C/M/S/ Albiñana & Suárez de Lezo

Your World First

BOLETÍN MERCANTIL Nº 18

Julio - Septiembre 2014

SUMARIO

1. DOCTRINA

2. VOCES Y TEMAS PRÁCTICOS

3. DERECHO SOCIETARIO

4. DERECHO BANCARIO Y DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

- Mercados financieros
- Mercado de Valores

5. CONTRATOS MERCANTILES

6. DERECHO CONCURSAL

7. PROPIEDAD INTELECTUAL / INDUSTRIAL

8. DERECHO DE LA COMPETENCIA

9. SEGUROS

10. TEMAS DE ACTUALIDAD

11. ABREVIATURAS

1.- Doctrina

- Una nueva reforma de la Ley Concursal. (Real Decreto 11/2014). Fco. Javier Arias Varona

2.- Voces y temas prácticos

- CoCo's: Obligaciones convertibles contingentes o necesariamente convertibles. Marta González Araña

3.- Derecho Societario

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- Renuncia de administrador único de sociedad de responsabilidad limitada notificada a la sociedad por medio de conducto notarial, sin que resulte la previa convocatoria de la junta para proveer vacantes (RDGRN de 5 de junio de 2014). Andrés Álvarez-Sala

4.- Derecho Bancario y de los mercados financieros

TEMAS ACTUALES

A) MERCADOS FINANCIEROS

- Proyecto de Ley por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva. Jacobo Otero
- Circular 3/2014 BDE, de 30 de julio, por la que se establecen medidas para fomentar la independencia de la actividad de tasación y se ejercitan opciones regulatorias en relación con la deducción de activos intangibles. Carmen Crespo

B) MERCADO DE VALORES

- La clasificación de los productos financieros por riesgo y complejidad como herramienta de reforzamiento de la protección al inversor. Lucía Rodríguez
- Nuevas reglas sobre comercialización de productos de inversión. Íñigo Hernáez
    - La CNMV intensifica la supervisión de las empresas de inversión y aumenta sus obligaciones de información. Nota de prensa Ampliar; Proyecto de Circular sobre normas de conducta en la comercialización: Ampliar
    - Reglamento de Ejecución (UE) Nº 964/2014, de la Comisión, de 11 de septiembre de 2014, por el que se establecen disposiciones de aplicación de Reglamento (UE) nº 1303/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las condiciones generales para los instrumentos financieros. Reglamento

5.- Contratos mercantiles

- La cláusula rebus sic stantibus no puede dar tanto de sí. Mariano Yzquierdo Toslada
- ¿Por fin "jurisprudencia" segura del Tribunal Supremo sobre los deberes de información del Banco en la comercialización de SWAPS? Andrés Recalde
- Aval a primer requerimiento: características y diferencias con las garantías clásicas (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2014). Irene Miró

6.- Derecho Concursal

- Comentario a la STS de 10 de julio de 2014, y su voto particular: clasificación de los contratos de permuta financiera (swaps de tipos de interés) en el concurso de acreedores. Curioso supuesto sobre la naturaleza procesal del recurso de casación. Juan Ignacio Fernández Aguado
- Compensación de créditos y levantamiento del velo (STS 17 de julio de 2014, ponente Rafael Saraza Jimena). Elisa Martín
- Los honorarios del letrado de la concursada y su consideración como crédito contra la masa, comentario a la STS de 18 de julio de 2014. Mercedes Bértolo

7.- Propiedad Intelectual / Industrial

- Parodia como excepción a los derechos de autor: manual de uso y entretenimiento. Blanca Cortés Fernández
- No matarás (solo) al mensajero. Javier Martínez de Aguirre
- Modificación del derecho de remuneración de los autores por los préstamos de sus obras realizados en determinados establecimientos accesibles al público (Real Decreto 624/2014, de 18 de julio. BOE 1 de agosto). Gema Ruth Ayuela Albarrán
- Bibliotecas de la UE: licencia para digitalizar. Eva Cassinello

8.- Derecho de la Competencia

- Nueva Sentencia sobre venta con pérdida. (TSJ Cantabria, 18 Jun. 2014). María Arruñada

9.- Seguros

- "Real Decreto 681/2014, de 1 de agosto, por el que se modifica, entre otras, la normativa reguladora de los planes y fondos de pensiones en materia de información y transparencia". Rafael Sáez

10.- Temas de actualidad

- La nueva Ley de Navegación Marítima. Fco. Javier Arias

11.- Abreviaturas

1.- Doctrina

Una nueva reforma de la Ley Concursal. (Real Decreto 11/2014). Fco. Javier Arias Varona

1. Planteamiento

La Ley Concursal va camino de batir todos los records de modificaciones en el menor plazo posible. Considerando solo las reformas de mayor calado, en los últimos tres años ha sufrido tres: una, por medio de la Ley 38/2011; otra, a través del RD Ley 4/2014. La tercera, que es el objeto de esta nota, por medio de un nuevo Real Decreto Ley (en este caso, el RD Ley 5/2011). El objeto de estas líneas no es el del análisis crítico del texto aprobado, sino ofrecer una exposición lineal de su contenido. Sin embargo, no se pueden omitir dos consideraciones valorativas. La primera, el abusivo recurso al mecanismo excepcional del Real Decreto Ley para acometer reformas legislativas de semejante calado, cuya urgencia puede legítimamente discutirse, si es que la norma está pensada con alcance general y no para casos concretos. La segunda, la insistencia en sucesivas reformas de un texto legal para el que, si algo es recomendable, es una cierta estabilidad y un procedimiento de reforma más pausado. Más aún cuando, en ocasiones, las modificaciones parecen irse acumulando según se aprecian problemas que, en ocasiones, surgen de modificaciones precedentes que, quizás, no se meditaron con la suficiente calma.

El presente texto legal es consecuencia directa de la anterior reforma, como reconoce su propia Exposición de Motivos, que manifiesta expresamente que la finalidad de la norma es extender al convenio concursal las premisas sobre las que se elaboró el RDL 4/2014 que, como es conocido, se circunscribía al plano preconcursal. Dicho de otro modo, reformada la LC de forma significativa para las negociaciones previas al concurso, se había generado una diferencia injustificable con la situación en sede concursal. Eso no solo podía plantear el evidente riesgo de comportamientos estratégicos, sino que suscitaba razonables dudas sobre la igualdad de trato en función del momento en que se alcanzara el acuerdo.

Debe advertirse, de todos modos, que aunque la Exposición de Motivos se encabece con la declaración señalada, lo cierto es que su contenido real va mucho más allá de lo que en ella se afirma. Por una parte, porque a la traslación al convenio de las premisas del RDL 4/2014 se unen cambios en sede de liquidación concursal que tienen una gran

importancia. Por otra parte, porque hay modificaciones en otras zonas muy sensibles del régimen concursal, también explicadas por los necesarios cambios en las soluciones al concurso, pero que van mucho más allá de lo que podría parecer. En definitiva, que, pese a lo que pudiera parecer, una vez más, los cambios introducidos en la LC tienen un alcance mayor del que puede deducirse de una lectura apresurada del contenido o de la exposición de motivos de la norma reformadora. A medida que se van acumulando modificaciones, el sistema concursal va alterándose de forma cada vez más profunda, quizás sin la necesaria cautela en el proceso. Si se me permite la metáfora, nuestra Ley Concursal empieza a parecerse a esas carreteras eternamente parcheadas a la espera no solo de un asfaltado completo, sino incluso de un cambio de trazado.

2. Novedades en materia de convenio

Los cambios en la fase de convenio son los que evidencian de manera más clara la dependencia material del RDL 4/2014 que tiene la norma aprobada. Como ya he indicado, la introducción de mecanismos específicos en las fases de negociación previa al concurso, con reglas especiales de votación, mayorías y extensión de los efectos del acuerdo incluso a acreedores con garantías reales, provocaría una distorsión clara con el tratamiento del convenio. En el fondo, la diferencia entre los acuerdos preconcursales y el convenio está en el momento en que se produce y las reglas que los disciplinan. Su contenido puede ser, en términos generales, el mismo. De ahí que la decisión en el empleo de uno u otro sea puramente estratégica, según interese o no el especial tratamiento propio del concurso. Mantener sistemas distintos, una vez que ciertos aspectos de la posición de acreedores y deudores han acercado las soluciones concursales y preconcursales, puede generar el problema de uso estratégico del procedimiento (por ejemplo, para evitar normas más inconvenientes en caso de acuerdos previos a su apertura), así como una tacha de discriminación (por ejemplo, porque un determinado acreedor sufra un trato más desfavorable en un acuerdo previo al concurso que en un convenio concursal).

La solución al problema indicado es lo que explica la necesidad del RDL 11/2014. Se trata de acomodar las reglas del convenio a las introducidas en los acuerdos de refinanciación. Desde este punto de vista, la nueva norma incorpora reglas solo relativamente novedosas, pues muchas ya son conocidas en nuestro derecho. Sí es completamente novedoso, en cambio, llevarlas al convenio concursal, en el que los cambios van a alterar claramente el funcionamiento de esta institución. Puede omitirse el detalle completo de las modificaciones introducidas, para las que sirve el análisis contenido en la nota que se publicó en su momento y, en especial, en el listado de las normas modificadas y la comparación entre el texto precedente y el derivado de la reforma (que puede verse aquí).

El cambio de mayor calado es, sin duda, el derivado del tratamiento específico de los acreedores con garantía real. La afirmación solo se entiende plenamente cuando se tiene en cuenta la combinación de distintas reglas: el cálculo del privilegio, la determinación del valor de la garantía, el nuevo sistema de mayorías y la posibilidad de extender los efectos del convenio a acreedores disidentes, incluidos los privilegiados.

En primer lugar, el valor del privilegio deja de calcularse con relación al crédito, para hacerse con relación al valor del bien o derecho sobre el que recae. Conforme al nuevo art. 90.3, "el privilegio especial solo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores". El cambio es extraordinario, dado que la calificación deja de referirse al crédito, para vincularse a la garantía misma. Así, por ejemplo, un crédito de 100.00€ garantizado por una hipoteca de 50.000€ ya no computará en el pasivo como privilegiado por la primera cifra, sino por la segunda. No es discutible que este cambio alterará el modo en que los acreedores privilegiados participan en el procedimiento y, en especial, el valor de su derecho a no verse afectados por los convenios. De hecho, sin perjuicio de su interés a otros efectos, la importancia de la regla solo se entiende en el marco del modo en que una decisión colectiva puede afectar a este tipo de acreedores.

En segundo lugar, esa regla básica se acompaña de una medida complementaria que se trae del RDL 4/2014, como es la fijación de un sistema específico de valoración de las garantías, por medio de una regla específica en el nuevo párrafo quinto del art. 94 LC. Para acomodarlas a su valor real, se ha optado por deducir, de los nueve décimos del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida la garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien. El párrafo incluye los criterios para determinar el valor real que son coincidentes con los que se empleaban en el RDL 4/2014, diferenciándose entre valores mobiliarios, bienes inmuebles y bienes distintos de los anteriores. Se especifica, además, que el valor de la garantía nunca puede ser inferior a cero, ni superior al valor del crédito privilegiado ni al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoraticia que se hubiese pactado. Si atendemos a lo declarado en la exposición de motivos, la finalidad perseguida es la de *"que los créditos privilegiados pueden multiplicarse ad infinitum cuando su garantía recae sobre un mismo bien, sin que el valor de dicho bien se vea en absoluto incrementado"* (una justificación, por cierto, que no estaba presente en el RDL 4/2014 para la misma medida, esta vez en el contexto de la DA 4ª).

En tercer lugar, el RDL 11/2014 introduce un nuevo sistema de mayorías para la aprobación del convenio, que diferencia según los tipos de acuerdo y que, en última instancia, altera el modelo inicialmente diseñado, sustituyendo la existencia de contenidos prohibidos por exigir mayores apoyos. Así, la aprobación de un convenio requiere una mayoría variable, según su contenido, con arreglo al siguiente esquema:

- Para convenios con quitas inferiores al 20%, sin espera, o esperas inferiores a tres años, será necesario el

voto a favor de una porción del pasivo superior a la que vote en contra.

- Para convenios que contemplen quitas iguales o inferiores a la mitad del crédito, esperas inferiores a cinco años, o, en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo, se requiere el voto de, al menos, la mitad del pasivo ordinario.

- Para convenios cuyo contenido contemple esperas entre cinco y diez años, quitas superiores a la mitad del crédito o, en caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, conversión de deuda en préstamos participativos por el mismo plazo y otras medidas del nuevo artículo 100, será preciso el voto favorable de al menos un 65 por ciento del pasivo ordinario.

El régimen de mayorías incluye, además, una regla especial para los créditos sindicados, a equivalencia de la fijada en la DA4ª LC para los acuerdos de refinanciación. En caso de sindicación, a falta de mayorías inferiores, se entiende que los acreedores incluidos en el pacto de sindicación votan a favor del convenio si lo hace, al menos, el 75% del pasivo sindicado (art. 121.4 LC).

La gran novedad en este punto, en lo que hace a los acreedores con garantía real, es la previsión de que puedan quedar sometidos a los convenios. Como es conocido, los acreedores con privilegio especial gozaban tradicionalmente del llamado derecho de abstención. Los acuerdos entre el deudor y sus acreedores solo les afectaban en la medida en que lo aceptaran. De ahí que las soluciones de conservación por la vía de un convenio dependían, de hecho, de la posición que finalmente adoptaran los acreedores privilegiados, a los que no se podía someter con el criterio de la mayoría. La situación cambia radicalmente con el RDL 11/2014, siguiendo una línea similar a la que, en el plano concursal, se fija en la DA 4ª LC tras la reforma de la ley por el RDL 4/2014. En consecuencia, a raíz de esta reforma, los acreedores privilegiados podrán quedar sometidos a las previsiones del convenio en el caso de que un determinado porcentaje de ellos apoye su contenido. Conviene aclarar, en todo caso, tres aspectos relevantes en este particular.

- El sometimiento a las previsiones del convenio depende de su aprobación por una mayoría que no incluye a los acreedores ordinarios, de manera que, en la práctica, viene a establecerse un sistema de aprobación por clases de acreedores, a los efectos del funcionamiento del principio mayoritario característico del convenio.

- A su vez, dentro de los acreedores privilegiados, el legislador ha realizado una subclasificación en cuatro tipos (art. 94.2 LC): laborales, públicos, financieros y el resto de acreedores con privilegio. La razón es que la extensión de los efectos y el cálculo de las mayorías necesarias no se hace sobre la base de la totalidad del pasivo privilegiado, sino atendiendo a esta subclasificación. Según el legislador, este sistema permite agrupar los acreedores con características propias, algo que, además, impide concertaciones entre los acreedores privilegiados de una clase para perjudicar a los de otra. De esta manera, por ejemplo, todos los acreedores privilegiados financieros habrán de someterse al contenido del convenio si un determinado porcentaje de ellos (en el que no se cuentan los otros privilegiados ni los ordinarios) aprueba su contenido.

- El sistema de mayorías diferencia entre los distintos tipos de contenido, de manera que requiere, en general, el apoyo del 60% de cada clase de privilegiado (calculado sobre la base del valor de la garantía, no del crédito completo, en los términos que se ha indicado), debiendo llegar al 75% para los contenidos más gravosos (quitas superiores al 50%, esperas entre 5 y 10 años, conversión de los créditos en participativos hasta 10 años o el resto de las medidas contempladas en el art. 100 LC).

