

Referencias Jurídicas

Septiembre 2016

Posts jurídicos

Corporate / M&A

Responsabilidad contractual del auditor frente a la sociedad auditada2
Daniel Gutberlet

En una comunidad hereditaria sobre acciones, se decide por mayoría, por aplicación de las reglas de la copropiedad4
Elena Alcázar

¿Cuál es el plazo para que un socio ejercite la acción de exclusión de otro socio?6
Celso Méndez

Laboral

Libre circulación de ciudadanos en la Unión Europea y acceso a prestaciones sociales8
Alejandro Gil y Elena Esparza

Público y Sectores Regulados

El método de valoración de una licitación no ha de ser público, si bien no podrá alterar los criterios de adjudicación10
Carlos Tallón

Procesal

Recuperación en el concurso de los bienes cedidos en arrendamiento financiero versus resolución por incumplimiento contractual12
Juan Ignacio Fernández Aguado

Competencia y Derecho de la UE

Debate resuelto: el TS falla en favor de la CNMC en materia de caducidad14
Aida Oviedo y Patricia Liñán



Responsabilidad contractual del auditor frente a la sociedad auditada

Daniel Gutberlet
Departamento de Corporate / M&A

El Tribunal Supremo establece, en la sentencia de 1 de julio de 2016, que el auditor de las cuentas anuales responde contractualmente frente a la sociedad auditada. En la sentencia, el Tribunal Supremo trata de la diligencia debida de los auditores y la defectuosa realización de la auditoría, como consecuencia del incumplimiento del deber de comprobar los datos económicos falsos facilitados por un gerente de la sociedad auditada.

La sentencia se refiere a un supuesto en el que la demandante encargó la auditoría de sus cuentas anuales de los años 2005 a 2009 a una sociedad de auditoría. La demandante es una empresa de fabricación de productos básicos de hierro, acero y ferroaleaciones a la que la demandada prestaba sus servicios de auditoría.

En julio de 2010 se detectó que la cifra de las existencias era muy inferior a la cifras facilitadas por el ex-gerente de la empresa y, por consiguiente, había una disparidad entre las existencias contabilizadas y las realmente existentes. Resultó probado que el ex-gerente de la demandante había ocultado durante años la apropiación indebida de mercancía y existencias, manipulando los listados que entregaba a la sociedad de auditoría.

El mecanismo de control de la veracidad de los listados (diseñado por la sociedad auditada y la auditora) preveía

un recuento físico de las partidas en el almacén que se presumían de mayor valor. Sin embargo, la auditora no verificó directamente del depositario la información sobre las existencias.

La sociedad auditada instó una acción de responsabilidad contractual contra la sociedad de auditoría porque durante las auditorías correspondientes a los ejercicios 2005 a 2009 no se había detectado la desaparición de aproximadamente 2.879.806 kg de material siderúrgico, principalmente chapa. Esto produjo beneficios contables de la empresa que en realidad no existían y un perjuicio fiscal para la demandante de 427.436, 23 euros.

Por tanto, el fondo de la cuestión presentada en el recurso ante el Tribunal Supremo ("TS") residía en determinar si hubo una conducta antijurídica de la auditora en la elaboración de los informes por no haber detectado las irregularidades respecto a las existencias y los datos facilitados por el gerente y, en particular, por no haber verificado la exactitud de la referencia contable de las existencias que estaban en el almacén mediante una comunicación directa con el tercero depositario.

El TS expone en su sentencia que emitir el informe de auditoría comporta una obligación de resultado, propia de un contrato de obra. Pero en cuanto al objetivo final perseguido, avalar la fiabilidad de la información económico-contable suministrada por la sociedad y asegurar que no existen irregularidades relevantes, la obligación de los auditores es de medios. Consiste, concretamente, en llevar a cabo la revisión y la verificación de aquellos datos según unas normas técnicas, que en condiciones normales resultan eficaces.



