hecho en su propio interés, sino en calidad de administrador único de la sociedad deudora por cuenta de la cual actuaba. También alega que el acreedor cambiario había mantenido en el pasado relaciones jurídicas que son las que dieron lugar a la deuda en disputa.

En el caso que no ocupa se plantea, una vez más, la responsabilidad del firmante de un pagaré que no hace constar su condición de representante del deudor originario, que encuentra en la doctrina y en la jurisprudencia posiciones encontradas.

Frente a aquellos que sostienen que el firmante de un pagaré queda obligado personalmente si no hace constar que actúa como administrador de una sociedad, y que es la seguida por la parte recurrente, al invocar la infracción de los artículos 9 y 10 de la Ley Cambiaria y del Cheque, el Tribunal Supremo entiende en la presente sentencia que, en la medida en que la deuda deriva de una relación jurídica previa entre las partes y que la sociedad acreedora era conocedora, precisamente en virtud de dichas relaciones comerciales previas, de la condición de administrador único de la sociedad deudora y de que estaba actuando en su condición de administrador, no cabría actuar contra el firmante.

Por lo tanto, puede concluirse que la falta de constancia en un pagaré de que su libramiento se realiza en nombre de otra persona no implica automáticamente la responsabilidad personal del firmante. Eso sí, corresponderá probar a este (i) que el deudor del crédito es su representada, (ii) la existencia y suficiencia de su poder de representación y (iii) el conocimiento de la otra parte de que firmaba en su condición de administrador de la sociedad obligada, en cuyo caso estaría eximido de cualquier responsabilidad personal por el pago de la deuda, tratándose por tanto de un problema de prueba y no de forma, tal como han sostenido los tribunales en repetidas sentencias.

## 6. Propiedad Intelectual

### Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual. Javier Martínez de Aguirre.

Tras un dilatado proceso de consultas –y alguna adición de última hora–, el Consejo de Ministros ha aprobado el Proyecto de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, mediante el cual se modifican tanto el Real Decreto Legislativo 1/1996, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, como la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta modificación –que, según la propia exposición de motivos, tiene carácter provisional a la espera de una nueva ley de protección de la propiedad intelectual– centra su regulación en el régimen de las entidades de gestión colectiva, la introducción de nuevas medidas dirigidas a combatir las infracciones de derechos de propiedad intelectual en internet y la modificación de algunos de los límites a los derechos de explotación.

En primer lugar, se aumenta el control sobre las Entidades de Gestión para garantizar su transparencia y eficacia a través de un examen más exhaustivo por parte de la sección primera de la comisión de Propiedad Intelectual de sus tarifas. En este sentido, se endurecen los criterios de auditoría de cuentas y se establece un cuadro de infracciones y sanciones que pueden ascender hasta el 2% de la recaudación de la entidad durante el año anterior.

Igualmente, se ha optado por implantar un modelo de “ventanilla única” para la recaudación consistente en concentrar en un único importe el pago de todas las remuneraciones que el usuario debe abonar y que, posteriormente, será repartido por la correspondiente entidad encargada de recaudarlo. Las entidades de gestión dispondrán de un plazo de cinco meses para establecer dicha ventanilla que será competencia de la Comisión de Propiedad Intelectual (“CPI”).

Por lo demás, en lo relativo a los instrumentos de reacción frente a las vulneraciones de derechos en el entorno digital, la sección segunda de la CPI ve reforzadas sus potestades para perseguir las páginas webs que tengan como principal actividad facilitar “de manera específica y masiva” la descripción o localización de contenidos ofrecidos ilícitamente. Asimismo, podrán sancionar tanto a los titulares de las webs, como a las empresas que se anuncien en ellas, no siendo necesaria una orden judicial firme salvo que, en última instancia, se determine el bloqueo del acceso a dichas páginas web.

En caso de incumplimiento reiterado de los requerimientos de retirada de contenidos ilícitos, la CPI estará facultada para imponer sanciones económicas que oscilarán entre los treinta mil y trescientos mil euros.

Adicionalmente, una vez aprobado el Proyecto, los titulares de derechos de propiedad intelectual podrán solicitar judicialmente la identificación del titular de una página web sobre el que concurren indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo a gran escala contenidos protegidos, directa o indirectamente. Además, para facilitar la identificación de estos titulares, se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil, permitiéndose la investigación sobre la presunta vulneración de derechos en esta vía, no siendo necesario, en consecuencia, acudir a la jurisdicción penal para la identificación del infractor.

