

Your World First

C/M/S/

Law . Tax

Referencias Jurídicas

Diciembre 2018



Referencias Jurídicas

Diciembre 2018 | 1ª quincena

Artículos de fondo

Corporate / M&A

La DGRN, a vueltas con la remuneración de administradores5
Rafael Sánchez

Posts jurídicos

Corporate / M&A

Remuneración de administradores y abuso de formalidad10
Íñigo Hernáez

Laboral

Vulneración del derecho de huelga en empresas del mismo grupo mercantil12
Carmen Bardi

Derecho Público y Sectores Regulados

El TJUE anula parcialmente el Reglamento (UE) 2016/646 sobre emisiones contaminantes.....14
Maitane Puente

Competencia y UE

La venta a pérdida pasa a estar prohibida únicamente si es desleal16
Carlos Végez, Aida Oviedo y Ramón Abaroa



Referencias Jurídicas CMS | Artículo de fondo

Corporate / M&A

Diciembre 2018

La DGRN, a vueltas con la remuneración de administradores

Rafael Sánchez

En los últimos diez días, se han publicado en el Boletín Oficial del Estado dos Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado (“**DGRN**”), de fechas 31 de octubre (la “**RDGRN de 31 de octubre**”) y 9 de noviembre (la “**RDGRN de 9 de noviembre**”), relativas a una de las cuestiones societarias más controvertidas en los últimos años: la remuneración de administradores. Su indudable importancia deriva de los matices a la interpretación del régimen legal que impuso la Sentencia del 26 de febrero de 2018.

A continuación, analizamos los hitos más relevantes acaecidos en relación con esta materia en los últimos años, para detenernos al final en lo que resulta, en la práctica, de dichas Resoluciones.

La Ley 31/2014

A finales de 2014, y fruto del trabajo durante meses de una comisión de expertos en materia de gobierno corporativo creada por acuerdo del Consejo de Ministros, se publicó la Ley 31/2014, que en materia de remuneración de administradores modificó el tratamiento unitario que, hasta entonces, recibían todos los consejeros, independientemente de su tipología.

Así, la Ley 31/2014 introdujo dos regímenes: uno general para determinar la remuneración de los consejeros “en su condición de tales” (esto es, la retribución de las funciones inherentes al cargo de administrador, comunes a todos

ellos) y otro para regular la remuneración por el desempeño de funciones ejecutivas (que solo algunos de ellos tienen atribuidas). Esta dualidad es aplicable tanto a sociedades cotizadas como a no cotizadas, aun cuando la distinción se recoge con más claridad en el régimen de las primeras. De hecho, como más adelante se verá, el Tribunal Supremo recientemente ha cuestionado la independencia de estos regímenes para las sociedades no cotizadas, no así para las cotizadas.

Por cuanto respecta a la remuneración de los consejeros en su condición de tales, su regulación pivota, fundamentalmente, en torno a tres conceptos: (i) la reserva estatutaria, esto es, la necesidad de que todos los elementos retributivos que perciban los consejeros estén previstos en el correspondiente artículo de los Estatutos Sociales (art. 217.2 LSC); (ii) la fijación por la Junta General del importe anual máximo a recibir por el conjunto de los consejeros (art. 217.3 LSC); y (iii) la atribución al Consejo de Administración



de la facultad para distribuir esa cantidad entre los administradores, salvo que la Junta acuerde otra cosa.

Por su parte, el régimen de remuneración por el desempeño de funciones ejecutivas se articula en torno a la figura del contrato a celebrar entre la Sociedad y el consejero ejecutivo, que ha de ser aprobado por al menos 2/3 de los miembros del Consejo (con abstención del consejero en cuestión por conflicto de interés) y donde se han de recoger todos los conceptos retributivos (y cantidades) que aquel vaya a percibir, de suerte que todo lo no previsto en el contrato no podrá ser cobrado (art. 249 LSC). Esta remuneración es independiente y compatible con la que un consejero ejecutivo puede recibir en su condición de tal.

De este modo, el legislador habría tratado de dotar al Consejo de Administración de autonomía organizativa y de gestión para fijar libremente los términos y condiciones de los contratos de los consejeros ejecutivos, con la única limitación de que sean conformes con la política de retribuciones fijada por la Junta (muy poco común en sociedades no cotizadas), pero, según la mayoría de los autores, sin los límites previstos para el otro régimen (esto es, la necesidad de reserva estatutaria y el límite máximo anual fijado por Junta General).

Por tanto, la Ley 31/2014 introdujo un sistema dual, con dos sistemas retributivos claramente distintos y diferenciables, no solo por su objeto y contenido, por sus beneficiarios o por su ubicación sistemática en la LSC, sino también por los respectivos órganos competentes para su determinación: en el caso de la remuneración de los consejeros en su condición de tal, la Junta General, y para la determinación de la retribución de las funciones ejecutivas, el Consejo de Administración (con las cautelas advertidas).

Hasta tal punto ambos regímenes se entenderían independientes, que sería compatible una mención estatutaria de que el cargo de consejero no es remunerado con la re-

tribución de un consejero por las funciones ejecutivas que este desempeñara, mediando el correspondiente contrato.