El TS expone que los auditores se comprometen a desarrollar la actividad de verificación con arreglo a unos parámetros, cuyo seguimiento es el que determinará el grado de cumplimiento de sus obligaciones.

Sin embargo, según el TS, no puede concluirse que los auditores asuman la obligación de detectar dichas irregularidades, y que el no haberlas detectado y reflejado en su informe determine siempre un incumplimiento contractual. El TS expone que los auditores se comprometen a desarrollar la actividad de verificación con arreglo a unos parámetros, cuyo seguimiento es el que determinará el grado de cumplimiento de sus obligaciones.

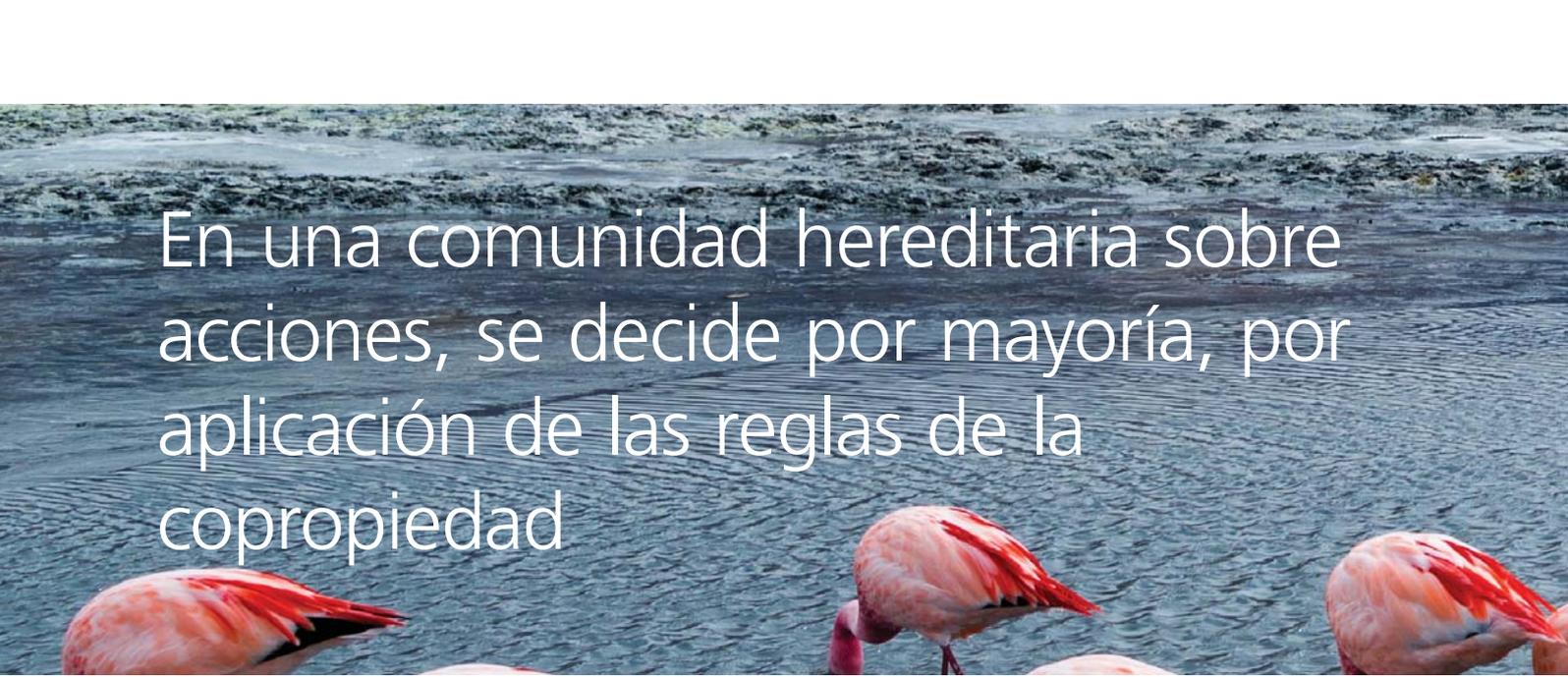
Concretamente, el TS destaca el epígrafe 18 de la Norma Técnica de Auditoría que expone: *“Cuando hay existencias bajo custodia y control de terceros, el auditor normalmente obtiene confirmación directa de ellos en cuanto a la cantidad y condición física de las existencias que están en esa situación.”*