Otra novedad del proyecto es que será la CPI –a falta de acuerdo con las entidades de gestión en un plazo de ocho meses– quien fije la tasa del coloquialmente conocido como “Canon AEDE”, una compensación irrenunciable y de gestión colectiva obligatoria que los agregadores de contenidos –Google News, etc.– deberán abonar a los titulares por la reproducción en sus páginas web de fragmentos de obras divulgadas en publicaciones periódicas.

Por último, el Proyecto mantiene la financiación de la compensación por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Las empresas tecnológicas encargadas de fabricar e importar los dispositivos y soportes que permiten realizar dichas copias –antiguas encargadas de abonar dicha compensación– parecen abandonar definitivamente su condición de deudoras tras las críticas sufridas por el antiguo sistema en la sentencia del TJUE (caso Padawan).

De igual modo, cuando se produzca la reproducción parcial con fines educativos o de investigación de obras protegidas más allá de pequeños fragmentos, no será necesaria una autorización expresa. Sin embargo, sí devengará una remuneración que se tramitará a través de la entidad de gestión correspondiente. Se incorpora así un canon universitario obligatorio en el caso de que las universidades quieran incorporar en sus aularios virtuales material protegido por derechos de autor del que éstas no sean titulares, lo que les obligará a firmar una licencia digital con la entidad de gestión de derechos reprográficos –CEDRO–.

### Directiva 2014/26/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior. Javier Martínez de Aguirre

A finales del pasado mes de marzo se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea la Directiva 2014/26/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión

de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior. La primera finalidad de esta directiva de mínimos (Título II) es la mejora del funcionamiento de las entidades de gestión colectiva, con el fin de acabar con la opacidad que en algunos casos ha dado lugar a una deficiente gestión financiera de los ingresos recaudados. Por ello, se establecen una serie de requisitos y principios rectores del funcionamiento de las entidades de gestión colectiva, tales como la libertad de elección de entidad de gestión del titular de derechos, la posibilidad de revocar la autorización de gestión en un plazo inferior a 6 meses, la configuración de mecanismos adecuados y eficaces de participación en la toma de decisiones de la entidad, el sometimiento de las entidades a supervisión externa o la diligencia en el reparto de los ingresos, entre otros.

El Título III regula la concesión de licencias multiterritoriales de derechos en línea sobre obras musicales. Se exige que las entidades de gestión sean capaces de determinar con precisión y transparencia qué obras (y qué derechos sobre ellas) forman parte de sus repertorios, y a disponer de procedimientos para corregir las eventuales inexactitudes de sus respectivas bases de datos. Asimismo, se extienden a estas licencias multiterritoriales las obligaciones de exactitud y puntualidad en la facturación y reparto del título II. Las entidades de gestión podrán asimismo alcanzar acuerdos de representación entre ellas para la concesión de estas licencias, si bien dichos acuerdos no podrán tener naturaleza exclusiva.

Por último, se establecen una serie de medidas coercitivas por las que los Estados miembros están obligados a velar por que las entidades de gestión cuenten con procedimientos eficaces y rápidos para, entre otras, la reclamación de importes adeudados o la resolución alternativa de litigios. El plazo para trasponer esta Directiva al ordenamiento español finalizará el 10 de abril de 2016. Si bien el proyecto de ley de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, actualmente en tramitación parlamentaria, contempla algunas de las obligaciones impuestas a las entidades de gestión colectiva, la trasposición de la totalidad del texto requerirá probablemente una reforma ulterior del Texto Refundido.

---

## 7. Temas actualidad

### Modificación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Ana Gimeno

El 28 de marzo se publicó en el BOE la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. [PDF](#)

Entra en vigor al día siguiente de su publicación.

Transpone a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2011/83/UE, sobre los Derechos de los Consumidores, que:

Deroga la normativa europea vigente sobre la protección de los consumidores en los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, estableciendo un nuevo marco legal en esta materia.

Modifica la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sobre aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

Los principales aspectos de la reforma pueden resumirse en:

La Ley recoge definiciones armonizadas:

- El **concepto de consumidor** y usuario engloba a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, profesión u oficio. Son también consumidores y usuarios las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.
- **Concepto de empresario**: toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión.

Se refuerza la información al consumidor y usuario, ampliando los requisitos de información precontractual exigibles en los contratos con consumidores y usuarios.

Se establecen nuevas obligaciones de información precontractual por parte de los empresarios:

- Informar a los consumidores de la existencia y las condiciones de los depósitos u otras garantías financieras que, en su caso, tengan que pagar o aportar a solicitud del empresario, incluidas aquellas por las que se

bloquee un importe en tarjeta de crédito o débito del consumidor.