Esta interpretación de la dualidad de regímenes no solo fue sostenida por la doctrina (incluido algún miembro de la referida comisión de expertos que está en el origen de la Ley 31/2014), sino que también fue acogida por la DGRN en distintas resoluciones (RDGRN 30 de julio de 2015 o RDGRN 17 de junio de 2016).

Sin embargo, algunos fueron reticentes a admitir la validez del sistema dual en los términos anteriormente expuestos, propugnándose la aplicabilidad tanto de la necesidad de reserva estatutaria como del límite máximo fijado por Junta a cualquier remuneración que reciba un consejero, incluida aquella que tenga su origen en el desempeño de funciones ejecutivas.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018

Cuando ya parecía que la interpretación mayoritaria estaba ampliamente admitida y la cuestión empezaba a resultar pacífica, el Tribunal Supremo dictó una sentencia con fecha 26 de febrero de 2018 que dio un giro de 180° a la interpretación de la reforma operada por la Ley 31/2014. No hay que dejar de advertir, por un lado, que se trata de la única sentencia que se ha pronunciado en el sentido que a continuación comentaremos, por lo que todavía no constituye fuente complementaria de derecho y, por otro, que todo apunta a que el supuesto de hecho enjuiciado fue elaborado ex profeso para obtener una sentencia del Alto Tribunal en el sentido finalmente obtenido.

El artículo estatutario que fue objeto de enjuiciamiento fue el siguiente:

“El cargo de administrador no será retribuido, sin perjuicio de que, de existir consejo, acuerde éste la remuneración

que tenga por conveniente a los consejeros ejecutivos por el ejercicio de las funciones ejecutivas que se les encomienden, sin acuerdo de la junta ni necesidad de previsión estatutaria alguna de mayor precisión del concepto o conceptos remuneratorios, todo ello en aplicación de lo que se establece en el artículo 249.2º de la Ley de Sociedades de Capital."

La referida Sentencia del Tribunal Supremo no dio validez a dicha redacción, que concentraba en unas pocas líneas el supuesto extremo al que conducía la interpretación mayoritaria de la dualidad de regímenes retributivos. De acuerdo con esta sentencia, la Ley 31/2014 habría diseñado un sistema de retribución en tres niveles para las sociedades no cotizadas:

- i. **Primero:** los estatutos sociales, que deben determinar si el cargo es o no retribuido y, en su caso, el sistema de remuneración con detalle concreto de los conceptos retributivos en su condición de tales.
- ii. **Segundo:** la Junta General, que debe establecer el límite anual máximo del conjunto de los administradores, el cual permanecerá vigente en tanto la propia Junta no lo modifique.

Asimismo, la Junta también puede fijar una política de retribuciones (solo obligatoria para sociedades cotizadas), cuya intervención también se prevé tanto para la remuneración mediante participación en beneficios (art. 218 LSC) como para la remuneración vinculada a las acciones de la sociedad (art. 219 LSC).

- iii. **Tercero:** el órgano de administración, que, salvo acuerdo en contrario de la Junta (que, recordemos, siempre puede impartir instrucciones al respecto), tiene autonomía para distribuir la remuneración entre sus miembros y, en el caso del consejo, por acuerdo del órgano colegiado tomando en consideración las funciones y responsabilidades de cada consejero.

Adicionalmente, cuando se deleguen funciones ejecutivas en alguno de los consejeros, se celebrará un contrato entre la sociedad y el consejero en cuestión, donde se fijen todos los conceptos por los que este puede recibir remuneración por el desempeño de funciones ejecutivas.

La Sentencia del Tribunal Supremo añade que:

- a. la relación entre el artículo 217 LSC (relativo a la remuneración de los consejeros en su condición de tales y que se articula en torno a la reserva estatutaria y el límite máximo anual por Junta) y el artículo 249 LSC (que regula, entre otras cosas, la remuneración del consejero delegado por contrato) es de carácter acumulativo y no alternativo.

Por tanto, el contrato del consejero ejecutivo debe ajustarse necesariamente al marco estatutario y al im-

porte máximo anual de las retribuciones de los administradores que fije la Junta.

- b. el Consejo de Administración goza de un cierto ámbito de autonomía (por su competencia para distribuir la retribución entre los consejeros, si bien siempre dentro del marco estatutario y del importe máximo anual), que debe permitirle, además, adecuar las retribuciones por funciones ejecutivas a las cambiantes exigencias de las propias sociedades y del tráfico económico en general, y, por tanto, el marco estatutario ha de ser entendido, a estos efectos, de forma más flexible, compaginándolo con las debidas garantías para los socios, que no deben verse sorprendidos por remuneraciones desproporcionadas, no previstas en los estatutos y por encima del importe máximo anual.

Como veremos a continuación, tanto la RDGRN de 31 de octubre como la RDGRN de 9 de noviembre hacen alusión a este argumento del Tribunal Supremo (de hecho, palabra por palabra una respecto de la otra).