En materia de convenio, por la especial relevancia del supuesto de hecho, es necesario anotar la existencia de una regla específica que se introduce, a través de una nueva Disposición Adicional (la DA 2ter LC), para las empresas concesionarias de obras y servicios públicos o contratistas de las administraciones públicas. En tales supuestos, sin perjuicio de la aplicación de la normativa especial correspondiente (contratos con el sector público), se establece la acumulación de los procesos iniciados cuando se formule una propuesta de convenio que afecten a todos ellos. Se trata de una previsión de indiscutible trascendencia en algunos concursos ahora en tramitación (señaladamente, el de las concesionarias de autopistas de peaje). En su virtud, será posible una solución global, con el efecto asociado de que el cálculo de las mayorías tendrá como base el pasivo total de todos los procedimientos. Esta consecuencia permitiría desbloquear situaciones en las que el convenio no es posible por no obtener el apoyo de un porcentaje menor de acreedores, en el conjunto de los concursos afectados, pero que representan un importe relevante en uno de ellos, comprometiendo quizás la solución completa.

Entre las novedades introducidas, por fin, cabe indicar una ampliación en los sujetos con derecho a voto en el convenio. A partir del RDL 11/2014 quienes hubieran adquirido créditos tras la declaración de concurso gozarán de derecho de voto. Se favorece así, en palabras de la Exposición de Motivos, *"la existencia de un mercado de […] créditos que[…] permita [a los acreedores] obtener liquidez, en una situación de concurso de su deudor"*. El temor tradicional a las maniobras de colusión entre el deudor y los adquirentes de los créditos, que explicaba la prohibición precedente, se cree salvada por los cambios introducidos en el catálogo de personas especialmente relacionadas con el deudor, que se amplía de forma notable (véase el nuevo art. 93 LC).

3. Novedades en materia de liquidación

Los cambios en materia de liquidación, a diferencia de lo que sucede con los relativos al convenio, no pueden explicarse como resultado del RDL 4/2014, que se ocupaba de las soluciones convenidas (antes de la declaración de concurso). Sí se enmarcan, al menos en el planteamiento del legislador, dentro de esa línea de reforma tendente a facilitar *"la continuación de la actividad empresarial […] en beneficio de la propia empresa [y] de sus empleados y acreedores y de la economía en general"*. Aunque la declaración parezca un tanto contradictoria, pues la liquidación parece apuntar a la desaparición definitiva de la actividad, lo cierto es que no lo es, dado que, en sede de liquidación, es posible asegurar el mantenimiento si puede transmitirse la empresa, o su mayor parte, en bloque, garantizando con ello que el comprador siga con la actividad desarrollada antes. Los cambios introducidos en la Ley Concursal con el RDL 11/2014 están nítidamente vinculados a ese planteamiento, proyectándose, sobre todo, sobre el engarce en la liquidación de la venta en bloque de la empresa o de unidades productivas. La línea general de la reforma busca, precisamente, eliminar ciertos inconvenientes que dificultan, en la práctica, ese resultado. Sin perjuicio de la necesidad de remitir el detalle a las modificaciones concretas, puede observarse ese objetivo de la reforma en las siguientes modificaciones.

En primer lugar, se introduce un importante art. 146bis en la Ley Concursal, cuya finalidad es, precisamente, allanar la venta en bloque de empresas o unidades productivas en la fase de liquidación (que, recuérdese, ahora puede desarrollarse sin necesidad de finalizar la fase común). Ese precepto resuelve dos situaciones que han generados muchos problemas en estos casos.

Una de ellas es la relativa a la subrogación del adquirente en las relaciones jurídicas del deudor, tras la adquisición. En no pocas ocasiones, el mantenimiento de la actividad se veía en peligro, tras la venta en bloque, por la negativa de las contrapartes de los contratos a aceptar la novación subjetiva. La aplicación de los principios básicos del derecho privado conducía a reclama la necesidad de ese consentimiento, que solo excepcionalmente y con mucha dificultad había sido solventado por los tribunales (el caso más paradigmático es el del concurso de Blanco, v. el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid, de 20 de diciembre de 2013, comentado por Eliseo Sierra Noguero en el número 21 de la *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*). El legislador ha optado por dar una solución definitiva, disponiendo que, en los casos de transmisión de unidades productivas, se ceden al adquirente los derechos y obligaciones en los contratos y licencias afectas a la actividad de los que fuera parte o titular el deudor, salvo que se hubiera solicitado su resolución. Y ello sin necesidad de consentimiento de la contraparte. La segunda se refiere al problema de si la transmisión de las unidades productivas supone la adquisición, por el comprador, del compromiso de pago de los créditos no satisfechos por el deudor antes de la declaración de concurso. La reforma aclara que no es así, salvo que sean expresamente asumidos por el adquirente. De este modo, y salvo que el adquirente fuera una persona especialmente relacionada con el deudor, la transmisión de la unidad productiva se hace libre de las obligaciones no asumidas por el comprador, que se satisfarán, en su caso, en el concurso a cuyo activo ingresará el precio satisfecho por el comprador.

En segundo lugar, hay un régimen especial relativo a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial que resulta de enorme interés. Téngase en cuenta que el especial tratamiento de estos acreedores puede afectar mucho a la solución liquidatoria a través de la venta de las unidades productivas correspondientes. Por ejemplo, si un determinado bien está incluido en la unidad y el acreedor no acepta que el adquirente asuma el compromiso de pago, puede bloquear la continuidad de la actividad haciendo uso de su derecho a la ejecución separada (cuando aún lo tuviera). Pues bien, el art. 149 LC se reforma para evitar esos problemas, en el sentido siguiente.

- Si el bien, incluido en un establecimiento o unidad productiva enajenado en bloque, se transmite al adquirente sin subsistencia de la garantía, de modo que la cantidad destinada a la satisfacción del acreedor privilegiado no cubre la totalidad del crédito (la norma habla "del valor de la garantía", ha de entenderse que por efecto del régimen especial de valoración de los privilegios según el nuevo art. 94.5 LC), la conformidad del 75% del pasivo de la misma clase afectados por la transmisión vincula a la totalidad de los acreedores privilegiados. Esto es, si he entendido bien el sentido, si el 75% de los acreedores con privilegio especial aceptan la transmisión sin que el precio (la parte proporcional, en atención al valor de lo que estaba sujeto a garantía) cubra la totalidad del crédito, el 25% de los restantes de esa misma clase (laborales, financieros, públicos, otros, recuérdese), debe aceptar esa solución. Se evita, así, que la actitud individual de un acreedor con privilegio especial pueda dar al traste con una enajenación que permita la continuidad de la actividad.

- Si el bien sobre el que recae la garantía, incluido en un establecimiento o unidad productiva enajenado en bloque, se transmite al adquirente con subsistencia de la garantía, no es necesario el consentimiento del acreedor privilegiado, que se sustituye por una regla que obliga al juez a velar porque el adquirente tenga la solvencia y los medios necesarios para asumir la obligación transmitida.

Hay más cambios interesantes en materia de liquidación; por ejemplo, la exigencia de que en la enajenación mediante subasta se deba incluir en la oferta una partida relativa a los gastos realizados por la empresa para conservar el funcionamiento hasta la adjudicación definitiva, v. art. 149.1, regla 4ª LC; o las previsiones referidas a la cesión de bienes o derechos en pago o para pago de los créditos, art. 148.5 LC. Sin embargo, por su mayor

detalle, conviene remitir al lector al texto concreto.

4. Conclusiones

La reforma de la Ley Concursal por medio del RDL 11/2014 profundiza en las líneas abiertas a la búsqueda de una mayor eficacia del procedimiento para asegurar el mantenimiento de las empresas. En primer lugar, traslada al plano del convenio las medidas que, fijadas para los acuerdos de refinanciación con el RDL 4/2014, permiten extender la eficacia subjetiva de los acuerdos (convenios, en este caso), permitiendo que incluso los acreedores privilegiados queden sometidos a ellos. Además, se produce una importante reordenación en esta categoría, no solo por la subdivisión en distintas clases, sino también por las nuevas reglas de cálculo del valor de los créditos.

Además, la búsqueda de una mayor eficacia del concurso como procedimiento que permita el mantenimiento de la actividad de las empresas, también se proyecta en materia de liquidación. La reforma busca, en esencia, eliminar ciertas trabas observadas en la práctica a las soluciones liquidatorias que se concretan en la transmisión en bloque de la empresa o sus unidades productivas. Así, se favorece la continuidad disponiendo la subrogación obligatoria del adquirente en los contratos, si así lo desea, o aclarando que, salvo que se acepte otra cosa, el adquirente no tiene obligación de pagar los créditos anteriores a la declaración del concurso. La misma finalidad tiene el tratamiento especial de los acreedores con privilegio especial, a los que se permite imponer la decisión de la mayoría de los de su misma clase, en caso de venta de la empresa o sus unidades productivas.
Por último, ha de destacarse que la reforma incluye normas que alcanzan también a otros ámbitos del concurso, normalmente como consecuencia necesaria, o recomendable, de los cambios introducidos en sede de convenio o liquidación. Así sucede en cuestiones tan sensibles como la clasificación de los acreedores o el catálogo de personas especialmente relacionadas con el deudor, la ausencia del derecho de voto de quienes adquirieron créditos concursales tras la apertura del procedimiento.

2.- Voces y temas prácticos

CoCo's: Obligaciones convertibles contingentes o necesariamente convertibles. Marta González Araña

Los CoCos son una modalidad de obligación convertible en la que el cumplimiento de determinados hitos, generalmente de carácter financiero, se configuran como condición para la conversión, que, además, es de carácter obligatorio para los obligacionistas.

Resultan muy atractivas para las entidades de crédito desde la entrada en vigor del Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, aprobado para implementar las exigencias de Basilea III. Debido a su carácter híbrido, las autoridades de supervisión bancaria consideran a los CoCo's como fondos propios de las entidades (capital de nivel 1), circunstancia que permite que sus ratios de capital se mantengan dentro de los parámetros deseados (y exigidos).

En las emisiones de CoCo's por parte de entidades de crédito. la condición habitual que da lugar a la conversión obligatoria de las obligaciones en capital es el descenso por debajo de un nivel determinado de los fondos propios de la entidad de crédito emisora.

Tal ha sido el volumen de emisiones de CoCo's desde la entrada en vigor del referido Reglamento, que recientemente el ESMA (*European Securities and Markets Authority*) ha publicado una declaración advirtiendo sobre la importancia de una correcta información a los inversores en los cada vez más frecuentes procesos de emisión de CoCo's. El ESMA advierte que su naturaleza híbrida dificulta la evaluación del precio/rentabilidad/riesgo de dichos instrumentos, por lo que solicita que se refuerce la información que debe hacerse pública de cara a proteger al inversor que suscribe este tipo de productos.

---

3. Derecho Societario

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

Renuncia de administrador único de sociedad de responsabilidad limitada notificada a la sociedad por medio de conducto notarial, sin que resulte la previa convocatoria de la junta para proveer vacantes (RDGRN de 5 de junio de 2014). Andrés Álvarez-Sala

En la resolución de fecha 5 de junio de 2014, la DGRN resuelve el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el Registrador Mercantil y de Bienes Muebles I de Pontevedra, por medio de la cual rechaza la inscripción de una escritura pública de renuncia de administrador único de una sociedad de responsabilidad limitada.

En este caso, el administrador único de la sociedad renunció a su cargo en escritura pública ante notario, siendo notificada su renuncia en el domicilio social de la sociedad por conducto notarial. El Registrador Mercantil denegó la inscripción de la renuncia del administrador único por considerar que existía una obligación por parte del administrador de convocar Junta, para poder así nombrar un nuevo órgano de administración, al ser este el administrador único de la sociedad, todo ello basándose en los artículos 166 y 171 de la Ley de Sociedades de Capital. De este modo, se pretendía evitar que la sociedad quedara en una posición complicada para una correcta administración.

Frente al defecto apreciado por el Registrador Mercantil de Pontevedra, el recurrente invocó dos argumentos. En primer lugar, que la calificación registral atentaba contra el artículo 147 del Reglamento del Registro Mercantil, pues de la lectura de este precepto se desprende la imposibilidad de limitar de modo alguno la libertad de los administradores para renunciar a su cargo. En segundo lugar, que no hay norma alguna que imponga la obligatoriedad de convocar Junta.

Además, el recurrente alegaba que el artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital, permite a cualquier socio solicitar del juez de lo mercantil del domicilio social la convocatoria de la junta general para el nombramiento de los administradores en caso de cese del administrador único.
Frente a las alegaciones interpuestas por el recurrente, la DGRN desestima el recurso interpuesto y confirma la nota de calificación emitida por el Registrador correspondiente, siguiendo la tesis ya manifestada en resoluciones anteriores (RDGRN de 18 de julio de 2005 y de 3 de enero de 2011).

La RDGRN comentada reitera así, una vez más, que cuando la renuncia del administrador único la sociedad deja a ésta en situación de no poder ser debidamente administrada, sin que haya la posibilidad de que otro administrador con cargo vigente lleve a cabo la oportuna convocatoria, no es posible inscribir la renuncia sin que antes se convoque la Junta correspondiente.

A juicio de la DGRN, esta doctrina no obvia la posibilidad de lo establecido por el anteriormente mencionado artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital. Sin embargo, dado que este procedimiento puede dilatarse en el tiempo, sostener lo contrario podría suponer un perjuicio para los intereses sociales de la sociedad. Este perjuicio es el que justifica, según la DGRN, la necesidad de que el administrador, en el ejercicio de los deberes que asumió en su día, convoque a la Junta para que provea un nuevo administrador, evitando así la paralización de la vida social de la sociedad, con los consiguientes riesgos que esto conllevaría.

Por lo que se refiere al alegado artículo 147 del Reglamento, la DGRN considera que este precepto se debe interpretar en función de la regulación que la Ley establece sobre el ejercicio del cargo de administrador y de los deberes que como tales les corresponden.

---

4. Derecho bancario y de los mercados financieros

TEMAS ACTUALES

A) MERCADOS FINANCIEROS

Proyecto de Ley por el que se regulan las entidades de capital-riesgo y las entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por el que se modifica la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva. Por Jacobo Otero

Por una parte, mediante la creación de fórmulas más flexibles de financiación, la norma busca alternativas a la financiación bancaria evitando la excesiva dependencia de las empresas con respecto a este tipo de financiación, particularmente en sus primeras etapas de desarrollo y expansión.

Con este propósito, se crea una nueva figura para la financiación directa a las pequeñas y medianas empresas (PYMES), la entidad de capital-riesgo PYME (ECR-PYME), que permitirá la creación de fondos de deuda dirigidos a la financiación de PYMES. Las ECR-PYMES se beneficiarán de un régimen financiero más flexible y deberán invertir, al menos, un 70 por 100 de su patrimonio en PYMES, pudiendo utilizar tanto de instrumentos de capital como préstamos participativos y deuda, para facilitar la financiación a las PYMES.

Por otra parte, se traspone la directiva de gestores de fondos de inversión alternativa que fija el marco armonizado de condiciones de autorización, comercialización, conducta y organización de las gestoras de estos fondos (que se corresponden con las entidades de capital-riesgo, las entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las instituciones de inversión colectiva no armonizadas, como son las instituciones de inversión colectiva de inversión

libre o las inmobiliarias de inversión a nivel europeo), estableciendo un nuevo régimen de comercialización y gestión trasfronteriza de este tipo de fondos, que implicará un sistema de autorización con pasaporte europeo.

Asimismo se agilizan y reducen las cargas administrativas en el régimen de entidades de capital-riesgo y de inversión colectiva de tipo cerrado, de forma que ya no necesitarán autorización por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores sino que únicamente será necesario que sus sociedades gestoras se registren en dicha Comisión (se dispensa de ciertas cargas para el caso de las sociedades gestoras que no comercialicen a minoristas y no superen un cierto umbral de volumen de activos gestionados).