Por ello, el TS considera que debido a la relevancia que en este caso tenía la partida de existencias en las cuentas anuales, omitir la comunicación directa y alguna de las medidas adicionales sugeridas en la norma técnica sí que constituye una actuación contraria a la *lex artis ad hoc*, y su omisión constituye un comportamiento negligente.

En referencia a la citada omisión, el TS además aprecia una relación de causalidad respecto al pago de impuestos societarios injustificados por beneficios contables de la empresa, que en realidad no existían y que produjo un perjuicio fiscal para la demandante de 427.436, 23 euros. Como existe una concurrencia de causas (la conducta del gerente que realizó la desaparición de las existencias), el TS condena a la auditora a pagar no la totalidad, sino un 50% del perjuicio (213.718,11 euros).

Cabe destacar que lo especial de esta sentencia reside en que la responsabilidad de la auditora no es frente a

terceros sino frente a la empresa que la contrató, siendo además una de las primeras ocasiones en que los tribunales declaran a una sociedad de auditoría responsable por negligencia en la supervisión de las cuentas de una sociedad.



En una comunidad hereditaria sobre acciones, se decide por mayoría, por aplicación de las reglas de la copropiedad

Elena Alcázar
Departamento de Corporate / M&A

El pasado 6 de junio el TS dictó una sentencia en la que establecía que el régimen aplicable a la representación de un paquete de acciones perteneciente a una comunidad hereditaria es el de mayoría recogido en el artículo 398 CC, descartando la aplicación de otras reglas especiales, como la contenida en el artículo 795 LEC, por haberse aceptado la herencia pura y simplemente.

En su sentencia de 6 de junio de 2016, el TS establece que el régimen aplicable a la representación de un paquete de acciones titularidad de una comunidad hereditaria para el ejercicio de los derechos de socio es el de la comunidad de bienes, concretamente, el régimen de mayoría regulado en el artículo 398 CC.