El Alto Tribunal basó su veredicto en, fundamentalmente, los siguientes argumentos:

- i. El artículo 217 LSC, que se titula "*Remuneración de los administradores*", no distingue entre distintas formas de administración, clases de administradores o tipologías de consejeros.
- ii. En nuestro sistema monista de administración, todos los consejeros, ejecutivos y no, tienen atribuidas funciones no solo deliberativas o de supervisión, sino también de representación y ejecutivas, y prueba de ello es que el artículo 209 LSC establece que "*es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley*".
- iii. Los consejeros ejecutivos reciben la delegación de funciones que son inherentes a los administradores delegantes, es decir, a su "condición de tales". Por tanto, no cabe distinguir entre "funciones ejecutivas delegables" y "funciones en su condición de tales indelegables".
- iv. La remuneración del administrador "en su condición de tal" se contrapone a aquella otra que pueda recibir el mismo administrador por relaciones de prestación de servicios o de obra que le vinculen a la Sociedad, la cual no requiere reserva estatutaria.
- v. La mayoría de los conceptos retributivos citados en los artículos 217 a 219 LSC son los propios de los sistemas de remuneración de consejeros ejecutivos.
- vi. El art. 249.bis.i LSC prevé que, entre las facultades que el consejo de administración no puede delegar, se encuentran "*las decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatuta-*

rio...”, sin distinguir a tal efecto entre clases o tipos de consejeros.

- vii. Si el artículo 217.3 LSC no es de aplicación a la remuneración por el desempeño de funciones ejecutivas, es difícil entender qué funciones y responsabilidades, que no sean las ejecutivas, pueden determinar el desigual reparto de la remuneración entre los consejeros.
- viii. Tampoco parece razonable que la remuneración por el desempeño de funciones ejecutivas no solo escape a la reserva estatutaria, sino también a los principios recogidos en el art. 217. LSC (proporcionalidad, orientación a rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo, etc.).

¿Un retorno de la DGRN en su Resolución de 31 de octubre?

La RDGRN de 31 de octubre resuelve un conflicto relativo a los siguientes dos párrafos incluidos en una cláusula estatutaria, en los que, según el Registrador, no se fijaba con precisión el sistema de remuneración de los consejeros ejecutivos.

“Sin perjuicio de lo anterior, los consejeros podrán desempeñar funciones ejecutivas y/o profesionales en la Sociedad, y en tal caso, tendrán derecho a percibir, adicionalmente, las retribuciones que correspondan por el desempeño de dichas funciones ejecutivas.

A tal fin, cuando uno de los miembros del Consejo de Administración se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de cualquier título, será necesario que se celebre un contrato entre éste y la Sociedad que deberá ser aprobado previamente por el Consejo de Administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión y deberá detallar todos los conceptos por los que el consejero pueda obtener una remuneración por el desempeño de sus funciones ejecutivas, incluyendo en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la Sociedad en concepto de primas de seguros o de contribución a sistema de ahorro.”

Así, esta RDGRN revoca la calificación del Registrador, que denegó la inscripción de estos dos párrafos, sobre la base de que sí prevén, aunque sea de un modo atípico, un sistema de remuneración para los consejeros ejecutivos, con detalle de los conceptos retributivos correspondientes (que, en este caso, serían indemnización por cese, primas de seguros y contribución a sistema de ahorro).

Es obvio que el artículo estatutario no incluye conceptos retributivos típicos (y que, seguramente, el consejero delegado afectado querrá entender que están incluidos) como una remuneración fija y una eventual remuneración varia-

ble. ¿Pero esa ausencia de lo típico impide que se pueda entender que se ha previsto un sistema sin esos dos elementos, pero sí con otros y, por tanto, imposibilita la inscripción registral del artículo? No, y así lo entiende la DGRN. Sin embargo, esta redacción probablemente no permitirá que ese consejero ejecutivo perciba, al menos reglamentariamente, un salario fijo cada mes y un bonus a final de año, ya que (i) de conformidad con el art. 249.4 LSC, el consejero no puede percibir cantidades o conceptos que no estén en el contrato y (ii) según el Tribunal Supremo, los consejeros ejecutivos no pueden percibir conceptos que no consten en los estatutos sociales; hasta ahí no llega la flexibilidad que propugnan.

Por tanto, la DGRN establece que no es tarea del Registrador valorar si los conceptos retributivos que conforman un sistema de retribución son usuales o no, sino verificar si el artículo estatutario contiene o no una descripción de un sistema, sea cual sea, que es lo que realmente se exige conforme a la interpretación que se hace de la ley.

La RDGRN de 9 de noviembre

Pocos días después, la DGRN vuelve a revocar la calificación negativa de una Registradora. Esta presupuso que el hecho de que se celebre un contrato entre la sociedad y el consejero delegado implica necesariamente que el cargo es retribuido. Así, la Registradora, con base en esa presunción y en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo anteriormente comentada, no inscribió el nombramiento del consejero delegado y, además, indicó que, para que fuese inscribible dicho nombramiento, habría de modificarse el artículo estatutario relativo a la remuneración, que indicaba que el cargo era gratuito.