Finalmente, se modifica la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones para cumplir con la trasposición de la directiva. Esta reforma permitirá que los gestores de fondos de inversión alternativa gestionen las inversiones de los fondos de pensiones, sin perjuicio de que en el actual proyecto de modificación del Reglamento de planes y fondos de pensiones se incluya la referencia expresa a los gestores de fondos de inversión alternativa.

Circular 3/2014 BDE, de 30 de julio, por la que se establecen medidas para fomentar la independencia de la actividad de tasación y se ejercitan opciones regulatorias en relación con la deducción de activos intangibles. (BOE 31 de julio). PDF Carmen Crespo

El pasado 31 de julio se publicó en el BOE la Circular 3/2014 del Banco de España (la **"Circular"**), en un afán del legislador de seguir fomentando la independencia de las sociedades de tasación, iniciativa comenzada en 2007 por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de reforma del mercado hipotecario y reforzada por la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

- **Ley 41/2007**: estableció la obligación de que aquellas sociedades de tasación que tuvieran fuertes relaciones de negocio con entidades de crédito, o accionariales con intereses en el ámbito de la promoción o comercialización inmobiliaria, dispusieran de mecanismos para asegurar su independencia profesional y prevenir conflictos de interés.
- **Ley 1/2013**: prohibió la tenencia por parte de las entidades de crédito de participaciones significativas en sociedades de tasación, endureciendo los requerimientos de los mecanismos favorecedores de la independencia de las sociedades de tasación.

Así las cosas, si bien el contenido de las modificaciones introducidas por la Circular en el resto de circulares y normas es diverso, puede afirmarse que el objetivo último de todas ellas lo constituiría la mejora de la calidad de las tasaciones realizadas por las referidas sociedades de tasación, de especial relevancia en el mercado hipotecario. En la misma línea que las dos leyes antedichas, la Circular trata de remover los obstáculos que puedan dificultar una adecuada valoración de los bienes inmuebles sobre los que recae la garantía de los préstamos y créditos hipotecarios concedidos por las entidades de crédito, mediante el desarrollo de los mecanismos de independencia ya existentes así como mediante el establecimiento de reglas adicionales para fomentar tal independencia.

Por otra parte, la Circular añade mejoras técnicas relacionadas con la información que han de rendir al Banco de España las sociedades y servicios de tasación homologados, y aunque no constituye su objeto principal, modifica otra de las circulares al objeto de referenciar adecuadamente las normas sobre el cálculo de la TAE a la Circular 5/2012.

Se resumen a continuación las principales modificaciones introducidas por la Circular:

Modificación Circular 7/2010 de 30 de noviembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre desarrollo de determinados aspectos del mercado hipotecario.

- Amplía su ámbito de aplicación a las sociedades y servicios de tasación homologados.
- Introduce una nueva norma de carácter preventivo, en virtud de la cual los servicios de tasación de las entidades de crédito y las sociedades de tasación cuyos ingresos totales deriven al menos en un 10% de su relación de negocio con una entidad de crédito o con el conjunto de entidades de crédito de un mismo grupo, deben informar al Banco de España de los mecanismos de independencia que hayan establecido e incluir los mismos en su reglamento interno de conducta.
- Introduce una nueva norma, según la cual los servicios de tasación de las entidades de crédito y las sociedades de tasación citadas en el punto precedente deberán redactar un reglamento interno de conducta - su contenido mínimo se resume en la propia Circular - para favorecer la independencia de la actividad de tasación y evitar conflictos de interés.
- Crea una nueva norma para regular el contenido mínimo del informe anual sobre el cumplimiento de los requisitos de independencia y de su reglamento interno de conducta que debe realizar la comisión técnica de las entidades de crédito que hayan emitido y tengan en circulación títulos hipotecarios y cuenten con

servicios propios de tasación.

Incluye en la *"Circular 3/1998, de 27 de enero, por la que se dictan normas a sociedades y servicios de tasación homologados sobre información a rendir al Banco de España"*, la obligación de las sociedades de tasación homologadas de remitir al Banco de España las cuentas anuales individuales o consolidadas dentro de los q días siguientes a la celebración de la Junta General que las apruebe, junto al certificado del acuerdo de aprobación y del informe de auditoría.

Modificación Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros:

- Modifica la norma que regula los aspectos específicos relativos al uso del valor razonable en activos materiales, intangibles y activos no corrientes en venta, estableciendo que el valor razonable de bienes inmuebles en España estimado por el consejo de administración de la entidad, cuando la tasación tenga por objeto servir de garantía hipotecaria de créditos o préstamos que formen parte de la cartera de cobertura de títulos hipotecarios emitidos por los promotores, constructores y sociedades de arrendamiento financiero, no podrá superar al valor hipotecario concluido por valoraciones efectuadas según la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras.

- Se incluye la obligación de las entidades de crédito de adjuntar junto con la memoria de las cuentas individuales un documento sobre prácticas para la concesión responsable de préstamos y créditos a los consumidores, así como la obligación de incluir protocolos de información adecuada sobre los riesgos que los préstamos en moneda extranjera pueden suponer para el prestatario.

Añade una nueva norma a la *"Circular 2/2014, de 31 de enero, del Banco de España, a las entidades de crédito, sobre el ejercicio de diversas opciones regulatorias contenidas en el Reglamento (UE) n.º 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 inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012"*, según la cual las entidades de crédito deberán deducir de los elementos de capital de nivel 1 ordinario los porcentajes establecidos en el apartado 1 de la norma decimocuarta referidos a los importes de los activos intangibles según la definición que a estos le da 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 inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 648/2012.

B) MERCADO DE VALORES

La clasificación de los productos financieros por riesgo y complejidad como herramienta de reforzamiento de la protección al inversor. Lucía Rodríguez

La reciente crisis económica ha puesto de manifiesto que las obligaciones de información que se imponían a las entidades financieras en relación con la comercialización de sus productos financieros no eran del todo suficientes para la protección del inversor que contrataba esos productos.

Es cierto que determinados productos financieros se configuraron inicialmente para ser adquiridos por inversores profesionales que, con acceso a determinada información fuera del alcance del consumidor o inversor medio, les permitía decidir si la contratación de ese determinado producto era adecuado para sus necesidades o no, quienes , en general, eran conscientes de los riesgos que entrañaba la contratación de este tipo de productos.
No obstante, la dificultad de las entidades financieras para encontrar vías de financiación a través de los medios tradicionales (financiación recurriendo a los mercados de capitales), la sofisticación de los instrumentos financieros y la demanda de los clientes de mayores rentabilidades que las que percibían por sus depósitos, provocó la contratación masiva de productos que inicialmente no estaban concebidos para este tipo de perfiles, sino para aquellos más experimentados.

- Esta situación ha llevado al supervisor a revisar el cumplimiento de los principios de transparencia informativa de los instrumentos financieros y a imponer la obligación de proporcionar una información más clara, imparcial y no engañosa a los clientes a la hora de prestar servicios de inversión. Esta obligación de información y asesoramiento de acuerdo con el perfil de riesgo de cada uno de los productos financieros se encuentra en la actualidad regulada en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (MiFId), que protege a de los inversores mediante la integración de normas de conducta para la prestación de servicios a clientes, normas mínimas relativas al mandato y a los poderes que debe otorgarse a las autoridades nacionales competentes, modificada recientemente por la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014 (MiFid2).En la misma línea, se modificó el apartado 3 del artículo 79 bis de la LMV mediante la ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, que facultaba a la CNMV para requerir a las entidades que, en la información que se entregue a los inversores con carácter

previo a la adquisición de un producto, se incluyesen cuantas advertencias considere necesarias relativas al instrumento financiero y, en particular, las que destaquen que se trata de un instrumento financiero no adecuado para inversores no profesionales.

En ejercicio de dicha habilitación, y a la espera de la adaptación a la nueva directiva europea, la CNMV ha decidido impulsar el establecimiento de una serie de medidas tendentes a reforzar la protección al inversor. Este documento fue sometido a consulta con las entidades financieras y asociaciones de consumidores construido sobre la base de una clasificación e identificación de los instrumentos financieros. Su objeto es la mejora de la información precontractual sobre instrumentos financieros mediante la inclusión de información sobre el grado de complejidad y el nivel de riesgos de estos en la documentación que reciba el inversor. El nivel de riesgo se representa gráficamente mediante una escala progresiva piramidal, identificando por colores del verde al rojo, los instrumentos financieros con menor riesgos de aquellos que presentan un riesgo más elevado. Por otra parte, las correspondiente advertencias en relación con la complejidad y riesgo de liquidez de cada uno de los productos financieros se acompañan de diferentes iconos: una exclamación, en la que se advierte que el producto es complejo y puede ser difícil de comprender o dos exclamaciones cuando el producto, además de complejo, se considera que no es adecuado para inversores no profesionales y un candado, que se refiere al grado de liquidez y disponibilidad de la inversión antes del vencimiento y si es posible registrar pérdidas en caso de venta anticipada. Junto a estas advertencias, debe constar la firma del cliente junto con un texto manuscrito que refuerce su consentimiento informado.

No obstante, puesto que el supervisor no puede prohibir a las entidades de crédito comercializar estos productos financieros, las anteriores medidas tendría un efecto de advertencia o disuasorio, para permitir a los inversores no profesionales disponer de información que puede ser muy relevante en relación con su decisión de invertir, de manera que el contratante del producto en cuestión pueda conocer bien todas las características del producto con mayor claridad y tomar la mejor decisión respecto de la contratación de un producto u otro.

A pesar de estos esfuerzos del regulador por evitar situaciones de malas prácticas en la comercialización de productos financieros de alto riesgo pasadas y de la reciente experiencia sufrida con la contratación de productos especialmente complejos y sofisticados para el inversor minorista, se está observando la vuelta de los inversores a la contratación de productos de mayor riesgo que ofrecen rentabilidades mayores a las de los productos tradicionales como los depósitos o los bonos y obligaciones del estado. Por ello, el papel de la CNMV es vital para asegurar que los inversores se encuentran suficientemente advertidos sobre las características de estos.

Nuevas reglas sobre comercialización de productos de inversión. Íñigo Hernáez

Proyecto de Circular por el que se modifican la Circular 1/2010, de 28 de julio, de la Comisión Nacional del Mercando de Valores, de información reservada de las entidades que prestan servicios de inversión y la Circular 7/2008, de 26 de noviembre, de la CNMV, sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las Empresas de Servicios de Inversión, Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva y Sociedades Gestoras de Entidades de Capital-Riesgo

El proyecto de circular por el que se modifican la Circular 1/2010, de 28 de julio, de la CNMV, de información reservada de las entidades que prestan servicios de inversión y la Circular 7/2008, de 26 de noviembre, de la CNMV, sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las Empresas de Servicios de Inversión, Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva y Sociedades Gestoras de Entidades de Capital-Riesgo (el **"Proyecto"**), cuya fase de audiencia pública finalizó el pasado 22 de septiembre, tiene como objeto intensificar la supervisión del cumplimiento de las normas de conducta por parte de las empresas de servicios de inversión y entidades de crédito y aumentar sus obligaciones de información.

La CNMV, haciéndose eco de la creciente sofisticación de los instrumentos financieros comercializados a la clientela minorista, pretende reforzar el control de la información reservada que están obligadas a remitir las Empresas de Servicios de Inversión, las Sociedades Gestoras de IIC y las Sociedades Gestoras de Entidades de Capital-Riesgo, modificando para ello las Circulares que tratan sobre este particular, es decir, las Circulares 1/2010 y 7/2008.

Por un lado, el Proyecto prevé la modificación de la frecuencia y el detalle de los estados de información reservada, regulados en la actualidad por la Circular 1/2010.

Así, el Proyecto prevé que se disponga de la información reservada con una mayor inmediatez y una mayor periodicidad. Mayor inmediatez, ya que se anticipa en un mes el plazo máximo de rendición de los estados anuales y mayor periodicidad, para lo que, en el caso de entidades con un elevado volumen de clientes minoristas o que comercialicen activamente instrumentos complejos, se añade al reporte anual vigente el reporte trimestral de los estados reservados relativos a la colocación, recepción, transmisión y ejecución de órdenes.

Adicionalmente, la norma primera del Proyecto también pretende modificar determinados modelos de estados

reservados, con un doble propósito. Por un lado, ampliar la información disponible respecto de las características de los instrumentos financieros comercializados a los clientes minoristas, de tal manera que éstos puedan evaluar mejor su complejidad. Por otro lado, homogeneizar la información que se venía recabando para mejorar su comparabilidad y facilitar su tratamiento.

Finalmente, el Proyecto tiene intención de modificar la Circular 1/2010, por último, para exigir a las sociedades y agencias de valores y a las sociedades gestoras de cartera la remisión de los estados sobre (i) datos societarios y personas de contacto, (ii) prestación del servicios de gestión discrecional de carteras, (iii) reclamaciones presentadas por los clientes ante los servicios de atención de las propias entidades y, para el caso de sociedades y agencias de valores, (iv) instrumentos custodiados de clientes.

Por otro lado, el Proyecto modificará la Circular 7/2008 en coherencia con las modificaciones planteadas a los estados reservados recogidos en la Circular 1/2010, con el fin de evitar duplicidades entre los estados reservados contemplados en una y otra disposición, suprimiendo para ellos los oportunos estados de la Circular 7/2008.

Reglamento de Ejecución (UE) Nº 964/2014, de la Comisión, de 11 de septiembre de 2014, por el que se establecen disposiciones de aplicación de Reglamento (UE) nº 1303/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las condiciones generales para los instrumentos financieros

EL 17 de diciembre de 2013 se aprobó el Reglamento (UE) Nº 1303/2013 del Parlamento europeo y del Consejo, por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), al Fondo Social Europeo (FSE), al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca (FEMP), y por el que se establecen disposiciones generales relativas al FEDER, al FSE, al Fondo de Cohesión y al FEMP, y se deroga el Reglamento (CE) nº 1083/2006 del Consejo (el **"Reglamento 1303/2013"**).

El Reglamento 1303/2013 establece disposiciones comunes para todos los fondos estructurales y de inversión europeos anteriormente citados (los "Fondos EIE") para mejorar la coordinación y armonizar la ejecución de los Fondos que ofrecen ayudas en el marco de la política de cohesión (FEDER, FSE y el Fondo de Cohesión) con la del Fondo para el desarrollo rural (FEADER), y la de los Fondos del Sector marítimo y de la Pesca (FEMP). No obstante, debido a las peculiaridades de cada uno de los Fondos EIE, deben establecerse en reglamentos distintos las normas específicas aplicables a cada Fondo EIE y al objetivo de cooperación territorial europea en el marco del FEDER.

Entre otras muchas disposiciones –consta de 154 artículos- el Reglamento 1303/2013 regula, en su título IV, los instrumentos financieros, permitiendo expresamente que los Fondos EIE puedan emplearse para apoyar instrumentos financieros dentro de uno o varios programas de inversiones, incluso cuando estén organizados a través de fondos de fondos, a fin de contribuir a la consecución de los objetivos específicos fijados. Los instrumentos financieros se ejecutarán para apoyar inversiones que sean financieramente viables y que no obtengan una financiación suficiente del mercado.
El artículo 38 del Reglamento 1303/2013 establece que las contribuciones de los Fondos EIE realizadas a instrumentos financieros creados a nivel nacional, regional, transnacional o transfronterizo, gestionados por la autoridad de gestión o bajo su responsabilidad, podrán materializarse en instrumentos financieros que cumplan las condiciones generales establecidas por la Comisión, que deberá adoptar al efecto los correspondientes actos de ejecución. Pues bien, la Comisión ha establecido las mencionadas condiciones generales mediante la aprobación de la disposición que ahora nos ocupa, es decir, el Reglamento de Ejecución (UE) Nº 964/2014, de la Comisión, de 11 de septiembre de 2014, por el que se establecen disposiciones de aplicación de Reglamento 1303/2013 en lo que respecta a las condiciones generales para los instrumentos financieros (el **"Reglamento de Ejecución"**). El Reglamento de Ejecución objeto de análisis, por tanto, nos es más que el acto de ejecución que ha llevado a cabo la Comisión en cumplimiento del mandato establecido en el artículo 38, apartado 3, párrafo segundo, del Reglamento 1303/2013.