- Informar de la existencia de la garantía legal de conformidad de los bienes, así como de la existencia y condiciones de los servicios de posventa y de las garantías comerciales que se otorguen, en su caso.
- Los contratos de suministro de contenido digital deberán informar de las distintas formas de utilización del mismo y de cualquier limitación técnica.
- En los contratos a distancia se adaptan requisitos de información para tener en cuenta las restricciones técnicas de ciertos medios de comunicación, como limitaciones de número de caracteres en determinadas pantallas de teléfono móvil o de tiempo en los anuncios de venta televisivos.

Se regulan los requisitos formales de los contratos a distancia y de los celebrados fuera del establecimiento.

- Nueva definición de contrato a distancia y de establecimiento mercantil.

Se contempla como novedad que los sitios webs de comercio indiquen de modo claro y legible, a más tardar al inicio del procedimiento de compra, si se aplica restricción de suministro y cuáles son las modalidades de pago que se aceptan.

Se contempla la posibilidad de que el empresario ofrezca al consumidor la opción de cumplimentar el formulario de desistimiento en línea, en cuyo caso deberá proporcionar sin demora indebida un acuse de recibo, por ejemplo, por correo electrónico.

Se establecen disposiciones generales sobre la ejecución y otros aspectos de los contratos celebrados entre empresas y consumidores, como la entrega del bien comprado, los cargos por la utilización de los medios de pago, la transferencia al consumidor del riesgo de pérdida o deterioro de los bienes, las comunicaciones telefónicas y los pagos adicionales.

Entrega de bienes: la Ley prevé que cuando el empresario no ha hecho entrega de los mismos en el plazo convenido, el consumidor, antes de resolver el contrato, debe emplazar al empresario a que le haga la entrega en un plazo adicional razonable y tendrá derecho a resolver el contrato si el empresario tampoco entrega los bienes en dicho plazo adicional.

Uso de medio de pago por parte de los consumidores: se prohíbe a los empresarios el cobro de cargos que excedan el coste soportado por éstos por el uso de tales medios de pago.

Riesgo de pérdida o deterioro de los bienes: se establecen disposiciones dirigidas a proteger al consumidor de todo riesgo que pueda tener lugar antes de que haya adquirido la posesión material de los mismos.

Contratos telefónicos: si el empresario llama por teléfono al consumidor para celebrar un contrato a distancia, deberá revelar, al inicio de la conversación, su identidad y, si procede, la identidad por cuenta de la cual efectúa la llamada y el objetivo comercial de la misma. Deberá confirmar la oferta comercial por escrito, o salvo oposición del mismo, cualquier soporte de naturaleza duradera. El consumidor sólo quedará vinculado una vez haya aceptado mediante su firma o mediante el envío de su acuerdo por escrito, en papel o mediante correo electrónico, fax o sms.

En las disposiciones finales se modifican algunos preceptos de las siguientes normas:

- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal
- Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista
- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad
- Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo
- Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias
- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud
- Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública
- 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad
- Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico
- Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

**Prueba de acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales. Ana Gimeno**

El 8 de marzo se ha publicado el Real Decreto 150/2014, de 7 de marzo, por el que se modifica el Reglamento de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, aprobado por el Real Decreto 775/2011, de 3 de junio. [PDF](#)

Se modifica el Reglamento de la Ley 34/2006 para establecer los criterios por los que deberá realizarse la prueba escrita de respuestas múltiples que capacitará para el ejercicio de ambas profesiones.

La Ley estimaba necesario adquirir una cualificación profesional más allá de la sola obtención de una titulación universitaria, tanto para la consecución del título profesional de abogado como del de procurador. Para ello es necesario superar una formación especializada mediante la realización de cursos de formación que han de incluir un período de prácticas externas y superar una evaluación.

El Real Decreto de 2011 establecía que para comprobar si se posee la formación necesaria debía realizarse una prueba compuesta por dos partes: una, de preguntas múltiples y, otra, consistente en la resolución de un caso práctico.

Este nuevo Real Decreto establece que la prueba conste únicamente de una parte escrita de contestaciones o respuestas múltiples con preguntas teóricas y supuestos prácticos sobre situaciones reales a las que van a enfrentarse los futuros abogados y procuradores.

La norma reconsidera también los porcentajes de ponderación entre la calificación obtenida en el curso de formación y la obtenida en la evaluación final, de tal forma que ésta no sea el único medio de evaluación, sino que forme parte de un conjunto de evaluaciones sucesivas.

Así, la calificación final resultará de la media ponderada entre el 70% de la obtenida en la evaluación y del 30% de la obtenida en el curso de formación recibido. Antes la prueba teórico-práctica representaba el 20%.