Lo interesante de esta RDGRN de 9 de noviembre es que se deja claro:

- i. que la celebración de contrato es obligatoria, con independencia de que el consejero delegado reciba o no remuneración por el desempeño de funciones ejecutivas.
- ii. que la celebración de contrato es condición necesaria, pero no suficiente, para concluir que el desempeño de las funciones ejecutivas es remunerado, ya que se entiende que, aun cuando ese contrato sea accesorio a la relación orgánica entre la sociedad y el administrador, cabe regular en él cuestiones adicionales a la retribución, como, por ejemplo, resarcimiento de gastos. La Resolución cita algún otro ejemplo que nos resulta más dudoso, como una cláusula de permanencia.
- iii. no es competencia de los registradores verificar si el contenido del contrato cumple con las disposiciones del art. 249 LSC y, por tanto, si contradice o no el carácter gratuito o retribuido del cargo, ya que el contrato carece de publicidad alguna en el Registro Mercantil.

En consecuencia, de las dos Resoluciones cabe inferir que la DGRN entiende que la tarea de los Registradores ha de limitarse a verificar si la dicción de los artículos estatutarios que regulan la remuneración de los administradores se ajusta a la interpretación que se está haciendo de la ley, sin entrar a valorar aquello que no tiene acceso al Registro, como es el contrato que vincule al consejero delegado con la sociedad.

La flexibilidad de la reserva estatutaria para los consejeros ejecutivos

Resulta interesante que las dos Resoluciones comentadas hagan mención específica (con idénticas palabras) al argumento de la flexibilidad del marco estatutario en relación con los consejeros ejecutivos que el Tribunal Supremo invocó como positivo y necesario. Pero, al mismo tiempo, se echa de menos una aclaración sobre hasta dónde llega esa flexibilidad. Delimitar jurisprudencialmente los confines de dicha flexibilidad será muy positivo para una materia tan conflictiva como está resultando ser la remuneración de administradores, en especial, de los ejecutivos.

Como veremos a continuación, parte de los Registradores (al menos de Madrid) están entendiendo esa flexibilidad como alternatividad en relación con la lista de conceptos retributivos para los consejeros delegados, en contraposición a la rigidez e imposibilidad de elegir en relación con la remuneración de los administradores en su condición de tales.

Consideraciones prácticas a nivel registral

Más allá del carácter discutible, en el plano teórico, de algunos de los fundamentos de derecho de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018, los criterios que en la práctica registral de la plaza de Madrid se han impuesto tras su divulgación son los siguientes:

a. En el artículo estatutario, conviene dejar claro no solo si el cargo es o no remunerado, sino también si el desempeño de funciones ejecutivas se retribuye de forma adicional.

b. La remuneración de consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas no puede escapar al principio de reserva estatutaria y, por tanto, su correspondiente sistema debe estar expresamente previsto en los estatutos sociales, con detalle de los conceptos retributivos que puedan llegar a percibir, siendo el contrato correspondiente el lugar para fijar los conceptos y cantidades concretas.

En otras palabras, en los estatutos sociales interesa establecer una lista de conceptos retributivos completa, para después, en el contrato, elegir aquellos que interesen, teniendo en cuenta que solo se puede cobrar lo que está en el contrato y el contrato solo puede contener conceptos que consten en estatutos.

Como señalábamos antes, es aquí donde se puede observar la aplicación práctica de esa flexibilidad que propugna la referida Sentencia. Así, no se permite la alternatividad en el sistema de remuneración de los consejeros en su condición de tales y, por tanto, no cabe una lista de conceptos retributivos de la que después seleccionar aquellos que más interesen a la Junta cada año, sino que se entiende que todos los consejeros se benefician (al menos en teoría) de todos los conceptos allí previstos. De ahí que no se admitan redacciones del tipo *“el sistema de remuneración de los consejeros en su condición de tales podrá consistir en...”*, sino que se exigen redacciones que no abran una puerta a la alternatividad, como sería *“el sistema de remuneración de los consejeros en su condición de tales consistirá en...”*. Otros registros, sin embargo, muestran mayor flexibilidad a este respecto, limitando con ello la eficacia de la doctrina resultante de la sentencia del Tribunal Supremo.

c. La cuantía máxima de la remuneración anual del conjunto de los administradores debe contemplar también el importe de la retribución de consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas.



Remuneración de administradores y abuso de formalidad

Íñigo Hernáez
Departamento de Corporate / M&A

El Tribunal Supremo se reafirma en que constituye un inaceptable abuso de formalidad cuando la sociedad pretende no pagar una indemnización por cese del administrador único que desempeñaba funciones gerenciales, porque esta no se encuentra reflejada en los estatutos.

El Tribunal Supremo ha dictado, el pasado 20 de noviembre de 2018, una sentencia sobre retribución de administradores que, si bien no trata sobre la interpretación del régimen legal tras la reforma de 2014, merece la pena ser comentada.

La mencionada Sentencia dirime sobre un conflicto surgido en el seno de una sociedad limitada de accionariado familiar, a la que el demandante reclamaba una indemnización por cese. Los estatutos sociales de la sociedad demandada establecían que el cargo de administrador sería retribuido y que dicha retribución consistiría en una cantidad fija anual que la Junta General habría de determinar para cada ejercicio. Además, se preveía que, *"si los administradores prestasen a la Sociedad servicios como director, gerente, apoderado o como empleado, la remuneración que por cualquier de estos conceptos reciba, requerirá el previo acuerdo de la Junta General y será fijada en función del trabajo que desarrolle y no en función de su carácter de Administradores, que es totalmente independiente"*.