Así, el Reglamento de Ejecución establece las normas sobre las condiciones generales aplicables a determinados instrumentos financieros, convirtiéndolos de este modo en instrumentos financieros aptos para su uso, por lo que también se les denomina "instrumentos financieros disponibles". En concreto, se establecen las normas sobre las condiciones generales para los siguientes instrumentos financieros:

- Un préstamo de cartera con riesgos compartidos
- Una garantía de cartera con un límite máximo, y
- Un préstamo para renovación

El préstamo con riesgos compartidos se articula como el instrumento adecuado para apoyar el crecimiento de las pymes es un entorno de financiación difícil, y que proporciona una contribución financiera a los organismos que ejecuten los instrumentos financieros (los **"Intermediarios Financieros")** y hace que compartan el riesgo crediticio, de manera que se ofrecerán más fondos a las pymes en condiciones preferenciales en términos de

reducción del tipo de interés y/o reducción de la garantía secundaria. El préstamo con riesgos compartidos adoptará la forma de un fondo de préstamos que será establecido por un Intermediario Financiero con una contribución del programa y una contribución de al menos el 25 % del fondo de préstamos procedente del intermediario financiero. El fondo de préstamos financiará una cartera de préstamos recientemente generados, con exclusión de la refinanciación de préstamos existentes. El préstamo con riesgos compartidos deberá cumplir con una serie de condiciones que se regulan con detalle en el anexo II del Reglamento de Ejecución.

La garantía de cartera con un límite máximo tiene la finalidad de ofrecer un incentivo a los Intermediarios Financieros para que incremente los préstamos a las pymes cubiertos por garantías financiadas por la Unión. La garantía de cartera con un límite máximo proporcionará una cobertura del riesgo crediticio por cada préstamo concreto, hasta una tasa de garantía de un máximo del 80 %, para la creación de una cartera de nuevos préstamos a las pequeñas y medianas empresas, hasta un importe máximo de pérdidas fijado por la tasa máxima de la garantía, que no superará el 25 % de la exposición al riesgo a nivel de la cartera. La garantía de cartera con un límite máximo deberá cumplir con una serie de condiciones que se detallan en el anexo III del Reglamento de Ejecución.

Por último, el préstamo para renovación se articula como el instrumento apropiado para incentivar el potencial ahorro energético derivado de la renovación de edificios de viviendas. El préstamo para renovación adoptará la forma de un fondo de préstamos que será establecido por un Intermediario Financiero con una contribución del programa y una contribución de al menos el 15 % del fondo de préstamos procedente del Intermediario Financiero. El fondo de préstamos financiará una cartera de préstamos recientemente concedidos, con exclusión de la refinanciación de préstamos existentes. Los destinatarios finales podrán ser personas físicas o jurídicas, o bien profesionales independientes, que sean propietarios de locales, así como gestores u otras entidades jurídicas que actúen en nombre y en beneficio de los propietarios, que apliquen medidas de eficiencia energética o de energías renovables que cumplan los requisitos establecidos en el Reglamento 1303/2013 y de apoyo al programa.

El préstamo para renovación deberá cumplir las condiciones que se establecen en el anexo IV del Reglamento de Ejecución.

---

5. Contratos Mercantiles

La cláusula *rebus sic stantibus* no puede dar tanto de sí. Mariano Yzquierdo Tolsada

No sé si con la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014 podremos decir que hay un antes y un después en la jurisprudencia sobre la cláusula *rebus sic stantibus*. Personalmente, no me parece que un contrato publicitario celebrado en agosto de 2006 y con una duración prevista de cuatro años pueda verse afectado por la doctrina de la cláusula r.s.s. en términos diferentes a los que la jurisprudencia del Tribunal Supremo había venido señalando en los últimos años.

Sin embargo, la Sentencia señala que en la actualidad se ha producido un cambio progresivo de la concepción tradicional de dicha figura, lo que determina que desde un marco de aplicación sumamente restrictivo o excepcional, ha de transitarse hacia una configuración que denomina "plenamente normalizada", con una progresiva objetivación de su fundamento técnico de aplicación que considera "claramente compatible con el sistema codificado", lo que significa ni más ni menos que tener en cuenta el orden público económico, la regla de "la conmutatividad del comercio jurídico como expresión de un equilibrio básico entre los bienes y servicios que son objeto de intercambio", y por último, hasta el propio principio de buena fe.

Trae a colación la Sentencia otras dos que dictó el Pleno de la Sala el 17 y el 18 de enero de 2013, que, en efecto, ya avanzaron que la regla r.s.s. no puede *"quedar descartada en todos los casos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de inmuebles. Antes bien, una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurran en cada caso concreto otros requisitos como aquellos a los que más adelante se hará referencia, una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspectivas prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla"*. Pero no debe perderse de vista que, en efecto, las dos Sentencias plenarias referidas –que rechazan en los dos casos la aplicación de la fórmula– trataban sobre sendos contratos de compraventa de inmuebles con financiación hipotecaria: contratos, en fin, de tracto único, que se resisten a que la cláusula r.s.s. se aplique con normalidad, pues esas mismas resoluciones entienden con buen criterio que se trata de una regla cuya aplicación es y debe ser absolutamente excepcional. Más aún: recuerdan que "por regla general se ha rechazado su aplicación a los casos de dificultades de financiación del deudor de una prestación dineraria" y que la crisis económica por sí sola no puede permitir al comprador desistir del contrato, *"pues en tal caso se produciría un manifiesto desequilibrio en contra del vendedor, se propiciarían los incumplimientos meramente oportunistas, favoreciendo a quien en verdad siguiera interesado en comprar pero por un precio inferior, y, en definitiva, se desvirtuaría el verdadero sentido de una determinada*

solución jurídica hasta el punto de convertirla en un incentivo para el incumplimiento".

Lo que me preocupa, por lo tanto, no es que el sentido de la Sentencia que analizo contenga un fallo diferente al de las Sentencias de 17 y 18 de enero de 2013, sino que el fallo sea también diferente al de otras Sentencias que sí trataban de contratos de tracto sucesivo y en las que al Tribunal Supremo no le tembló el pulso cuando decidió que tampoco cabía aplicar la regla r.s.s. Algo que me pareció bastante sensato en el caso de la Sentencia de 23 de abril de 2012, y tal vez no tanto en la de 27 de abril, dictada cuatro días después.

En la primera, se daba la circunstancia de que en un arrendamiento de minas celebrado en 1980 y prorrogado en 1998, el arrendador exigía el pago de los cánones mínimos pactados en el contrato, a lo que el arrendatario se oponía diciendo que el problema es que ya no había más carbón que extraer del yacimiento, cosa que, por cierto, no logró probar. Y a ello se añade (i) que él mismo había instado y logrado prorrogar el arrendamiento hasta el año 2020; (ii) que el riesgo de la menor rentabilidad del negocio se le había signado precisamente a él en el contrato; y (iii) que quedó probado que el arrendatario había logrado una subvención pública para compensar el abandono de la mina.

En la de 27 de abril de 2012, El Corte Inglés, superficiario de un terreno que había dado en arrendamiento en 1977 a la empresa que lo vino a explotar como aparcamiento, había previsto en el contrato que la extinción del derecho de superficie debía comportar la automática resolución del arrendamiento. Pero cuando sobrevino en 2002 un notabilísimo incremento del canon que pagaba el superficiario, éste no resolvió el derecho, aunque sí pretendía que se resolviera el arrendamiento, entendiendo que semejante elevación del canon lo que en realidad significaba era la resolución del derecho de superficie y la constitución de uno nuevo: *resoluto iure dantis, resolvitur ius concessum*. Y subsidiariamente, el actor solicitaba que, de no entender el juzgador que procedía la resolución del arrendamiento, sí al menos procedía la modificación del contrato, de modo que el arrendatario habría de soportar también un importante aumento de la renta. No prosperó la pretensión en primera instancia, aunque la Audiencia sí entendió que semejante cambio en los términos del derecho de superficie, producido veinticinco años después del arrendamiento, sí debía comportar la modificación del contrato.

Pero el Supremo, fiel a su doctrina más clásica, revocó la Sentencia de apelación y confirmó la del Juzgado: si, en previsión de la larga duración prevista, el arrendamiento contuvo inicialmente cláusulas de actualización de la renta, éstas eran las que debían aplicarse y era irrelevante si la misma se había pactado o no en función del canon superficiario, con lo que, subiera éste lo que subiera, no se daba en el caso un desequilibrio desproporcionado fundado en circunstancias imprevisibles que permitiera al superficiario arrendador elevar la renta arrendaticia proporcionalmente a la subida que por disfrutar del derecho de superficie él tenía que soportar.

Cuando leí la Sentencia de 27 de abril de 2012, me pareció llamativa, si bien preferí pensar que en el caso debió pesar decisivamente el hecho de que El Corte Inglés había negociado la modificación del derecho de superficie sin que su arrendatario del parking tuviera arte ni parte. Pero lo que parecía una rigidez extrema a la hora de volver a presentar la cláusula r.s.s. como figura excepcional y peligrosa, ahora contrasta con la doctrina sentada por la Sentencia de 30 de junio de 2014. En el caso, la Empresa Municipal de Transportes de Valencia cedía a Promedios los espacios publicitarios de sus autobuses. El contrato se celebró en 2006, y, desde luego, puede que aún no se conocieran plenamente en aquel año las consecuencias de la que se avecinaba, pero se me antoja poco verosímil que un miembro destacado en la ciudad de Valencia de un mercado tan voluble como es el de la publicidad, no fuera capaz de prever que eso que se avecinaba pudiera incluir la tesitura de que hubiera una caída de los anunciantes en volumen suficientemente notable como para poner difícil la tarea de hacer frente a los precios pactados con la EMT.

Hay que suponer que los restantes empresarios de publicidad que compitieron en el concurso para la adjudicación del contrato fueron más previsores, y que si hicieron ofertas más bajas y sensatas, ahora se habrán irritado bastante cuando el competidor que resultó adjudicatario ha encontrado éxito en su pretensión de que los jueces le modificaran a la baja el precio previsto en el contrato, merced a esta generosa aplicación de la cláusula r.s.s. y a tan "equitativo" entendimiento de la alteración de las circunstancias, del sinalagma y la conmutatividad, del riesgo normal del contrato y de la doctrina de la base del negocio.

A mi entender, la doctrina de la cláusula r.s.s, tal y como se había entendido hasta hace poco, no dejaba de estar "plenamente normalizada" ni dejaba de ser "claramente compatible con el sistema codificado". Pero la Sentencia de 30 de junio de 2014 prefiere pensar que lo de "plenamente normalizado" en realidad invita a que la regla se pueda aplicar sin que se halle necesariamente presidida por sus clásica nota de excepcionalidad. Que ya ha dejado de ser, en fin, una regla peligrosa y de admisión necesariamente cautelosa, y que la "alteración extraordinaria", la "desproporción desorbitante" y las circunstancias "radicalmente imprevisibles" son cosas que se deben apreciar, si se me permite la expresión, con *manga ancha*. O si se prefiere, lo de "plenamente normalizado" significa que el intérprete debe comenzar a desperezarse, pues la resolución o la modificación de un contrato por alteración extraordinaria de las circunstancias ya no es un instituto que forme parte, como hasta ahora, de la patología del Derecho de contratos, sino de su fisiología.

Y ahí está el peligro.

¿Por fin "jurisprudencia" segura del Tribunal Supremo sobre los deberes de información del Banco en la comercialización de SWAPS? Andrés Recalde

En los últimos tiempos demasiadas veces se ha pronunciado el Tribunal Supremo sobre la comercialización de los SWAPS de tipos de interés. La cantidad de sentencias dictadas probablemente se deba a la litigiosidad de la figura derivada, quizá, de un uso excesivamente extendido de este producto financiero. Los SWAPs son un medio de cobertura del riesgo de variación de los tipos de interés, que en la mayor parte de las ocasiones parece que servía menos a cubrir a los clientes, que a los propios bancos. Pero sobre todo las sentencias del Tribunal Supremo son "demasiadas", porque en sus pronunciamientos se aprecia falta de uniformidad, cuando no posiciones contradictorias. En dos sentencias originarias el TS negó la existencia de cualquier vicio invalidante del consentimiento por parte de un cliente que había adquirido este tipo de productos (STS 21.11.2012, 29.10.2013). Pero en ellas el enfoque asumido era parcial, porque no se trataba de aquello que en todos los países había centrado el debate: el contenido y cuantía de la información que los bancos deben facilitar al cliente en cumplimiento de sus obligaciones contractuales y legales, y las consecuencias de una infracción del deber de informar.

Una fundamentada sentencia de la sala primera (Ponente Ignacio Sancho) afrontó la cuestión y determinó el alcance del deber de informar, así como los efectos de su incumplimiento o de la falta de un test de idoneidad del cliente para conocer del producto (STS nº 840/2013 de 24.1.2014). Esta sentencia fue firmada por el pleno de la sala de lo civil del Tribunal Supremo, por lo que se le podría imputar la pretensión de unificar la doctrina jurisprudencial En ella se imponía un fuerte deber de informar y, reconociendo que no existe una relación ineludible entre falta de información y error, se estableció que quien no cumple con el citado deber debería presumirse que genera error en la contraparte. En su día comentamos en este Boletín esta sentencia, pero también las dudas que suscitó que tres semanas después, el Tribunal Supremo volviera a generar incertidumbre con otra sentencia que insistía en no atender al cumplimiento de los deberes de información, analizando, exclusivamente si concurría en el caso el vicio contractual suficiente para invalidar una voluntad válida y eficaz (STS 17.2.2014, que incluía alguna afirmación más cuestionable, como la de que el régimen convencional de cancelación del SWAP no es un "elemento esencial" del contrato).

El 7 de julio de 2014 el Tribunal Supremo dictó dos nuevas sentencias (384/2014 y 385/2014, ambas con el mismo ponente: Marín Castán), que vuelven sobre el asunto, aunque esta vez de manera ya coincidente con la sentencia de 24 de enero de este año (STS nº 840/2013). Y es lógico que, por fin, así sea, ya que la sentencia de enero fue del pleno de la sala de lo civil y tenía un claro objetivo de uniformización de la doctrina del alto tribunal que, sin embargo, volvió a quebrar la de tres semanas después en febrero. Finalmente, el TS muestra una posición ya cierta y clara sobre la materia.

En una de las sentencias la entidad bancaria presentó el recurso de casación con el objetivo de que *"la petición de fijación de doctrina se concreta en los siguientes puntos: (i) delimitación material del servicio de inversión consistente en el asesoramiento financiero por las* ***entidades*** *financieras a sus clientes, frente a los supuestos de mera información sobre instrumentos financieros; (ii) delimitación de los supuestos de realización del test de conveniencia y del test de idoneidad; (iii) la ausencia de exigencia legal de formalidades para la realización y constancia del test de conveniencia". El motivo casacional se fijó en la infracción legal del artículo 79 bis 6 y 7 Ley del Mercado de Valores y de los artículos 72 y 74 RD 217/2008, de 15 de febrero y del artículo 428 Ley de Enjuiciamiento Civil. "En la otra el objeto del recurso era que se declarará: "i) la no obligatoriedad de entrega de información precontractual sobre las previsiones de evolución de la variable financiera …; ii) la imposibilidad de existencia de vicio de consentimiento derivado de la falta de entrega de dicha información precontractual; y iii) la ausencia de una sanción de nulidad contractual como consecuencia de una falta de información precontractual en la contratación de instrumentos financieros."* Los motivos de casación se referían a la ausencia de sanción civil alguna por la infracción del art. 79.bis.2 LMV y 60 del RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre condiciones que debe reunir la información a clientes; así como, por otro lado, la inadecuación causal de la infracción del deber de informar sobre el producto para determinar la invalidez de la declaración de voluntad del cliente.