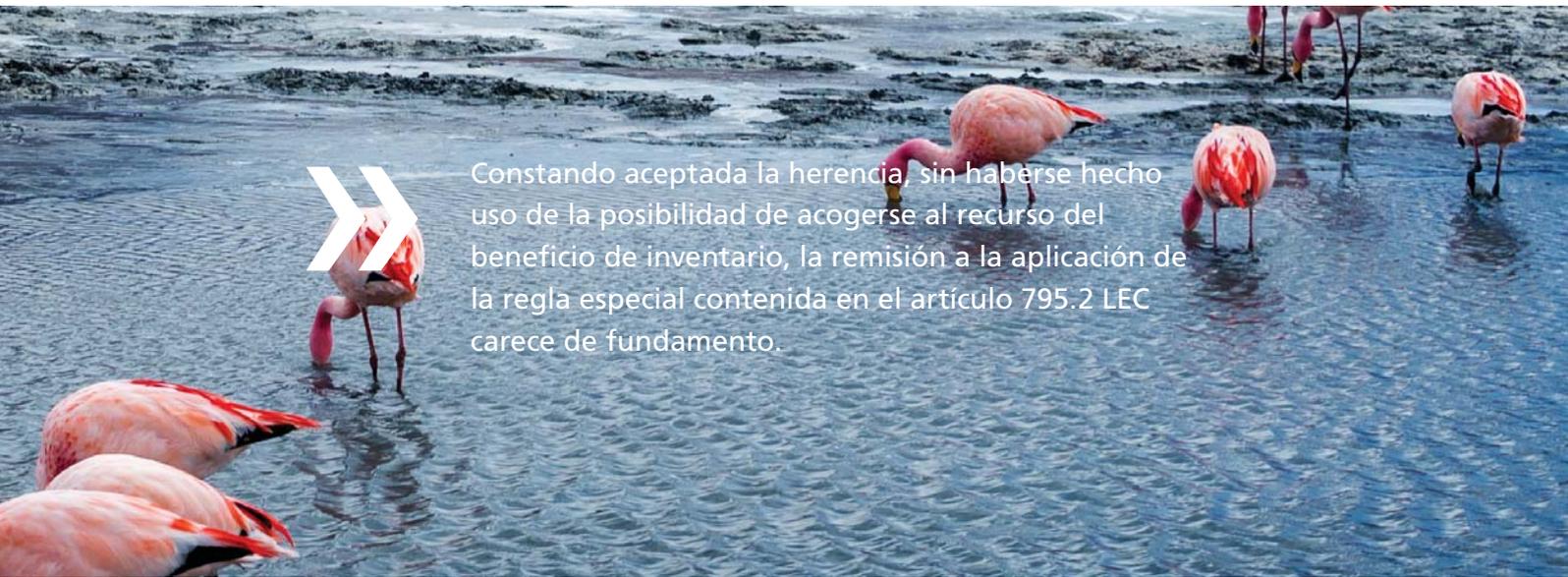
La cuestión de fondo referida se planteó como consecuencia de la demanda interpuesta por tres personas físicas contra una sociedad anónima, solicitando que se ordenase la inscripción de una de ellas en el libro registro de acciones nominativas de la sociedad, como representante de la comunidad hereditaria, para el ejercicio de los derechos de socio que correspondían al paquete accionarial incluido en la herencia. Los tres actores ostentaban de forma conjunta el 53,12% de la comunidad hereditaria (un 17,70% cada uno de ellos), mientras que una cuarta persona, a cuyo nombre se

había inscrito la representación de las acciones, ostentaba el 46,87% restante.

En las sentencias de primera y segunda instancia se estimaron las pretensiones de los actores, desestimando el TS en la sentencia que aquí se analiza el recurso de casación interpuesto por la entidad demandada.

La inscripción como representante del paquete de acciones pertenecientes a la comunidad hereditaria a la persona que ostentaba la titularidad del 46,87% de ésta, se había practicado sobre la base del artículo 795 LEC. Dicha norma establece que, una vez hecho el inventario de los bienes de la herencia, el tribunal debe determinar lo que según las circunstancias corresponda sobre la administración del caudal, su custodia y conservación. Para ello ha de atenderse a la voluntad del testador y, en su defecto, a lo establecido en una serie de reglas recogidas en ese artículo. Entre esas normas, se encuentra la que dispone el nombramiento como administrador del viudo o la viuda y, en su defecto, del heredero o legatario de parte alícuota que tuviera mayor parte en la herencia.

El TS descarta la aplicación del artículo 795.2 LEC (por remisión del artículo 1.020 CC), que había sido propuesta por la parte recurrente, considerando que el artículo 1.020 CC condiciona la remisión a la LEC a que, por vía judicial, se haya realizado la aceptación de la herencia a beneficio de inventario. Constando aceptada la herencia, sin haberse hecho uso de la posibilidad de acogerse al recurso del beneficio de inventario, la remisión a la aplicación de la regla especial contenida en el artículo 795.2 LEC carece de fundamento para dirimir a quién le corresponde ostentar la representación de la herencia en el ejercicio de los derechos de socio del paquete accionarial.



Constando aceptada la herencia, sin haberse hecho uso de la posibilidad de acogerse al recurso del beneficio de inventario, la remisión a la aplicación de la regla especial contenida en el artículo 795.2 LEC carece de fundamento.