El demandante había sido nombrado administrador único y gerente de la sociedad demandada y, posteriormente, la

Junta general de la sociedad aprobó, con el voto de todos los socios, que, en caso de extinción por cualquier motivo de la relación existente, la sociedad habría de satisfacer al directivo en concepto de indemnización ciertas cantidades *"con independencia de la calificación que, llegado el momento, recibiera la relación mantenida entre D. Gregorio y la mercantil"*. Así, el demandante percibió las cantidades que había fijado la junta de forma regular desde su nombramiento hasta su cese, tiempo durante el que desarrolló las funciones propias del administrador, incluidas las actividades gerenciales que exigía la actividad de su empresa.

Ante la reclamación por parte del demandante del pago de la indemnización por cese prevista en el acuerdo de Junta General, el juzgado Mercantil estimó la demanda pero la Audiencia Provincial a la que apeló la sociedad demandada la desestimó, por considerar que el demandante no llevaba a cabo otras funciones que no fueran las del administrador y que la junta de socios no había adoptado acuerdo alguno para que el demandante cobrara como administrador, a pesar de que en los estatutos se recogía que el cargo era retribuido.

El Tribunal Supremo resalta la relevancia de que los estatutos prevean la retribución del administrador, fijando un sistema de retribución del cargo de administrador (cantidad fija) y determinando que la junta debiera fijar la retribución de la remuneración del administrador que desempeñe funciones gerenciales. La redacción estatutaria distinguía con "total independencia" la retribución en consideración a la función de administrador único y a la de gerente. Además, el sistema de retribución estatutariamente fijado carecía de la exigible concreción en cuanto a la retribución de las funciones gerenciales del administrador, puesto que se limitaba a prever que *"requerirá el previo acuerdo de la*



El Tribunal Supremo consideró que la negativa de la sociedad a abonar la retribución acordada en junta por carecer de sustento estatutario, y no satisfacer las normas reguladoras de la retribución del administrador, se revela como un caso de “abuso de la formalidad” que se invoca para desvincularse de las obligaciones asumidas.

junta general y será fijada en función del trabajo que desarrolle”. No obstante, el Tribunal Supremo advirtió que la retribución del administrador que llevaba también la “gestión y dirección cotidiana” de la sociedad, en tanto que gerente de la misma, fue fijada por un acuerdo unánime de todos los socios. Y este acuerdo se refería no sólo a la retribución fija anual, sino también a una eventual indemnización en caso de cese, utilizando expresiones muy terminantes.

Así, aunque los estatutos no cumplieran con las exigencias legales de fijación estatutaria del sistema de retribución, el Tribunal Supremo consideró que la negativa de la sociedad a abonar la retribución acordada en junta por carecer de sustento estatutario, y no satisfacer las normas reguladoras de la retribución del administrador, se revela como un caso de “abuso de la formalidad” que se invoca para desvincularse de las obligaciones asumidas.

En apoyo de su tesis, el Tribunal Supremo hace una extensa transcripción de otra sentencia, de 25 de junio de 2013, por la similitud de los casos objeto de recurso, siendo las razones expuestas entonces de plena aplicación al presente caso. En definitiva, lo que el Alto Tribunal deja claro es que la finalidad del sistema legal de retribución, que exige la constancia estatutaria del sistema de retribución, no se frustra cuando la indemnización ha sido fijada de forma unánime por los socios. En tal caso, la pretensión de la sociedad de desvincularse posteriormente respecto a aquel acuerdo unánime para indemnizar al administrador en caso de cese debería considerarse un abuso de exigencias formalistas, que no puede ser aceptado.

Vulneración del derecho de huelga en empresas del mismo grupo mercantil

Carmen Bardi
Departamento de Laboral

La modificación puntual de los procesos productivos en un grupo de empresas mercantil como consecuencia de una huelga en una de las empresas del grupo vulnera el derecho fundamental a la huelga.

Los procesos de descentralización productiva, cada vez más habituales, están modificando profundamente varios conceptos clásicos de las relaciones laborales –como la figura del empleador y del trabajador–. Estas nuevas dinámicas de producción exigen la reinterpretación de varias figuras jurídico-laborales como, por ejemplo, el derecho a la huelga. En relación con esta cuestión, el Tribunal Supremo, en su sentencia núm. 885/2018 de 3 de octubre de 2018 (la “Sentencia”), declara que vulnera derecho a la huelga la alteración de la dinámica del ciclo productivo de un grupo de empresas que tiene por consecuencia la neutralización de una huelga convocada en una de las sociedades que lo conforman.

El conflicto que da lugar a la Sentencia se inicia en el seno de un grupo de empresas de comunicación. En una de las sociedades que compone el grupo –aquella que tiene por objeto la impresión de los productos de prensa– se convoca una huelga, que es secundada por todos sus trabajadores.

Como consecuencia de la misma, el director de dicha sociedad comunica al director de una sociedad editora del grupo la existencia del conflicto colectivo, mencionando que, como consecuencia de la imposibilidad de imprimir sus productos, tendrá que acudir a terceras empresas. Fi-

nalmente, dos sociedades editoras del grupo encargaron la impresión de sus respectivas publicaciones a empresas ajenas al grupo durante los períodos de huelga.