En la línea de la sentencia del pleno dictada el 24 de enero, el TS reitera la importancia del deber de informar en situaciones en las que existe un desequilibrio en el conocimientos de datos que afectan a la dinámica del contrato. Nadie puede conocer con exactitud el desarrollo futuro; pero el Banco dispone de más datos que la contraparte y no puede utilizarlos para obtener una mejor posición en la relación contractual. En estas situaciones, la falta de comunicación por parte de la entidad que disfruta de esa información supone una infracción de sus deberes contractuales y legales, que puede conducir a que la contraparte no emita una declaración de voluntad válida, sino trufada de un vicio de error, en el que se puede sustentar la nulidad del contrato.

La idea que preside la posición del Tribunal Supremo se resume bien en la siguiente afirmación: *"..el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 CC , y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea*

imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3; art. 64 RD 217/2008).”

En todo caso, el incumplimiento se da si la entidad financiera no practicó ni el test de idoneidad, ni tampoco realizó un test de conveniencia, que es necesario si interviene como simple ejecutante de órdenes del cliente que actúa con una voluntad previamente formada. Y esto es así, porque la oferta de un cualquier producto financiero (también un SWAP de tipos de interés) constituye, sin duda, un servicio de asesoramiento en materia de inversión del artículo 4.4 de la Directiva MiFID (STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. C-604/2011) y no una mera recomendación y, cuando hay asesoramiento, ineludiblemente deben cumplirse con la realización del test de idoneidad. Las sentencias son, a este respecto, muy útiles porque definen correctamente el sentido y el fin de ambos tests, así como los efectos derivados de la infracción del deber de practicarlos.

Desde el punto de vista de los efectos de la infracción del deber de informar, se recuerdan las dos últimas conclusiones del razonamiento que desgranó bien la STS 24.1.2014 en relación con el deber de informar: **4.** *El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente. 5. En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap cuanto si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar,* ***permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento;*** *por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.”*

Se puede decir más veces, pero no más claro. Ya no debería ser posible discutir sobre cuál es la doctrina del Tribunal Supremo en relación con esta cuestión. Es de esperar que los bancos recuerden a sus empleados que deben ser conscientes de que si entre sus clientes comercializan de cierta complejidad financiera, el deber de informar es particularmente intenso y no pueden obrar en función de su único y particular interés.

Aval a primer requerimiento: características y diferencias con las garantías clásicas (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2014). Irene Miró

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2014 analiza la naturaleza y características de los avales a primer requerimiento o a primera demanda, como contratos distintos a las garantías personales clásicas construidas en torno a la fianza.

En el supuesto de hecho objeto de análisis, la parte compradora de un contrato de compraventa interpuso una demanda contra la parte vendedora, por medio de la cual reclamó, con base en las perturbaciones sufridas en el dominio de los bienes adquiridos, que se dictara sentencia por la que (i) se declarase su derecho a suspender el pago de la parte del precio de la compraventa que había quedado aplazado y (ii) se condenase a la entidad bancaria que había emitido el aval a primer requerimiento que garantizaba el pago del precio aplazado a suspender el pago de dicho aval.

Conviene apuntar que el aval a primer requerimiento en cuestión había sido transmitido por el comprador avalado, junto con el crédito derivado del precio aplazado, a un tercero, al que pasó a corresponder, en consecuencia, la condición de beneficiario de dicho aval, y que éste disponía lo siguiente:

“Este aval, que tiene carácter solidario y por ello sin beneficio de excusión y división, será efectivo al beneficiario, hasta la cantidad máxima avalada, al primer requerimiento del mismo, sin que este deba justificar el incumplimiento ni la negativa al pago.”

El juzgado de primera instancia, mediante sentencia de fecha 5 de julio de 2011, posteriormente confirmada por la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra el día 6 de marzo de 2012, estimó la demanda presentada por el comprador avalado.

La sentencia de la Audiencia Provincial, aun reconociendo que el aval emitido por la entidad bancaria constituía una garantía a primer requerimiento, confirmó en todos sus extremos la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, con base en la siguiente argumentación:

“En las garantías a primera demanda rige el principio genérico de toda obligación de garantía en virtud de la cual sólo cabe actuar contra el garante cuando se ha producido el incumplimiento garantizado y en nuestro caso tal incumplimiento garantizado no se ha producido…

Es claro que si al deudor principal se le reconoce el derecho a la suspensión del pago de precio (por la perturbación que se le ha producido en su dominio) al comprador, no podrá este conseguirlo no obstante a través de la figura del aval a primer requerimiento porque con ello se estaría defraudando el derecho de aquél que tendría que responder igualmente del pago ante el banco avalista."

Frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, el beneficiario del aval a primer requerimiento interpuso recurso de casación alegando como único motivo la infracción de la doctrina jurisprudencial respecto al aval a primer requerimiento y citando al efecto diversas sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por el beneficiario del aval, con base, precisamente, en la doctrina jurisprudencial cuya infracción se alegaba.

Conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, el aval a primer requerimiento puede definirse como un contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad establecida en el artículo 1255 del Código Civil, conforme al cual el garante o avalista viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste se lo reclama, y en el cual la obligación asumida por el garante se configura como una obligación distinta, autónoma e independiente de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza.

Asimismo, la doctrina jurisprudencial concerniente al aval a primer requerimiento permite inferir las notas propias de este tipo de contrato de garantía, que lo distinguen frente a las garantías clásicas que se construyen en torno a la fianza.

En primer lugar, es característica del aval a primer requerimiento la falta de subsidiaridad, lo que determina que no resulten de aplicación los beneficios de excusión y división que, conforme al Código Civil, rigen en relación con la finanza salvo pacto en contrario. Por el contrario, las garantías clásicas son subsidiarias, de tal forma que el garante sólo queda obligado al pago una vez que el acreedor no ha conseguido satisfacer su crédito atacando el patrimonio del deudor principal.

En segundo lugar, el aval a primer requerimiento es un contrato independiente del principal y, por tanto, no es accesorio a la obligación principal garantizada. Esta característica implica que la validez y eficacia de la relación jurídica garantizada no afecta a la del aval a primer requerimiento, y que las vicisitudes de la primera no afectan al segundo. De forma opuesta, la característica esencial de las garantías clásicas radica en su nexo de accesoriedad con la relación garantizada. El fiador se obliga en función de una deuda ajena y, por consiguiente, su compromiso depende de las circunstancias de dicha deuda y puede oponer al acreedor todas las excepciones que pudiera oponer el propio deudor.

Puesto que el aval a primer requerimiento es independiente de la obligación principal, el avalista únicamente podrá oponer frente al beneficiario de esta garantía las excepciones derivadas de la garantía misma y de sus relaciones con el beneficiario.

Como excepción a lo anterior, el avalista puede oponer al beneficiario el cumplimiento por parte del deudor principal, es decir, se le permite, con base en el artículo 1258 del Código Civil, ejercitar la *"exceptio doli"* o límite al ejercicio abusivo del derecho.

Con base en las características del aval a primer requerimiento expuestas, en la sentencia objeto de este comentario el Tribunal Supremo concluye lo siguiente:

"De lo anterior se desprende que la suspensión de la ejecución de este tipo de avales a solicitud del deudor y como consecuencia de una controversia surgida en el contrato principal, es contraria a su naturaleza jurídica puesto que desconoce su carácter autónomo, independiente, distinto y no accesorio, como se deduce de la doctrina jurisprudencial señalada.

Una confrontación surgida en relación con el contrato principal ni puede dar lugar a la ineficacia de la garantía, de tal forma que se convierta ésta en accesoria, desnaturalizándose su verdadera función y quedando eliminada su especialidad."

Sin perjuicio de todo lo anterior, en la práctica, determinar si las partes de un contrato de garantía denominado "a primer requerimiento" han querido excluir únicamente la nota de subsidiariedad o también la de accesoriedad requerirá llevar a cabo una interpretación del contrato de garantía en cuestión.

No obstante, la sentencia comentada permite suponer que el Tribunal Supremo tiende a considerar que aquellas garantías en las que se incluye una referencia a que no es necesario que el acreedor acredite el incumplimiento del deudor para reclamar al garante, son garantías no subsidiarias e independientes.

---

6. Derecho Concursal

Comentario a la STS de 10 de julio de 2014, y su voto particular: clasificación de los contratos de permuta financiera (swaps de tipos de interés) en el concurso de acreedores. Curioso supuesto sobre la naturaleza procesal del recurso de casación. Juan Ignacio Fernández Aguado

La sentencia de 10 de julio de 2014 dictada por nuestro Alto Tribunal, aparentemente, llama la atención puesto que da conocer el parecer del Tribunal Supremo sobre cuál deba ser el tratamiento que la administración concursal tiene que dispensar a los contratos de permuta financiera de tipos de interés (swaps de tipos de interés), a los efectos de su clasificación en el seno de un procedimiento de concurso de acreedores.

Su interés es aún mayor, si se tiene en consideración que la sentencia cuenta con un voto particular del Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena, al que se adhiere el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo, en el que se llega a una conclusión jurídica, evidentemente, opuesta.

Pero lo curioso de esta sentencia, sin embargo, no radica en el hecho de que las soluciones que se alcanzan sean diametralmente contradictorias entre sí, lo que podría tener su fundamente en la interpretación controvertida de los preceptos aplicables al caso, sino que pone de manifiesto cómo la, pretendida, rigidez de la técnica casacional puede llevar a soluciones tan encontradas debido a la alteración que las partes hacen de la naturaleza jurídica del contrato del que trae su causa la controversia, como veremos a continuación.

La cuestión objeto de estudio por la sentencia es, en esencia, si los derechos a determinadas restituciones e indemnizaciones, consecuentes a la resolución de los vínculos contractuales consistentes en permutas de tipos de interés en interés del concurso, tienen la consideración de crédito contra la masa, como así estimó el Juzgado de lo Mercantil, o si por el contrario deber ser estimados como créditos concursales, como por su parte hizo la Audiencia Provincial.

La sentencia del Tribunal Supremo, apelando a la estricta normativa reguladora del recurso de casación, plantea su resolución acotando el ámbito sobre el que debe resolver, y a tal fin asume, porque "nada procede que digamos", la resolución, en interés del concurso, de las relaciones jurídicas que vinculaban a las partes, y así mismo da "por supuesto" que las referidas relaciones jurídicas reunían las condiciones precisas para ser resueltas en aplicación del artículo 61, apartado 2, de la Ley Concursal, referido a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado, como de la contraparte.

Bajo estas asunciones, estima que el referido precepto impone que las restituciones y la indemnización que hayan de satisfacerse lo sean con cargo a la masa, desautorizando así el criterio de la Audiencia Provincial, que aplicó indebidamente el apartado 4 del artículo 62 de la Ley Concursal, previsto para supuestos diversos a los del interés del concurso.
El voto particular, por su parte, discrepa de este parecer puesto que cuestiona que el Tribunal Supremo no pueda entrar a analizar la naturaleza jurídica del contrato de *swap* de tipos de interés al que, siguiendo a las sentencias 811/2012, de 8 de enero de 2013, y 797/2012, de 9 de enero de 2013, no considera que sea un contrato que genere obligaciones recíprocas.

En este sentido, califica a este tipo de contratos como aleatorios, en el que las partes asumen voluntariamente el riesgo, quedando expuestas desde su perfección a resultados, favorables o desfavorables, que sólo son verificables cuando se produce el hecho previsto en el contrato. De esta forma, aunque ambas partes quedan obligadas por el contrato, sólo una de ellas ejecutará una prestación según cual sea el tipo de interés aplicable en cada liquidación.

En su consecuencia, concluye, no cabe hablar de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, porque en cada una de las liquidaciones sólo habrá de cumplirse la prestación por una de las partes.

Por todo ello, el voto particular concluye que no resulta de aplicación del artículo 61.2 de la Ley Concursal, previsto para los contratos con obligaciones recíprocas, siendo el criterio para clasificar el crédito como concursal o como crédito contra la masa el mismo que deba utilizarse para clasificar el crédito que hubiera surgido a favor de la entidad financiera en cada una de las liquidaciones periódicas posteriores a la declaración del concurso, si el plazo se hubiera mantenido.

Compensación de créditos y levantamiento del velo (STS 17 de julio de 2014, ponente Rafael Saraza Jimena). Elisa Martín

La cuestión aquí tratada es la posibilidad de compensar créditos existentes entre una parte y distintas sociedades integrantes de un grupo a través de la institución del levantamiento del velo. Concretamente, la reclamación que da origen a este procedimiento nace de una cesión de créditos de una sociedad a favor de otra, manifestándose en

el documento de cesión de créditos la existencia de posiciones acreedoras y deudoras respecto de tres sociedades pertenecientes a un mismo grupo.

En este contexto, la actora formuló demanda de reclamación de cantidad frente a una de las sociedades del Grupo, tomando como base la cesión de créditos, ejercitando de manera acumulada acción de responsabilidad contra su administradora, perteneciente al mismo Grupo) por entender que concurría de causa de disolución imperativa. Las demandadas se limitaron a negar la existencia de deuda basando su defensa en que la cesión de créditos no pudo operar porque a la fecha de la misma, la cedente no era acreedora. Alegaban por el contrario que, a la fecha, la cedente era deudora "frente al Grupo". Por su parte, se negó la concurrencia de causa de disolución, entendiendo que debía decaer también la pretensión relativa al ejercicio de la acción social de responsabilidad.

Si bien nunca se habló expresamente de compensación como tal por ninguna de las partes, el Juzgado de lo Mercantil entendió que se compensaban la cantidad adeudada por la cedente al Grupo y el crédito cedido a la demandante. Asimismo, el Juzgado estimó la responsabilidad solidaria de la administradora. Frente a esta resolución, la demandante formuló recurso de apelación.

En apelación, la demandante/recurrente sostenía la improcedencia de la compensación porque (i) faltaba el requisito de la identidad subjetiva y (ii) el crédito a favor de la demandada no estaba vencido ni era exigible. Por su parte, las demandadas/recurridas, si bien no compartían la aplicabilidad de la compensación al caso de autos, entendían que el pago por tercero producía las mismas consecuencias. No se impugnaba, sin embargo, la declaración de responsabilidad de la administradora.

La AP de Madrid estimó el recurso de apelación con base en los siguientes razonamientos:

(i) No podía apreciarse pago por tercero porque las operaciones realizadas respecto de cada crédito se realizaron con causa propia y de forma totalmente ajena a la deuda ahora reclamada por la demandante/recurrente.

(ii) Faltaba la reciprocidad como requisito de la compensación, consistente en que cada uno de los obligados sea a su vez acreedor principal del otro. La obligada principal era la demandada no administradora, y los créditos opuestos en compensación eran titularidad de otras dos sociedades diferentes, que a pesar de pertenecer al mismo Grupo, tienen personalidad jurídica propia y un patrimonio separado.