Ante la falta de previsión normativa sobre esta cuestión en la regulación de la comunidad hereditaria, y las circunstancias del presente caso (ausencia de disposición testamentaria al respecto y falta de acuerdo entre los coherederos), la remisión correcta, dada la situación de comunidad e indivisión de bienes, es a las normas que rigen la comunidad de bienes. En ese ámbito, el artículo 398 CC establece para la administración de los bienes comunes el principio de mayoría, esto es, la adopción de acuerdos por la mayoría de los partícipes. Se entiende que existe mayoría cuando el acuerdo se adopta por los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad o el mayor capital de la comunidad.

En este sentido, la Sala cita la previsión normativa contenida en el artículo 126 LSC que, en los casos de copropiedad de participaciones sociales o acciones, se remite a las reglas de la comunidad ordinaria a la hora de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio.

¿Cuál es el plazo para que un socio ejercite la acción de exclusión de otro socio?

Celso Méndez
Departamento de Corporate / M&A

Sentencia de 29 de junio de 2016, del Tribunal Supremo, relativa al plazo de caducidad que debe tenerse en cuenta para determinar si el socio que ha votado a favor de la exclusión de otro socio o socios está legitimado para ejercer la acción de exclusión o su acción ya consta caducada.

El 29 de junio de 2016 el Tribunal Supremo resolvía el conflicto societario iniciado a finales de 2010 al acordarse en la junta de una sociedad anónima la exclusión de una de las socias titular del 50% del capital social.

Concretamente, el 10 de diciembre de 2010 se celebró la junta general de la sociedad de responsabilidad anónima (la "Sociedad") en la que se acordaba la exclusión de la socia excluida (socia A) por infringir el deber de no competencia. Cabe decir que la socia excluida además de ser titular del 50% del capital social ostentaba el cargo de administradora. En 2011, el Juzgado de lo Mercantil de Girona dictaba sentencia acordando el cese de la socia como administradora, sentencia que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Girona en 2012. En ninguna de las citadas sentencias se trató de la exclusión de la socia A de la Sociedad, dado que esta no fue solicitada en la demanda presentada por la Sociedad, debiendo posiblemente haberlo sido.

El 29 de mayo de 2013 otra socia B (titular del otro 50% del capital social de la Sociedad y que había votado a

favor de la exclusión de la socia A), interpuso ante el Juzgado de lo Mercantil demanda solicitando la declaración de validez del acuerdo adoptado el 10 de diciembre de 2010 y la consiguiente exclusión de la socia A de la Sociedad.

La socia B defendía que había cumplido con todos los requisitos recogidos en el artículo 352.3 LSC y que estaba, por tanto, legitimada para ejercitar la acción de exclusión en nombre de la Sociedad al haber votado a favor de la exclusión y al no haberla instado la Sociedad en el plazo de un mes desde la fecha de adopción del acuerdo (recordemos que dicho acuerdo se adoptó el 10 de diciembre de 2010).

Pese a la argumentación de la socia B el Juzgado de lo Mercantil decidió desestimar la demanda. Sustentaba su fallo en la afirmación de que la demandante conocía que la Sociedad no había ejercitado la acción de exclusión, como mínimo, desde enero de 2011, y que por tanto, tal y como citaba la doctrina de la STS de 9 de abril de 2003, la socia B habría dispuesto desde la finalización del periodo de un mes del que contaba la Sociedad para ejercitar la acción de exclusión (*dies a quo*) de un mismo periodo de caducidad de un mes para ejercitar la acción por cuenta de la misma, periodos que ya habían caducado.