La Confederación General del Trabajo interpone demanda por vulneración del derecho fundamental de huelga frente a las tres sociedades: la empleadora de los huelguistas, cuya actividad principal era la impresión de las publicaciones de las codemandadas, y las dos sociedades editoras que desviaron la actividad de impresión.

La sentencia de instancia resolvió que los demandados vulneraron el derecho de huelga del demandante, declarando la nulidad de dichas actuaciones y condenándoles al abono de una indemnización por daños morales de 6.000 euros. Los demandados recurrieron dicha sentencia en suplicación, desestimando el Tribunal Superior de Justicia el recurso. La sentencia de suplicación es recurrida en casación unificadora ante el Tribunal Supremo por las tres entidades demandadas.

En sus recursos, las demandadas argumentan que las mismas forman parte de un grupo de empresas a efectos meramente mercantiles –y no laborales– por lo que el grupo no es el común empleador de todos los trabajadores. Por ello, entienden que la decisión de las dos empresas editoras, no empleadoras de los trabajadores en huelga, de encargar la impresión de sus publicaciones a terceras empresas se enmarca dentro de la libertad de empresa.

Para la resolución del litigio, el Tribunal Supremo expone, en primer lugar, la reciente doctrina jurisprudencial sobre el derecho a la huelga en supuestos de producción descentralizada. En este sentido, distingue los supuestos de contratación y subcontratación de aquellos en los que, en el



Concluye el Tribunal Supremo que, siendo la huelga un medio de presión –resultando, a tal fin, fundamental que las publicaciones no llegaran al mercado con normalidad– la alteración de las dinámicas de producción en el seno del grupo mercantil eliminó la vertiente externa de la huelga, vaciándola de contenido.

marco de un grupo de empresas mercantil, diversas empresas llevan a cabo determinadas funciones del ciclo productivo.

Respecto de los primeros, recuerda las conclusiones de varias sentencias, entre las que se encuentra la de 16 de noviembre de 2016. Según la misma, en los supuestos de huelga de los trabajadores de empresas contratistas, la empresa principal puede contratar los servicios proporcionados por dichas empresas con terceras entidades sin que ello vulnere el derecho a la huelga. Entiende el Alto Tribunal que, si se impide que las empresas cliente puedan contratar los servicios con otras sociedades, la huelga tendría efectos exorbitantes por cuanto se llegaría a la situación de que los consumidores no podrían adquirir productos o servicios a otras empresas.

El Tribunal Supremo razona que, en los supuestos de subcontratación, el fenómeno de la descentralización se produce entre empresas independientes entre sí y con un vínculo meramente mercantil, sin que estén condicionadas por estrategias conjuntas de producción o comercialización. Por tanto, no existe ninguna circunstancia que obligue a la empresa principal a respetar la huelga.

Estas conclusiones, sin embargo, no son extrapolables a los procesos de descentralización productiva en el marco de un grupo de empresas mercantil. Siguiendo la doctrina creada en el Caso Pressprint (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015) aunque en los grupos de empresas mercantiles no exista un empleador común como “grupo”, sí existiría una obligación conjunta de respetar los derechos laborales de sus empleados. La relación entre las empresas del grupo tiene una especial intensidad por cuanto la impresión de los periódicos es, en realidad,

una parte del ciclo común de la edición y producción de prensa escrita. De este modo, existe una especial vinculación entre los huelguistas y las empresas del grupo editoras que desvían los pedidos. Por otro lado, la actuación de las empresas anuló la vertiente externa de la huelga – esto es, hacer visible al público el conflicto colectivo existente– por cuanto los productos llegaron con normalidad y sin dificultades a los consumidores.

Por consiguiente, concluye el Tribunal Supremo que, siendo la huelga un medio de presión –resultando, a tal fin, fundamental que las publicaciones no llegaran al mercado con normalidad– la alteración de las dinámicas de producción en el seno del grupo mercantil eliminó la vertiente externa de la huelga, vaciándola de contenido. Por ello, se entiende que dicha conducta sí es vulneradora del derecho fundamental a la huelga.

La Sentencia se enmarca en la reciente jurisprudencia delimitadora de las vulneraciones del derecho a la huelga en los procesos de descentralización productiva, confirmando la doctrina existente en relación con los grupos de empresas mercantiles y distinguiendo con más claridad dichos supuestos de aquellos de contratación y subcontratación de servicios entre empresas sin vínculos societarios.

El TJUE anula parcialmente el Reglamento (UE) 2016/646 sobre emisiones contaminantes

Maitane Puente
Departamento de Derecho Público y Sectores Regulados

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha anulado parcialmente, en sentencia de 13 de diciembre de 2018, el Reglamento (UE) 2016/646, por considerar que se extralimitó al modificar los límites de las emisiones de óxidos de nitrógeno fijados por el Reglamento (UE) 715/2007, que constituían un elemento esencial del marco normativo medioambiental de la Unión.