### **Convocatoria de la prueba de evaluación**

En el BOE del 17 de abril se ha publicado también la Orden, de 14 de marzo, por la que se convoca la prueba de evaluación de la aptitud profesional para el ejercicio de la profesión de Abogado para el año 2014. [PDF](#)

- El examen estatal de acceso no contiene limitación en el número de plazas y aún no tiene ni fecha ni lugar exacto para su realización, aunque será a partir de tres meses a partir de su publicación en el BOE.
- Quienes deseen participar en la prueba de evaluación deberán cumplimentar el modelo de solicitud de inscripción dirigida al Secretario de Estado de Justicia, que podrá descargarse en el portal web del Ministerio de Justicia y que se adjunta como anexo I de la presente convocatoria.
- El plazo de presentación de solicitudes de participación en la evaluación será de 20 días naturales, contados a partir del siguiente al de publicación de esta convocatoria en el BOE
- La prueba será gratuita.
- Una vez finalice el plazo de presentación de candidatos, y tras 10 días para subsanar posibles errores, se publicará la lista definitiva de aspirantes admitidos, y se publicará el lugar, fecha y hora para la realización del ejercicio.
- El examen, que tendrá una duración de cuatro horas, estará compuesto por 75 preguntas, de las cuales, 50 serán de materias comunes y 25 corresponderán a una materia jurídica específica a elegir entre cuatro posibles: civil y mercantil; penal; administrativo y contencioso-administrativo; y laboral. Cada pregunta tendrá un valor de un punto, descontándose un tercio de punto por cada respuesta incorrecta.



**También puede descargar este boletín en formato PDF**

---

## **8.- Abreviaturas**

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

---

1) Merece destacarse el empleo de la fórmula del Real Decreto-ley en esta reforma. Según se explica en la Exposición de Motivos, resultaba esencial eliminar, a la mayor brevedad, los obstáculos que afectaban a estos acuerdos y que, en la práctica, parecían impedir el éxito de muchos acuerdos y, con ello, forzaban el concurso de las empresas afectadas. La forma legal no debe ocultar la enorme importancia, incluso sistemática, de la norma comentada. Solo el paso del tiempo permitirá apreciar en su justa medida el modo en que esta nueva vuelta de tuerca afectará al sistema diseñado en 2003 por la Ley Concursal. Sin embargo, todo parece apuntar a un asentamiento definitivo de la naturaleza liquidatoria del procedimiento, haciendo aún más residual, si cabe, el empleo del convenio concursal.

2) El tratamiento preconcursal de las dificultades financieras es, sin duda, el común denominador de las sucesivas reformas de la Ley Concursal desde el año 2009. En realidad, la configuración de un sistema de acuerdos extrajudiciales con esta finalidad es el producto de una serie de reformas que han culminado en el Real Decreto Ley que es objeto de análisis. Así, un primer paso se daría con el Real Decreto 3/2009 de 27 de Marzo, a través de la fijación de ciertos escudos protectores de este tipo de acuerdos (en esencia, en materia de aplicación de las acciones rescisorias), más adelante reforzado y ampliado por medio de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que reformó el mecanismo protector e incluyó en la norma un sistema de homologación judicial de los acuerdos de refinanciación. El régimen sufriría una última reforma con la reciente Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización.

3) La razón que explica la preferencia por los arreglos fuera del procedimiento se encuentra, sobre todo, en sus costes asociados (económicos, temporales y reputacionales), que, entre otras cosas, comprometen la viabilidad de una solución conservativa del deudor en su seno judicial. Aunque la mayoría de estos costes pueden ser más o menos atenuados por el legislador, salvo el reputacional, el procedimiento los lleva necesariamente aparejados: por rápido, barato y discreto que sea un procedimiento concursal, costará dinero, llevará tiempo y supondrá una negativa publicidad. De ahí el interés por soluciones alternativas que permitan una solución a los problemas financieros lo más discreta, rápida y económica posible.

4) Conviene aclarar que resta aún la tramitación parlamentaria del RD-Ley 4/2014, durante la cual, y según como se desarrolle, podrían introducirse cambios o reglas nuevas. Lo dicho no impide, sin embargo, la presencia de problemas de aplicación inmediata, habida cuenta de que su entrada en vigor se produjo el día siguiente de su publicación en el BOE, es decir, el día 11 de marzo.

5) La Ley Concursal no preveía una publicidad de la comunicación, a pesar de lo cual el RD 892/2013, de 15 de noviembre, sí la contemplaba, al regular los extremos objeto de publicidad en el Registro Público Concursal.

---

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

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