Tras el citado fallo, la socia B instó recurso de apelación ante la Audiencia Provincial que entendió que, al no establecerse en el artículo 352.3 LSC plazo alguno de caducidad para el ejercicio por los socios de la acción de exclusión, debería aplicarse el plazo de 3 años reconocido en el artículo 947 CCom (plazo aplicable a la prescripción de las acciones de los socios contra la sociedad o



El TS ha mantenido una doctrina que no está libre de críticas, al no valorarse la posibilidad (defendida por algún autor) de aplicar el plazo de un año reconocido en el artículo 205.1 LSC para la impugnación de acuerdos.

viceversa) no habiendo, por tanto, pasado el plazo y debiéndose estimar el recurso y revocar la sentencia.

La socia A recurrió la decisión en casación ante el TS que aprovechó la oportunidad para reiterar la doctrina contenida en su sentencia del 9 de abril de 2003 y estimar el recurso fallando en favor de la socia A y en contra de la acción de exclusión.

El TS en su interpretación del artículo 352.3 LSC mantiene que no se aprecia razón alguna para variar el criterio utilizado en su anterior sentencia y expone que *“el art. 352.3 LSC, al igual que el anterior art. 99.2 LSRL, no establece un plazo específico para el ejercicio de la acción por el socio porque es el mismo que el que señala para la Sociedad (un mes)”*; el interés legalmente tutelado no es el del socio sino el de la sociedad; la legitimación del socio es una legitimación subsidiaria que no puede contar con un plazo mayor. Entendiéndose, por ello, que la única diferencia se encuentra en el *dies a quo* del periodo, que será la fecha del acuerdo en el caso de la Sociedad y la fecha en la que tuvo o debió tener conocimiento de que la sociedad no había ejercitado la acción en el caso del socio.

El TS ha mantenido una doctrina que no está libre de críticas, al no valorarse la posibilidad (defendida por algún autor) de aplicar el plazo de un año reconocido en el artículo 205.1 LSC para la impugnación de acuerdos, dado que esta acción, como la de exclusión, se destinan a la defensa del interés social.

Libre circulación de ciudadanos en la Unión Europea y acceso a prestaciones sociales

Alejandro Gil y Elena Esparza
Departamento de Derecho Laboral

¿Se ponen límites al denominado «turismo social» o se restringe el derecho al acceso a las prestaciones sociales de «subsistencia»? Breve repaso a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2016 (Comisión vs Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte).

En el Derecho de la Unión, dos son las regulaciones que adquieren una especial relevancia en la materia que nos va a ocupar en esta nota. Por un lado, la relativa a la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión Europea –y de sus familiares– en el territorio de los Estados miembros (Directiva 2004/38/CE). Por el otro, la referida a la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros (Reglamentos núm. 883/2004, de 29 de abril de 2004, y núm. 987/2009, de 16 de septiembre de 2009).

En el caso objeto de enjuiciamiento por el TJUE, la Comisión planteó recurso por incumplimiento –recurso que, dicho sea de paso, permite al TJUE controlar el cumplimiento, por los Estados miembros, de sus obligaciones en materia de Derecho de la Unión, ex artículos 258 y 260 del TFUE– frente al Reino Unido, con base en numerosas quejas presentadas por ciudadanos europeos residentes en dicho Estado, que no ejercían actividad económica alguna, y en las que se denunciaba la denegación, por las autoridades del referido Estado, de determinadas prestaciones sociales por no acreditar el

derecho de residencia. La Comisión alegó que, al quedar supeditado el derecho a obtener dichas prestaciones sociales, a un requisito que sus propios nacionales cumplen automáticamente, como es el derecho de residencia, se estarían vulnerando los principios de igualdad y no discriminación por razón de la nacionalidad.

Por su parte, el Reino Unido articuló su defensa, con expresa referencia a la Sentencia del mismo TJUE de 19 de septiembre de 2013 («Caso Brey»), fundamentalmente sobre la base de dos argumentos. El primero era que no existe ningún impedimento legal a que la concesión de prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión que no ejercen actividad económica alguna, se condicione al cumplimiento, por parte de éstos, de los requisitos para tener derecho de residencia legal en el Estado de acogida.