(iii) No se reunían los elementos necesarios para aplicar el levantamiento del velo, puesto que la diferenciación de personalidades jurídicas no era por mera apariencia, no había confusión patrimonial, etc. Al contrario, las sociedades habían actuado con nítida separación de esferas.

(iv) La compensación no fue querida por las partes –ni siquiera las demandadas la opusieron-.

Por lo tanto, concluyó la AP que no operaba compensación y que, en virtud de la cesión de créditos, la demandante/recurrente quedó subrogada en el crédito cedido y en los derechos a él anexos, habiendo quedado obligada la demandada no administradora desde que le fue notificada la referida cesión.

Finalmente, las sociedades demandadas/recurridas interpusieron recurso de casación por infracción de los artículos 1.195 y 1.196 del CC (primer motivo), y de los artículos 135 TRLSA y 105.5 LSRL (segundo motivo).

El primer motivo fue desestimado, confirmando el TS el criterio de la AP en el siguiente sentido:

(i) Cada sociedad integrada en un grupo tiene una personalidad jurídica, un patrimonio independiente y un centro de imputación individualizado de relaciones jurídicas.

(ii) El levantamiento del velo puede esgrimirlo un tercero frente a quienes pretenden aprovechar una personalidad jurídica formalmente diferenciada para conseguir consecuencias antijurídicas de esta separación formal, cuando con esa diferenciación se persiga una finalidad ilícita. No obstante, no pueden ser las propias personas jurídicas integradas en el grupo las que levanten el velo arbitrariamente y decidan que, frente a un tercero determinado, no haya diferenciación de personalidades jurídicas.

(iii) La compensación judicial flexibiliza algunos requisitos de la compensación legal, si bien no se puede en modo alguno obviar la exigencia de que las partes sean acreedoras y deudoras recíprocamente por derecho propio.
El segundo motivo fue también desestimado por la falta de impugnación, en sede de apelación, del pronunciamiento declarativo de la responsabilidad de la administradora. Así, como entiende el TS en abundante jurisprudencia, entre ellas las sentencias número 719/2009, de 16 de noviembre, y número 301/2012, de 18 de mayo, *"no pueden plantearse en casación cuestiones que no hayan sido sometidas a la consideración del tribunal de apelación"*.

Por todo ello, el TS desestima íntegramente el recurso de casación formulado.

Los honorarios del letrado de la concursada y su consideración como crédito contra la

masa, comentario a la STS de 18 de julio de 2014. Mercedes Bértolo

¿Vincula al concurso de acreedores el pacto de honorarios suscrito entre el letrado y la concursada con anterioridad a la presentación de la solicitud de concurso? ¿Estos honorarios tienen la consideración de crédito contra la masa? El Tribunal supremo se ha pronunciado sobre estas cuestiones en su sentencia de 18 de julio de 2014 (STS –Sala de lo Civil, 393/2014, de 18 de julio), como consecuencia del recurso de casación interpuesto por los abogados de una sociedad concursada frente a la resolución de la Audiencia Provincial de Albacete que declaraba que los honorarios reclamados □cuyo pago no fue atendido por la administración concursal□ no tenían la consideración de crédito contra la masa.

Con carácter previo a la presentación de la solicitud de declaración de concurso, la sociedad suscribió una hoja de encargo profesional con un despacho de abogados para la prestación de los servicios jurídicos relativos a la tramitación del procedimiento de declaración de concurso de acreedores de la compañía, fijándose un precio global por dichos servicios. Asimismo, en el pacto de honorarios se acordó un pago inicial, al momento de la aceptación del encargo -que fueron efectivamente abonados por la sociedad con anterioridad a la declaración de concurso- y el pago de los restantes honorarios, al término de la fase común e inicio de la fase de liquidación o convenio.

Una vez iniciada la fase de liquidación del concurso, y respecto de los honorarios devengados y pendientes de pago, los abogados solicitaron su reconocimiento como crédito contra la masa y el abono de los mismos, según lo convenido.

Ante la negativa de la administración concursal, que no accedió a la pretensión del despacho de abogados sobre sus honorarios, se interpuso demanda de incidente concursal que fue desestimada en primera instancia y en apelación.

Frente a la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Albacete, el despacho de abogados interpuso recurso de casación ante la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo, que asimismo resultó desestimado por las razones que exponemos a continuación.

La parte recurrente sostuvo que el pacto de honorarios suscrito con anterioridad a la declaración de concurso era válido y debía desplegar todos su efectos (ex artículos 1091 y 1554 del Código Civil). Además, habida cuenta de que el acuerdo no contravenía los límites establecidos en el artículo 1255 del Código Civil, ni suponía la existencia de un abuso de derecho -porque, según se afirmaba, dicho acuerdo no había sido impugnado y los honorarios no resultaban desproporcionados- el juez no tenía facultad para su moderación.

Sin embargo, el Tribunal Supremo -al desestimar el recurso de casación-, considerando que la enumeración legal de los créditos contra la masa (ex artículo 84.2 y 154 LC) debe ser interpretada de forma restrictiva e invocando el principio *pars conditio creditorum*, declaró la posibilidad de aquilatar los honorarios del despacho de abogados correspondientes a la tramitación del procedimiento concursal.

Es decir, el pacto de honorarios suscrito con anterioridad a la declaración de concurso no vincula a la administración concursal, ni al juez del concurso. De modo que la administración concursal podrá decidir qué servicios profesionales de asistencia letrada a la sociedad concursada merecen que sean pagados como crédito contra la masa y determinar hasta qué cuantía resulta justificado el pago de los mismos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 84.2.2º LC *(los necesarios para la asistencia y representación del concursado durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes, cuando su intervención sea legalmente obligatoria o se realice en interés de la masa, con excepción de los ocasionados por los recursos que interponga contra resoluciones del juez cuando fueren total o parcialmente desestimados con expresa condena en costas*).

---

7. Propiedad Intelectual / Industrial

Parodia como excepción a los derechos de autor: manual de uso y entretenimiento. Blanca Cortés Fernández

Parodiar el comportamiento de un político utilizando recursos gráficos propios del cómic es práctica frecuente y parece asumido como parte del amplio espectro cubierto por el humor gráfico y la caricatura, que abarcan desde el tratamiento más entrañable hasta el más ridiculizante. La prensa diaria nos ofrece buenos ejemplos de ello sin que parezca haber límites a la mordacidad y el descrédito. Pero, ¿qué ocurre cuando el autor de la parodia recurre a códigos figurativos cuya autoría no le corresponde y realiza a su través una crónica denigrante de terceros? Dicho de otra forma, ¿pueden coincidir dos parodias en una, a saber la del soporte gráfico que sirve de guía y referencia con la del personaje que quiere ser puesto en solfa? La respuesta que ante tal cuestión ha emitido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") es que ambas alusiones son aceptables coincidentemente siempre que el soporte parodiado, si es que alguien ostenta sus correspondientes derechos de propiedad intelectual, no sea vehículo de mensajes denigrantes, xenófobos o discriminatorios con los que el poseedor de tales derechos no quiere ser identificado. Sin embargo, para llegar a tal conclusión el TJUE ha debido contestar a una cuestión

prejudicial que le ha permitido analizar en frio qué debe entenderse por parodia y cuales son los requisitos para que los autores de obras creativas sujetas a derechos de explotación puedan oponerse a que sus creaciones sean libremente usadas como parodias –con base a la excepción que se analizará–, con fines alejados de sus principios. Repasemos el caso en cuestión.

La sentencia responde a un litigio planteado en Bélgica entre el partido ultraderechista flamenco *Vlaams Belang* y los titulares de los derechos del tebeo *Suske en Wiske,* por la distribución en las navidades del año 2011 de unos calendarios en cuya portada se reproducía un dibujo demasiado parecido al que figuraba en la de un álbum de *Suske en Wiske* de 1961, si bien el personaje emblemático del tebeo –cubierto con una túnica blanca y rodeado de gente que intenta recoger las monedas que esparce– era sustituido por el alcalde de la ciudad de Gante, siendo quienes recogen las monedas personas con burka o de color.

Ante tales circunstancias los demandantes, que alegaban una violación frontal de sus derechos de autor, argumentaron en el proceso seguido en primera instancia que (i) el aspecto global de la obra original, los personajes de *Suske en Wiske*, el tipo de letra, el título y el típico color de la cubierta del cómic se reconocen inequívocamente en la portada litigiosa –no en vano *Suske en Wiske* publicado desde 1945, es al día de hoy el cómic más leído de Bélgica en la línea de los Tintín de *Lucien Hergé*–; (ii) la obra objeto de parodia lanza un mensaje indiscutiblemente discriminatorio alejado del contenido aventurero y fantasioso de la publicación juvenil que aún se sigue editando; (iii) algunos de los receptores del calendario tuvieron en un primer momento la impresión de que se trataba de un presente navideño de la editorial de *Suske en Wiske* que utilizaba la notoriedad del popular tebeo como instrumento de validación de su mensaje; (iv) el uso de la obra original habría vulnerado sus derechos morales y de explotación y, por último, que (v) el dibujo no tendría por objeto una parodia sobre la obra objeto de protección de la propiedad intelectual ni de su contenido, sino del alcalde de Gante, lo que implicaría que la excepción contemplada en la Directiva 2001/29/CE (la "Directiva") artículo 5, apartado 3, letra k, sobre "*caricatura, parodia, pastiche*", no podría ser de aplicación. Es sabido, al respecto, que las excepciones a los derechos de propiedad intelectual deben ser interpretadas de forma restrictiva, siendo necesario a criterio de la editorial que, para que la excepción de parodia opere, ésta debe cumplir con una finalidad crítica de la obra original y no, en su lugar, de elementos ajenos a esta.

En su defensa, los demandados alegaron que la obra parodiada constituía una caricatura política y, por tanto, una parodia inmersa en la cultura de la libertad de expresión por tratarse el político en cuestión de un personaje público, de modo que debía ser de aplicación la excepción contenida en la Directiva, lo que aportaba como consecuencia que la obra podría utilizarse con tales fines y no existiría vulneración de la propiedad intelectual ajena.

Ante tales circunstancias y posiciones encontradas de las partes, el Tribunal de Apelación de Bruselas decidió suspender el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial al TJUE acerca de la interpretación del artículo 5 de la Directiva y, en concreto, sobre los siguientes extremos:
¿Es el concepto de parodia un concepto autónomo del Derecho de la Unión? En caso de respuesta afirmativa, ¿debe la parodia cumplir los tres requisitos de: acreditar un carácter original propio de forma que no pueda atribuirse razonablemente al autor de la obra original, estar dirigida a hacer humor o burla con independencia de si la crítica realizada afecta a la obra original o bien a elementos ajenos a la obra, e indicar la fuente de la obra parodiada? ¿Debe una obra cumplir otros requisitos o poseer otras características para tener la consideración de parodia?

La primera de las cuestiones se contesta por el TJUE confirmando que el concepto de parodia, en tanto incluido en una Directiva que no efectúa remisión alguna a los Derechos nacionales, debe considerarse un concepto autónomo del Derecho de la Unión y, como tal, ha de interpretarse de forma uniforme en el territorio de ésta conforme al sentido habitual de los términos del precepto en el lenguaje corriente, teniendo en cuenta el contexto en el que se utilizan y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte. La parodia, concluye el Tribunal, evoca una obra preexistente, si bien diferenciándose perceptiblemente de ésta, así como plasma una manifestación humorística y/o burlesca. Con tal afirmación el TJUE admite, y ello en contestación a la segunda cuestión planteada, que una parodia no requiere de un carácter original propio más allá de diferencias perceptibles con respecto a la obra original parodiada –el Abogado General sostenía que la parodia es copia y creación a un mismo tiempo–, así como tampoco que la obra parodiada pueda atribuirse razonablemente a otra persona, incida sobre la propia obra original o mencione la fuente de la obra parodiada. Tal interpretación, a criterio del TJUE, no es incompatible con el hecho de que las excepciones deben interpretarse de forma restrictiva en cuanto constituyen límites a los derechos de autor, pues lo contrario implicaría reducir el ámbito de aplicación de esta excepción tal cual se entiende en el lenguaje corriente y en el tenor literal de su contenido.

Con tal argumentación el TJUE no solo define qué requisitos debe ostentar la parodia como excepción a los derechos de autor, sino que ofrece un criterio a usar en la permanente discusión doctrinal y jurisprudencial en torno a los tipos de parodia –*target y weapon parody*– y cuáles de estas están amparadas por la excepción. La primera de ellas, entendida por muchos como la verdadera excepción a los derechos de propiedad intelectual, supone la parodia de la obra como tal mientras que la segunda implica utilizar la obra original para criticar elementos ajenos a la obra parodiada, lo que ha sido criticado por lo menos en nuestro país por doctrina y jurisprudencia a partes iguales en tanto la extensión de la excepción a las llamadas *weapon parodies* se aleja del carácter restrictivo con que las excepciones deben ser interpretadas. Con tal interpretación de los hechos sigue el

TJUE el criterio ofrecido en el procedimiento por el Abogado General, según el cual no cabe restringir la noción de parodia contenida en la Directiva al supuesto de la parodia que agota su sentido en la obra original parodiada –aunque sea esta la modalidad de parodia con mayor solidez– y ello, entre otros motivos, porque *"se encuentra hoy lo suficientemente asentada en nuestra «cultura de la comunicación» como para que no pueda ser excluida a la hora de perfilar una noción de «parodia» en el sentido de la Directiva"*.

Por último, el TJUE destaca que la aplicación de la excepción por parodia establecida en la Directiva debe respetar un justo equilibrio entre, por un lado, los intereses y derechos de los autores y, por otro, la libertad de expresión del sujeto que pretenda acogerse a la excepción. En este contexto, el fallo señala que si una parodia transmite un mensaje discriminatorio como el del procedimiento que nos ocupa, los titulares de derechos sobre la obra parodiada tienen en principio, un interés legítimo a que la obra no se asocie a ese mensaje.

La conclusión es que en las culturas que hacen bandera de la libertad de expresión y, a su vez, del derecho universal a la defensa de cualquier persona que se sienta ultrajada, todo es parodiable. La cuestión interesante surge cuando analizamos los instrumentos de la parodia y descubrimos que si bien los fines de la parodia pueden formar parte del juego democrático, los medios no pueden ser cualesquiera. Una vez más, Maquiavelo tiene que contemplar que cualquier objetivo debe respetar los principios de la ética, o al menos de alguna ética, porque el fin no justifica los medios.

No matarás (sólo) al mensajero. Javier Martínez de Aguirre

A finales del pasado mes de julio la Audiencia Nacional ("AN") se pronunció por primera vez sobre una resolución de la Sección Segunda ("SS") de la Comisión de Propiedad Intelectual. El procedimiento comenzó en marzo de 2012, cuando el Centro Español de Derechos Reprográficos ("CEDRO") solicitó la iniciación del procedimiento de salvaguardia de derechos de propiedad intelectual de varias obras literarias entre las que se encontraban títulos como *La Sombra del Viento o Tengo ganas de ti.*

Tanto la SS como el procedimiento administrativo en cuestión fueron introducidos en la Ley de Propiedad Intelectual ("LPI") a través de una disposición adicional de la Ley 2/2011de Economía Sostenible (más conocida como *Ley Sinde*). La finalidad de este procedimiento –que fue concebido cuando *SeriesYonkis* y *Megaupload* constituían la principal preocupación de la industria cultural–, consistía en la eliminación rápida y eficaz de enlaces que dirigieran a contenidos protegidos por el derecho de propiedad intelectual. De esta forma, se obligaba al titular de la página web que contuviera esta clase de enlaces –prestador de un servicio de la sociedad de la información–, a su retirada inmediata sin perjuicio de las demás acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que resultaran procedentes.