El Reglamento de la Comisión Europea nº 2016/646, de 20 de abril de 2016, introdujo dos disposiciones clave respecto de las emisiones contaminantes y su evaluación: por un lado, fijaba un plazo al periodo durante el cual solo deberían utilizarse los ensayos de RDE¹ con fines de seguimiento, determinando las fechas de aplicación de los valores NTE² en el marco de estos ensayos, a efectos de conceder o denegar la homologación de tipo y, posteriormente, la matriculación, la venta o la puesta en servicio de vehículos nuevos; por otro lado, determinaba el factor de conformidad *CFpollutant*³ con respecto a los óxidos de nitrógeno, cuyo valor se fijaba en 2,1, como opción para los fabricantes en un periodo transitorio de dos años y cuatro meses a partir de la fecha en la que la conformidad con dichos ensayos es necesaria para la matriculación, la venta o la puesta en ser-

vicio de los vehículos nuevos. El valor normal de conformidad *CFpollutant* para los óxidos de nitrógeno, denominado "definitivo", se fijó en 1,5.

Los demandantes en el caso (asuntos acumulados T-33916, T-352/16 y T-391/16), los Ayuntamientos de París, Bruselas y Madrid, argumentaron que la Comisión había vulnerado el Derecho Comunitario al haber promulgado un Reglamento que alteraba un elemento esencial del Reglamento nº 715/2007 y que establecía unos límites de emisiones contaminantes superiores a los previstos en el Reglamento nº 715/2007.

En este sentido, el Tribunal ha apreciado las siguientes dos cuestiones principales:

De una parte, el carácter esencial o no del anexo I del Reglamento nº 715/2007, que establecía los límites de las emisiones de óxidos de nitrógeno fijados por la norma Euro 6; de otra parte, la competencia de la Comisión Europea para implementar factores de conformidad *CFpollutant* que modifican los límites de las emisiones fijados por la norma Euro 6 en el anexo I del Reglamento no. 715/2007.

Respecto de la primera cuestión, el Tribunal ha sentenciado que, efectivamente, los límites de las emisiones de óxidos de nitrógeno fijados para la norma Euro 6 indicados en el anexo I del Reglamento no. 715/2007 constituyen un elemento esencial del Reglamento e, incluso, el elemento central, dado que todas las disposiciones de dicho Regla-

1. Ensayos en condiciones reales de conducción.

2. Valores de emisiones de óxidos de nitrógeno no sobrepasables.

3. Factor de Conformidad, referido al cumplimiento medio del vehículo con los límites de emisiones.



La anulación del Reglamento 2016/646 en su anexo II, punto 2, conlleva su desaparición del ordenamiento jurídico de la Unión.

mento se dirigen a cumplir esos límites –junto con otros límites relativos a otras emisiones contaminantes– durante la vida normal de los vehículos y en condiciones normales de utilización. Además, este carácter esencial se ve reforzado por el hecho de que los citados límites fueron definidos primigeniamente por los órganos legislativos de la Unión Europea, el Parlamento y el Consejo, y, en este sentido, no existe ninguna disposición en el Reglamento que habilite a la Comisión para modificarlos en el marco de sus competencias de ejecución.

En cuanto a la segunda cuestión, el Tribunal ha estimado que el establecimiento por parte del Reglamento 2016/646 del factor de conformidad *CF_{pollutant}* provisional de 2,1, fijando valores NTE de emisiones de óxidos de nitrógeno en ensayos RDE, lo cual resulta en unos límites de emisiones contaminantes superiores a los fijados por la norma Euro 6, constituye una extralimitación de la Comisión en el ejercicio de sus competencias.

En conclusión, la anulación del Reglamento 2016/646 en su anexo II, punto 2, conlleva su desaparición del ordenamiento jurídico de la Unión. A su vez, la Comisión deberá eliminar la disposición anulada de los actos subsiguientes de los que sea autora –en los que haya incluido esta disposición–, así como excluirla de sus actos futuros, teniendo en cuenta no solo el fallo de la sentencia, sino también sus fundamentos.

La venta a pérdida pasa a estar prohibida únicamente si es desleal

Carlos Vérguez, Aida Oviedo y Ramón Abaroa
Departamento de Competencia y UE

La reciente modificación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista en lo relativo a la prohibición de la venta a pérdida ha suprimido su carácter general. De este modo, en virtud del cambio introducido por el [Real Decreto-Ley 20/2018 \(RDL\)](#), de 7 de diciembre, la ilicitud de esta práctica solo depende de su deslealtad, conforme a los criterios fijados en la [Ley de Competencia Desleal](#) y en la [Directiva sobre prácticas comerciales desleales](#).

La redacción anterior del artículo 14.1 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) establecía una prohibición con carácter general de la venta a pérdida (salvo para los supuestos de venta de saldos y ventas en liquidación) que se calificaba como infracción grave y podía ser sancionada con multas de 6.000 euros a 300.000 euros (en caso de reincidencia).

El carácter general y absoluto de la prohibición suponía que las autoridades administrativas no tuvieran que entrar a valorar el contexto específico en el que la venta a pérdida se había producido y pudieran sancionar directamente. Además, la prohibición general implicaba una inversión de la carga de la prueba, ya que la empresa que hubiera vendido a pérdida se veía en la obligación de demostrar que dicha venta podía incardinarse en la excepción de ventas de saldos o en la de ventas en liquidación. Al tratarse de un ilícito específico, formulado con carácter general –aunque

dentro del ámbito de aplicación de la LOCM– la sanción no podía evitarse, aunque se demostrase que no se cumplían los requisitos para su deslealtad, tal y como se formulan en el artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal (LCD).

El 19 de octubre de 2017, a raíz de una cuestión prejudicial sobre ese precepto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) adoptó una sentencia (*asunto Europamur*) en la que declaró que el artículo 14 de la LOCM vulneraba el Derecho de la Unión Europea (en particular, la [Directiva sobre prácticas comerciales desleales](#)) pues establecía una prohibición general de la venta a pérdida.

En este contexto, y tras más de un año de incertidumbre, el Gobierno ha publicado el RDL en cuestión para adecuar la LOCM a lo dispuesto tanto por la Directiva de prácticas comerciales desleales, como por la sentencia en el asunto *Europamur*. A este respecto, cabe notar que, durante este año, algunas autoridades de competencia se han pronunciado en contra de aplicar la prohibición general (así, por ejemplo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el asunto *Uber* y la Comisión de Defensa de la Competencia Valenciana en el asunto *Cacsa*).

El nuevo artículo 14 de la LOCM permite la venta a pérdida con la sola limitación de que ésta no sea desleal, y enumera los únicos cuatro supuestos en los que una venta a pérdida se podría considerar desleal. Los tres primeros son los recogidos en el artículo 17.2 de la LDC, es decir, cuando la venta a pérdida:

(a) *“Sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos del mismo establecimiento”;*



Cabe entender que el estándar legal que aplicarán las Administraciones Autonómicas cuando invoquen el incumplimiento de esta disposición deberá ser equiparable al que apliquen los Juzgados de lo Mercantil cuando se invoque la infracción del artículo 17 de la LCD.

(b) *“Tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajeno”*; y

(c) *“Forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado”*.

El último supuesto (*“[d] cuando forme parte de una práctica comercial que contenga información falsa sobre el precio o su modo de fijación, o sobre la existencia de una ventaja específica con respecto al mismo, que induzca o pueda inducir a error al consumidor medio y le haya hecho tomar la decisión de realizar una compra que, de otro modo, no hubiera realizado”*) constituye una transposición del artículo 6.1 de la Directiva de prácticas comerciales desleales. A este respecto, si bien la Directiva ya había sido transpuesta al ordenamiento jurídico nacional, esa transposición no había eliminado el carácter general de la prohibición (que ahora sí modifica el RDL).

De conformidad con lo anterior, la modificación más relevante introducida por el RDL es la eliminación del carácter automático de la prohibición –y de la imposición de sanciones– ante un supuesto de venta a pérdida.

El Gobierno habría podido suprimir el artículo 14.1 LOCM, pues la venta a pérdida desleal se contempla ya en la LCD. Sin embargo, se ha optado por la duplicidad normativa, estableciendo que únicamente si es desleal (por incardinarse en alguno de los cuatro supuestos previstos) podrá sancionarse. La solución no es neutra. Aunque la duplicidad siempre puede generar problemas de coordinación, va a seguir permitiendo la imposición de sanciones administrativas en el marco de la LOCM, que no habrían sido posibles sin su mantenimiento. Así, las Administraciones Autonómicas retendrán su capacidad de perseguir la venta a

pérdida –e imponer multas–, si bien con la carga de demostrar su carácter desleal, lo que convierte a la vía administrativa en mucho menos atractiva que con anterioridad a la reforma del artículo 14 LOCM.

Por otra parte, cabe entender que el estándar legal que aplicarán las Administraciones Autonómicas cuando invoquen el incumplimiento de esta disposición deberá ser equiparable al que apliquen los Juzgados de lo Mercantil cuando se invoque la infracción del artículo 17 de la LCD.

CMS en el mundo



La presente publicación no constituye opinión profesional o asesoramiento jurídico de sus autores. Para cualquier duda, póngase en contacto con CMS Albiñana & Suárez de Lezo (cms-asl@cms-asl.com).



Law . Tax

Your free online legal information service.

A subscription service for legal articles on a variety of topics delivered by email.
www.cms-lawnow.com



Law . Tax

Your expert legal publications online.

In-depth international legal research and insights that can be personalised.
eguides.cmslegal.com

CMS Legal Services EEIG (CMS EEIG) is a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent law firms. CMS EEIG provides no client services. Such services are solely provided by CMS EEIG's member firms in their respective jurisdictions. CMS EEIG and each of its member firms are separate and legally distinct entities, and no such entity has any authority to bind any other. CMS EEIG and each member firm are liable only for their own acts or omissions and not those of each other. The brand name "CMS" and the term "firm" are used to refer to some or all of the member firms or their offices.

CMS locations:

Aberdeen, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Funchal, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Ljubljana, London, Luanda, Luxembourg, Lyon, Madrid, Manchester, Mexico City, Milan, Monaco, Moscow, Munich, Muscat, Paris, Podgorica, Poznan, Prague, Reading, Rio de Janeiro, Riyadh, Rome, Santiago de Chile, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sheffield, Singapore, Skopje, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

cms.law