En el caso que nos ocupa, la SS acordó el inicio del procedimiento contra 10dencehispahard, responsable de la web *linksole.com* en la que presuntamente se alojaban las obras protegidas, y, además, contra la responsable de *quedelibros.com*, un prestador de servicios de intermediación (sic) en el que los usuarios intercambian información, reseñas y –en ocasiones– enlaces a otras páginas que albergan copias digitales de los libros.

La resolución del procedimiento obligaba a 10dencehispahard a retirar los contenidos que vulneraban derechos de propiedad intelectual representados por CEDRO y abstenerse en el futuro de ofrecer sin autorización las obras protegidas. Por otro lado, y para el caso de incumplimiento por parte de ésta, se obligaba a quedelibros a *"eliminar permanentemente cualesquiera enlaces e instrumentos análogos de localización (…) a las obras señaladas disponibles, siempre que continúen ofreciéndose en vulneración de los derechos de propiedad intelectual".*

10dencehispahard recurrió dicha resolución puesto que, como pudo demostrar, no era titular de linksole.com sino únicamente la proveedora de servicios de registro del dominio en el que la página estaba alojada. La estimación del recurso, sin embargo, no revocó la segunda parte de la resolución, por la que *quedelibros* seguía obligada de forma subsidiaria, decidiendo su responsable impugnar la resolución ante la AN alegando que (i) el procedimiento era nulo por no dirigirse contra el responsable de la web que hospedaba las obras protegidas, y (ii) *quedelibros* únicamente contenía una recopilación de direcciones sobre lugares donde encontrar libros online, no albergando enlaces directos a obras protegidas.

La AN se pronunció en primer lugar acerca del cuestionamiento por parte de la Administración de la legitimación activa de *quedelibros*, ya que la resolución sólo afectaba a esta última en caso de que *linksole* la incumpliera –cosa que no acabó sucediendo–. La Sala, sin embargo, desestimó el argumento al entender que el contenido superviviente de la resolución conllevaba el conocimiento efectivo por parte de *quedelibros* de la infracción, y la consiguiente legitimación pasiva respecto de terceros titulares de derechos.

La principal cuestión jurídica, sin embargo, era si el procedimiento de salvaguardia definido por el artículo 158 LPI podía continuarse sin la presencia de un prestador de servicios de la sociedad de la información y dirigirse *exclusivamente* contra un prestador de servicios de intermediación. La AN consideró que la respuesta había de ser negativa, ya que tanto el artículo 158.4 LPI como el 8 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información ("LSSI") refieren exclusivamente a los *responsables* de servicios de la sociedad de la información, lo que arrojaba como ineludible consecuencia que el procedimiento de salvaguardia debiera dirigirse de manera principal contra un

responsable, sin perjuicio de que puedan exigirse a los prestadores de servicios de intermediación *"determinados comportamientos a fin de asegurar la eficacia de las medidas que finalmente se adopten (…)".*

Entiende, pues, la Sala que los prestadores de servicios de intermediación *"no ponen a disposición del público las obras protegidas, los que las reproducen o copian, etc... La conducta vulneradora de la legalidad la cometen las personas físicas o jurídicas que proporcionan un servicio de la sociedad de la información, aunque eso sí sirviéndose en mayor o menor medida de los correspondientes servicios de intermediación".*

Se trata de una generalización, sin embargo, que probablemente no pueda extenderse a todos los supuestos en los que un prestador de servicios lleva a cabo actividades de intermediación. Así, la transmisión de datos o el alojamiento de archivos pueden, en ocasiones, implicar la reproducción y comunicación pública no autorizadas de contenidos protegidos. Todo ello sin perjuicio de que dichos prestadores puedan beneficiarse de las exenciones de responsabilidad previstas por la LSSI en sus artículos 14 a 17, siempre que su actividad se haya llevado a cabo de manera neutral y no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información son ilícitas o lesionan bienes o derechos de terceros.

Estimado el primer motivo del recurso el examen del segundo devino innecesario. Si bien el contenido de la sentencia genera un precedente de gran utilidad en la materia, hubiera sido interesante conocer el criterio de la AN respecto de la segunda alegación de quedelibros –sobre todo tras la reciente interpretación por parte del TJUE de las consecuencias jurídicas del acto de enlazar (sentencia Svensson) –. En dicho caso, el TJUE no aclaró suficientemente si el enlace conllevaba la comunicación pública de la obra enlazada en todo caso, o únicamente si suponía su transmisión a un público nuevo –esto es, distinto del previsto por los titulares de las obras cuando autorizaron la comunicación al público de origen–. En cualquier caso, parece que habrá que esperar para conocer las consecuencias prácticas de este fallo en nuestro país.

Modificación del derecho de remuneración de los autores por los préstamos de sus obras realizados en determinados establecimientos accesibles al público (Real Decreto 624/2014, de 18 de julio. BOE 1 de agosto). Gema Ruth Ayuela Albarrán

La aprobación el pasado 18 de julio del Real Decreto 624/2014 dio cumplimiento a la previsión de desarrollo reglamentario contenida en la Ley 10/2007 de 22 de junio, de la lectura, el libro y de las bibliotecas. Dicha ley transpuso la Directiva 2006/115/CE, y modificó el artículo 37.2 de la Ley de Propiedad Intelectual relativo a la remuneración de los autores por los préstamos de sus obras en determinados establecimientos accesibles al público, así como su disposición transitoria vigésima.

Así, los criterios de remuneración aplicables antes de la entrada en vigor del citado Real Decreto establecían la cantidad de 0.2 euros por cada ejemplar de obra adquirido con destino al préstamo en museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas, filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, quedando exonerados de dicha obligación los establecimientos de titularidad pública que prestaran servicios en municipios de menos de 5.000 habitantes, así como las bibliotecas de las instituciones docentes integradas en el sistema educativo español.

La nueva regulación introduce cambios reseñables en dichos criterios de aplicación desde el 2 de agosto de 2014. Así, en aras de determinar el importe global, se establecen dos nuevos parámetros vinculados al perjuicio real causado al autor por el préstamo de sus obras: 0.004 euros por cada ejemplar no incluido en el dominio público y que haya sido objeto de préstamo durante el año en curso; y 0.05 euros por cada usuario inscrito que haya hecho uso del servicio de préstamos ofrecido por el establecimiento durante el citado periodo. De la suma de ambos conceptos se obtendrá la cuantía global de la remuneración anual, que deberá será satisfecha dentro de los seis primeros meses del año siguiente.

No obstante, a pesar de que el Real decreto entró en vigor al día siguiente de su publicación, se estipula en su articulado una *vacatio legis* del primer parámetro hasta el 1 de enero de 2016, si bien multiplica el número de ejemplares adquiridos con destino préstamo por 0.16 euros.

Por lo demás, los sujetos eximidos de esta obligación se mantienen sin cambios con respecto a la anterior regulación y, además, se excluye la remuneración por la mera consulta de las obras dentro de las instalaciones de los establecimientos.

Por último, las entidades de gestión de los derechos de autor, como intermediarias en el procedimiento de pago, serán las encargadas de hacer efectiva la remuneración individual que corresponda a los autores por este concepto y ello de forma objetiva y proporcional.

En definitiva, el desarrollo reglamentario trata de instrumentar y hacer efectivo el cumplimiento de la obligación de remuneración que nace como consecuencia del perjuicio efectivamente causado a los autores y no del perjuicio potencial.

Aunque habrá que esperar para conocer las consecuencias derivadas de la aplicación de esta norma, parece

previsible que, con los nuevos criterios, no resultará sencillo ni económicamente asumible para algunos de los establecimientos instrumentar el método de cálculo de las obras prestadas sobre las que aun recaigan derechos de autor, ya que sería necesaria una constante actualización de los datos relativos a los derechos de propiedad intelectual vigentes en el momento de cada préstamo. Así, es presumible que las bibliotecas y establecimientos acaben pagando por todas las obras objeto de préstamo, incluso por aquellas que ya hayan entrado en el dominio público.

Bibliotecas de la UE: licencia para digitalizar. Eva Cassinello

El Tribunal de Justicia de la UE (el **"Tribunal"**) ha confirmado en su sentencia de 11 de septiembre de 2014 (la **"Sentencia"**) la facultad de las bibliotecas públicas de los Estados Miembros de digitalizar obras que integren sus colecciones, permitiendo además su puesta a disposición de los usuarios mediante terminales especializados.

La Sentencia contesta una cuestión prejudicial planteada en el procedimiento entre Technische Universität Darmstadt ("**Universidad**") y la editorial alemana Eugen Ulmer KG ("**Ulmer**") relativo a la puesta a disposición del público por parte de la primera de un libro cuyos derechos de explotación pertenecían a la editorial. Al respecto, debe citarse que fue Ulmer quien propuso formalmente a la Universidad que adquiriera y utilizara en formato de libro electrónico sus manuales, entre los cuales estaba el libro que trae causa del procedimiento, lo que implicó que la Universidad procediera a su digitalización, y permitiera a los usuarios la impresión en papel de la obra (parcial o total), así como su almacenamiento en una memoria USB. En este escenario, fue el tribunal alemán quien en primera instancia desestimó la petición de cese en la digitalización del manual solicitada por la actora, estimando en su lugar la necesidad de que la Universidad cesara en autorizar la impresión o almacenamiento del manual por los usuarios.

Ante tales circunstancias, la Universidad interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*) quien decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial con varias preguntas cuyo contenido versó sobre la interpretación de la Directiva 2001/29/CE de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, y, en particular, sobre las disposiciones que la Directiva dedica a las bibliotecas en su artículo 5.3.n) -excepciones y limitaciones a los derechos de autor-; tal precepto contempla la posibilidad de que los Estados miembros puedan establecer excepciones o limitaciones al derecho exclusivo de los autores *"cuando el uso consista en la comunicación a personas concretas del público o la puesta a su disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los locales de los establecimientos mencionados en la letra c) del apartado 2 (bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público), de obras y prestaciones que figuran en sus colecciones y que no son objeto de condiciones de adquisición o de licencia".*

Como punto de partida debe conocerse que dentro del marco regulador de las obras de propiedad intelectual, los negocios jurídicos de adquisición y licencia de obras facultan, en términos generales, a los titulares de derechos de explotación de las obras a celebrar acuerdos específicos de utilización de su contenido. Es en este contexto donde la primera pregunta de la cuestión prejudicial viene a examinar el alcance de las *condiciones de adquisición o de licencia* del artículo 5.3.n) de la Directiva, al objeto de determinar si las mismas podrían interpretarse en el sentido de que la *mera propuesta* por parte del titular de derechos sobre una obra dirigida a un establecimiento de los indicados en la norma -como puede ser una biblioteca accesible al público-, de licencia o de uso de la obra, bastaría para impedir la aplicación de las excepciones y limitaciones previstas por el artículo 5.3.n) de la Directiva. Al respecto, el Tribunal sostiene que no cabe excluir su aplicación puesto que los términos *condiciones de adquisición o de licencia* deben interpretarse en el sentido de que el titular y el establecimiento han efectivamente celebrado un contrato de licencia o de uso de la obra, donde se especifican las correspondientes condiciones de su utilización.

En segundo lugar, se plantea la posibilidad de que las bibliotecas puedan hacer uso del derecho de reproducción consistente en la digitalización de las obras integrantes de sus colecciones -paso del formato analógico al digital-, cuando ésta se presente como el medio necesario para poner las obras en los terminales a disposición de los usuarios. Si bien el artículo 5.3.n) de la Directiva menciona expresamente la comunicación de las obras o su puesta a disposición del público, y, sin embargo, no hace mención alguna a su reproducción, se evidencia que la puesta a disposición no podría tener lugar si los establecimientos no pudieran hacer uso de un derecho accesorio de digitalización de las obras -los denominados actos *específicos de reproducción*, artículo 5.2.c) de la Directiva-. En consecuencia, el Tribunal no se opone a que un Estado Miembro permita que las bibliotecas digitalicen obras, siempre y cuando dicho acto de reproducción sea necesario para poner tales obras a disposición de los usuarios en los términos indicados.

Por último, se aborda la cuestión de si el artículo 5.3.n) de la Directiva debe interpretarse en el sentido de permitir que los usuarios puedan imprimir en papel o almacenar en dispositivos USB las obras puestas a su disposición por las bibliotecas. Nuevamente, el acto objeto de litigio es un acto de reproducción y no de puesta a disposición por lo que, a juicio del Tribunal, no cabe autorizar un derecho accesorio a la *reproducción* puesto que éste no devendría necesario para permitir que la obra se ponga a disposición de los usuarios. No obstante, dichos actos de

reproducción podrían llevarse a cabo siempre y cuando fuesen autorizados por la normativa nacional de transposición de la Directiva y, a su vez, se cumpliesen los requisitos previstos en la normativa nacional como, por ejemplo, el devengo a favor del titular de derechos de la obra de la correspondiente compensación equitativa.

Por todo lo anterior, la Sentencia reconoce que las bibliotecas tienen licencia para digitalizar las obras integrantes de sus colecciones, permitiendo su puesta a disposición de los usuarios mediante terminales especializados, lo que no las faculta a autorizar su reproducción en tanto tal derecho de explotación no está contemplado en la excepción que, como tal, debe interpretarse de forma restrictiva.

---

8. Derecho de la Competencia

Nueva Sentencia sobre venta con pérdida. María Arruñada

El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (**"TSJC"**) dictó una sentencia con fecha 18 de junio de 2014 por la que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una superficie comercial contra la resolución de las autoridades de consumo de dicha Comunidad Autónoma por la que se declararon 18 infracciones de la normativa sobre venta con pérdida y se le impuso una sanción de 81.000 euros (la **"Sentencia"**).

Si bien la Sentencia considera acreditada la infracción del artículo 14 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (**"LOCM"**) y el artículo 13 de la Ley 1/2002, de 26 de febrero, del Comercio de Cantabria ("LCC"), que prohíben la venta de productos por debajo de su precio de adquisición según factura, considera que se ha cometido una única infracción *"en ejecución de un plan preconcebido, en el que con unidad temporal, o aprovechando idéntica ocasión, se realiza la estrategia comercial ilícita afectando a distintos productos"*, y no 18 infracciones, una por cada uno de los productos lácteos puestos a la venta, rebajando así la sanción a 4.500 euros.

Por lo demás, el TSJC desestima el resto de argumentos alegados por la actora que, entre otros, justificaba su actuación en una de las excepciones a la prohibición recogida tanto en la LOCM como en la LCC –alcanzar los precios de los productos de otros establecimientos con capacidad para afectar significativamente a sus ventas- ya que los establecimientos referenciados estaban demasiado lejos como para suponer presión competitiva.

Regulación de la venta con pérdida

El TSJC sigue la línea jurisprudencial de interpretación de la prohibición de la venta con pérdida prevista en la LOCM y las normativas autonómicas concordantes (v., entre otras, SSTSJ de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2001 y de Cataluña de 11 de julio de 2013).

La LOCM parte de la prohibición de que se realicen ventas (i) por debajo del precio de adquisición según factura, deducida la parte proporcional de los descuentos que figuren en ella, o (ii) al de reposición si éste fuese inferior a aquél o (iii) al coste efectivo de producción si el artículo hubiese sido fabricado por el propio comerciante, incrementados todos ellos, en las cuotas de los impuestos indirectos que graven la operación. Se exceptúan de la prohibición determinados casos: ventas de saldos, ventas en liquidación, ventas de artículos perecederos en fechas próximas a su inutilización y ventas para alcanzar los precios de competidores con capacidad para afectar, significativamente, al negocio.

A este respecto, la Sentencia se limita a constatar que el precio de venta de los productos es menor que el precio de adquisición que consta en las facturas presentadas por la actora para confirmar la infracción, sin apreciar supuesto alguno de excepción.

No obstante, la Sentencia también tiene en consideración la regulación de la venta a pérdida contenida en el artículo 17 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, sobre competencia desleal (**"LCD"**), a la que hace mención el propio artículo 14 de la LOCM (*"en todo caso, deberá respetarse lo dispuesto en la LCD"*).

Ambas normas se aplican a comerciantes tanto minoristas como mayoristas, pero la regulación de la LCD parte de una premisa totalmente distinta a la LOCM: el principio de libertad de precios; por ello, solo considera desleal la venta realizada *"bajo coste o bajo precio de adquisición"* cuando (i) sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento, (ii) tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos o (iii) forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor. Por tanto, la LOCM resulta más restrictiva que la LCD.

En todo caso, el TSJC establece que dicha mención a la LCD en la LOCM *"no supone que deban concurrir conjuntamente los elementos contemplados en una y otra ley. Cada una de estas tiene su propio ámbito de aplicación, sus requisitos específicos y sus distintas consecuencias"*, pues mientras la LOCM es una norma de carácter administrativo que prevé un régimen sancionador con multas pecuniarias, la LCD contempla para los afectados por incumplimiento el ejercicio de acciones ante el Juez de lo Mercantil (declarativas, de cesación del

acto, de remoción de efectos, de resarcimiento de daños y perjuicios).

Sin perjuicio de lo anterior, existe cierta complementariedad entre ambas normas. Así, el artículo 14 de la LOCM contiene una definición muy precisa de qué se entiende por venta a pérdida. Dado que la LCD no define cuándo un revendedor está vendiendo *"bajo precio de adquisición",* la doctrina y jurisprudencia se muestran más bien pacíficas a la aplicación analógica de los conceptos de la LOCM. Sin embargo, por lo que se refiere a la determinación del precio para saber si un fabricante está vendiendo *"por debajo de coste"* en el sentido de la LCD, la cuestión es más debatida, existiendo cierta jurisprudencia europea que ha fijado sus propios criterios (STJ de 3 de julio de 1991, Caso Akzo c. Comisión), seguida por algunas Audiencias Provinciales (SAP Cádiz de 12 de junio de 1992).

Por lo demás, el régimen de protección establecido en la LOCM y LCD no convence a todos. Así, la extinta Comisión Nacional de la Competencia (ahora, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) consideró que la prohibición general de venta a pérdida, entre otras prohibiciones contenidas en la normativa comercial, suponen una barrera regulatoria que *"condicionan la evolución del sector de la distribución alimentaria y limitan la presión competitiva"* (Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario).

---

9. Seguros

Real Decreto 681/2014, de 1 de agosto, por el que se modifica, entre otras, la normativa reguladora de los planes y fondos de pensiones en materia de información y transparencia. Rafa Sáez

El pasado día 2 de agosto se publicó en el BOE el Real Decreto 681/2014, de 1 de agosto, cuya denominación completa es la que se describe en el encabezado de este comentario.

Con carácter general, el contenido de este Real Decreto entró en vigor al día siguiente de la fecha de su publicación, esto es, el día 3 de agosto, si bien su Disposición Final Quinta exceptuó de dicha regla general la fecha de entrada en vigor de dos de las modificaciones que la norma introduce: por un lado, la modificación del artículo 84 del Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, relativo al régimen de retribución de las entidades gestoras y depositarias de fondos de pensiones, no entró en vigor hasta el pasado 2 de octubre de 2014 (i.e. dos meses desde la fecha de publicación de la norma); y, de otro, las modificaciones del texto del Real Decreto 764/2010, de 11 de junio, por el que se desarrolla la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados en materia de información estadístico-contable y del negocio, y de competencia profesional, no entrarán en vigor hasta el próximo 1 de enero de 2015.

Este comentario trata de describir de forma sumaria las principales modificaciones introducidas por el Real Decreto 681/2014, para lo que seguiremos el orden de modificación establecido por este nuevo Real Decreto que, a su vez, responde al volumen de cambios introducidos sobre cada una de las normas a las que afecta.

(i) Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero

Con respecto a las contingencias cubiertas por los planes de pensiones, se introduce en el Reglamento la contingencia de jubilación de los partícipes sin posibilidad de acceso a dicha situación y los supuestos de anticipo de la prestación del plan correspondiente a jubilación;

Se agilizan los procedimientos de autorización e inscripción administrativa y comunicaciones de datos registrales de los fondos de pensiones, mediante la introducción de cauces telemáticos, y se elimina la necesidad de autorización previa para las modificaciones, así como la inscripción de los planes de pensiones en el Registro Mercantil;

Las solicitudes de autorización e inscripción de los planes de pensiones habrán de ser resueltas, en adelante, en un plazo máximo de tres meses, disminuyendo de forma considerable el plazo previsto en el Reglamento hasta la fecha (seis meses). Asimismo, se modifica el contenido de la Disposición Adicional Segunda del Reglamento en lo que se refiere a la interpretación del silencio administrativo en caso que estas solicitudes no fueran resueltas dentro del plazo establecido: en adelante, la falta de resolución supondrá la aprobación tácita de la solicitud presentada –silencio positivo–;

Por lo que se refiere a las movilizaciones de derechos consolidados y económicos entre instrumentos de previsión social complementaria, se sistematizan los supuestos recogidos en la norma y se precisa la regulación de la movilidad de los derechos económicos de los trabajadores en los seguros colectivos de instrumentación de compromisos por pensiones que se regulan bajo la Disposición Adicional Primera del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones;

El Real Decreto desarrolla determinados aspectos relativos a la actividad del comercializador de planes de

pensiones individuales, y se revisan y actualizan las obligaciones información a partícipes y beneficiarios con la finalidad de aumentar la transparencia y claridad en la información proporcionada sobre estos productos de ahorro-previsión. A tal fin, se define la información mínima que deberá contener el documento que la entidad gestora y los comercializadores facilitarán a los potenciales partícipes para que conozcan las principales características y riesgos que comporta cada producto. Esta información deberá redactarse de forma objetiva, clara y precisa, y en términos inequívocos, permitiendo que el potencial partícipe pueda formarse una opinión fundada sobre los productos ofertados;

Con respecto al régimen de inversiones, el Real Decreto ha tratado de definir de forma más precisa determinados aspectos referidos a las condiciones de aptitud exigidas a los activos, así como a los límites de inversión aplicables. A estos efectos, en línea con las actuales tendencias normativas en el ámbito internacional, se desarrolla el contenido de la declaración comprensiva de los principios de la política de inversión de los fondos de inversiones, con la introducción de aspectos referentes a la utilización de criterios no financieros (éticos, sociales, medioambientales y de buen gobierno);

Se aclaran y desarrollan las funciones encomendadas a las entidades gestoras y depositarias, para su adecuación a la realidad de los mercados. A este respecto, con respecto a las entidades gestoras, se precisan cuestiones tales como la función de control sobre la entidad depositaria y la conservación y custodia de la documentación sobre partícipes y beneficiarios; por su parte, con respecto a las entidades depositarias, se define su función de custodia, así como la función de control sobre la entidad gestora. En ambos casos, se reducen las comisiones máximas de depósito y gestión que serán respectivamente, del 0,25% y del 1,5% sobre la cuenta de posición del plan de pensiones. En el caso de la comisión máxima de gestión, este importe podrá ser sustituido por el 1,2% sobre la cuenta de posición, más el 9% sobre la cuenta de resultados;

En relación con la política de inversión de los fondos de pensiones gestionados, se evitará la dependencia exclusiva y automática de los de las calificaciones crediticias y, a tal fin, la dirección de la entidad gestora será responsable de implementar las políticas y medidas necesarias.

(ii) Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, aprobado por Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre

Queda modificado el régimen de pago del derecho de rescate en los seguros colectivos que instrumentan compromisos por pensiones, así como el régimen de información a los asegurados y beneficiarios de este tipo de contratos y en los planes de previsión social empresarial.

(iii) Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre

Se incluye la inversión de las entidades aseguradoras en la financiación de las construcción y adquisición de buques dentro del catálogo de activos aptos para la cobertura de provisiones técnicas, consiguiendo una mayor diversificación de las inversiones de las entidades aseguradoras y, al mismo tiempo, la promoción de la inversión en la industria naval;

Tras la conocida sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, que fue objeto de comentario en este Boletín, se realizan algunas modificaciones en el texto del Reglamento para eliminar cualquier referencia normativa a esta posible diferencia;

Para los casos de productos de seguro en los que el tomador no asume el riesgo de la inversión, se incluye una nueva obligación para las compañías aseguradoras que, en adelante, deberán informar al tomador sobre la rentabilidad esperada de la operación considerando todos los costes;

Se deroga la Disposición Transitoria Tercera del Reglamento, por la que se introdujo un sistema alternativa para el cálculo de la provisión del seguro de decesos para las carteras de pólizas existentes en el momento de entrada en vigor del Reglamento cuyas bases técnicas no fueran conformes a lo establecido en él. Ahora, al reducirse el sistema de cálculo al descrito en el artículo 46 del Reglamento, se introduce una nueva Disposición Transitoria Undécima por la que se concede a las entidades afectadas por el régimen ahora derogado, un plazo de veinte años para que constituyan la totalidad de la provisión mediante un plan de dotaciones sistemático, que sea objeto de seguimiento.

(iv) Real Decreto 764/2010, de 11 de junio, por el que se desarrolla la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados en materia de información estadístico-contable y del negocio, y de competencia profesional

Tras la supresión el año pasado de la obligación de remisión de la documentación estadístico-contable semestral, el

Real Decreto modifica ahora la fecha de envío de la documentación estadístico-contable anual para permitir a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones un adecuado ejercicio de sus funciones de supervisión.

---

10. Temas de actualidad

La nueva Ley de Navegación Marítima. Fco. Javier Arias Varona

El BOE del 25 de julio de este año publicaba la nueva Ley de Navegación Marítima (Ley 14/2014, de 24 de julio). Se trata de una norma de indiscutible importancia, pues acomete una amplia y profunda reforma del derecho marítimo español, para adaptarlo a las necesidades actuales y coordinarlo con las normas internacionales que se han ido acumulando en este sector. El núcleo esencial de este sector seguía, sin perjuicio de su actualización por medio de leyes especiales, en el Libro III del Código de Comercio de 1885, una normativa que, lógicamente, respondía a una realidad hace tiempo superada. El texto legal pretende regular de manera unitaria y sistemática el contenido propio del Derecho Marítimo, aunque por razones evidentes, subsisten normas específicas que se refieren a esta realidad (por poner el ejemplo más característico, la Ley de Puertos del Estado y la Marina Mercante). De ahí que su contenido acumule normas de distinta naturaleza, si bien se proyecte fundamentalmente sobre los aspectos de derecho privado (por ejemplo, el Título I, que abarca de los artículos 4 a 55) se ocupa de la ordenación administrativa de la navegación). Conviene anotar, de todos modos, que se prevé una habilitación al Gobierno para que refunda en un solo texto, bajo el título global de "Código de la Navegación Marítima", las normas que regulan las instituciones marítimas, armonizando así, por ejemplo, las disposiciones de esta ley y las de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante

La Ley, que entró en vigor el 25 de septiembre de 2014 cuenta con un total de 524 artículos, ordenados con arreglo a una sistemática clásica, que divide los distintos aspectos propios del derecho de la navegación en títulos independientes.

El Título II (arts. 56 a 144) se dedica a las cuestiones propias de lo que se denominan "Vehículos de la navegación", terminología más amplia para una parte que, tradicionalmente, se venía identificando bajo la categoría genérica de estatuto jurídico del buque. Se trata de un título de mucha importancia y extensión, que aúna en su contenido regímenes propios del derecho público (matriculación, documentación, seguridad), registral y privado (modos de adquisición, contratos de construcción naval, privilegios, hipoteca naval, entre otros).
El Título III (arts. 145 a 187) comprende el contenido propio "De los sujetos de la navegación", en el que se integran los conceptos de armador, naviero, dotación y capitán, aunque también incluye el tratamiento del clásico condominio naval.

El Título IV (arts. 188 a 313), uno de los más relevantes, es el que se ocupa "De los contratos de utilización del buque" que, junto con el siguiente ("De los contratos auxiliares de la navegación", arts. 314 a 338) constituye el nuevo régimen de los contratos típicamente marítimos. Esta parte de la Ley supera la visión clásica, centrada en los contratos de transporte y fletamento, para organizar su contenido con arreglo a la realidad actual. Así, en el Título IV se incluyen los contratos de arrendamiento, transporte o fletamento, pasaje y remolque; mientras que en el Título V se regulan los contratos de gestión naval, consignación, practicaje y manipulación portuaria. Ambos títulos suponen una gran innovación de nuestro derecho en esta materia, demasiado apegada a la realidad del siglo XIX, a pesar de sus adaptaciones como consecuencia de la ratificación de normas internacionales (sobre todo, la Reglas de La Haya / Visby). Ello no obstante, ha de anotarse que la ratificación por nuestro país de las llamadas Reglas de Rotterdam (aún pendientes de su entrada en vigor), puede obligar a modificar una buena parte del articulado en esta parte de la norma en un futuro no muy lejano (ello, lógicamente, siempre que las Reglas de Rotterdam entren definitivamente en vigor, lo cual tampoco está nada claro).

El Título VI (arts. 339 a 391) lleva por título "De los accidentes de la Navegación", en el que se incluye el tratamiento de los más clásicos: abordaje, avería gruesa y salvamento. Su contenido aborda también dos cuestiones de importancia y cierta actualidad. La primera es el tratamiento de los bienes naufragados o hundidos, que incluye en régimen de las operaciones de recuperación y el dominio sobre esos bienes. La segunda se refiere al aspecto específico de la responsabilidad civil por contaminación, caracterizada por la limitación de responsabilidad uniforme a nivel internacional.

El Título VII (arts. 392 a 405) regula de manera sistemática una de las reglas más características del Derecho marítimo: la llamada entre nosotros limitación de responsabilidad del naviero (*rectius*, la limitación de la responsabilidad por las reclamaciones de Derecho marítimo). En esta parte se sigue lo dispuesto en el régimen internacional uniforme (el Convenio Internacional sobre la Limitación de Responsabilidad por Reclamaciones de Derecho Marítimo, hecho en Londres el 19 de noviembre de 1976), del que se asegura su plena vigencia, al disponerse expresamente su aplicación al margen del procedimiento en el que se exija la correspondiente responsabilidad.

El Título VIII (arts. 406 a 467) moderniza otra de las instituciones clásicas en el Derecho marítimo, como es el contrato de seguro marítimo, tradicionalmente regido por normas distintas del seguro ordinario. El legislador ha

optado, por razones prácticas, por adaptar a la tradición jurídica española los modelos anglosajones, de general difusión, estableciendo expresamente que estos seguros no están bajo el ámbito de aplicación de la Ley del Contrato de Seguro.
La Ley General de la Navegación se cierra con un Título IX (arts. 468 a 500), sobre especialidades procesales, que incorpora instituciones clásicamente marítimas (embargo preventivo y venta forzosa de buques), un Título X (art. 501 a 524) sobre certificación pública de ciertos expedientes de derecho marítimo (expedientes de jurisdicción voluntaria no expresamente atribuidos a los tribunales) y las consabidas Disposiciones Adicionales (nueve), Transitorias (dos) Derogatoria y Finales (doce). Además, se prevé que el Gobierno proceda al desarrollo reglamentario de la norma en lo referente al Registro de Bienes Muebles y al Registro de Buques y Empresas Navieras.

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

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

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

CMS Albiñana & Suárez de Lezo, Calle Génova 27, 28004 - Madrid, España
T +34 91 451 93 00 www.cms-asl.com