El segundo argumento radicaba en que, según la interpretación del Reino Unido, la normativa de coordinación de los Sistemas de Seguridad Social tiene por objeto evitar la aplicación simultánea de diversas legislaciones nacionales a una misma situación, así como que los ciudadanos de la Unión puedan verse privados de la necesaria protección en materia de seguridad social. Sin embargo –precisaba el Reino Unido–, el objeto de dicha normativa no es determinar los requisitos materiales para el nacimiento del derecho a cualesquiera prestaciones sociales, sino que dicha determinación está reservada a cada Estado miembro.

Pues bien, son estos últimos los razonamientos que acoge el TJUE para desestimar el recurso por incumplimiento presentado por la Comisión, condenar a dicho organismo en costas, y absolver al Reino Unido de los pedimentos frente a ella aducidos.



Un elemento resulta patente: la salvaguarda de las finanzas de un Estado en el marco de la Unión Europea es un elemento primordial, no únicamente en la esfera económica, sino también, en el ámbito, de los derechos de asistencia social a los que puedan tener derecho los ciudadanos de un Estado Miembro en otro Estado.

En este sentido, el TJUE admite que, *a priori*, podría considerarse que la imposición, por un Estado miembro, del requisito de residencia legal para la obtención o reconocimiento de una determinada prestación social, podría constituir una discriminación indirecta, por cuanto que afecta –y perjudica– en mayor medida a los nacionales de otros Estados miembros que a los propios nacionales.

Sin perjuicio de ello, argumenta el TJUE que, para que una discriminación de tal tipo pueda devenir justificada, la misma debe ser proporcionada y adecuada para la consecución de un objetivo legítimo, así como que tal acto discriminatorio –aunque sea indirecto– no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar su objetivo.

En este sentido, y con base en consolidada jurisprudencia, el TJUE confirma que la necesidad de salvaguardar las finanzas de un Estado miembro de acogida justificaría la facultad, de un concreto Estado, de comprobar el cumplimiento del requisito de residencia legal de aquellos ciudadanos de otros Estados miembros que no ejerzan ninguna actividad económica, y que, *a sensu contrario*, la falta de cumplimiento de dicho requisito, pueda influir en el nivel global de la ayuda o prestación que ese Estado miembro pueda conceder. Resultaría además todo ello proporcionado y adecuado para la salvaguarda de las finanzas del Estado en cuestión.

Con todo, la resolución objeto de este sucinto análisis incide en una doctrina seguida por anteriores resoluciones del TJUE en la materia –doctrina que algunos ya estiman consolidada–, y que vuelve a plantear la cuestión que el título de este post dejaba entrever: ¿permite la anterior doctrina afirmar que el denominado «turismo social» se

ve cada día con más trabas, o bien se trata de una verdadera restricción en el acceso a las prestaciones sociales no contributivas, y una consecuente vulneración de los principios de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión?

Efectivamente, la respuesta a dicha cuestión dependerá de múltiples factores, circunstancias y de cada supuesto fáctico. No obstante, un elemento resulta patente: la salvaguarda de las finanzas de un Estado en el marco de la Unión Europea es un elemento primordial, no únicamente en la esfera económica, sino también, en el ámbito, de los derechos de asistencia social a los que puedan tener derecho los ciudadanos de un Estado Miembro en otro Estado.



El método de valoración de una licitación no ha de ser público, si bien no podrá alterar los criterios de adjudicación

Carlos Tallón
Departamento de Derecho Público y Sectores Regulados

Recientemente, el TJUE ha resuelto una cuestión prejudicial, mediante Sentencia de 14 de julio de 2016, en relación con aquellos contratos públicos de servicios a adjudicar según el criterio de la oferta económicamente más ventajosa, en la que se ha concluido que el poder adjudicador no se encuentra obligado a comunicar a los licitadores el método de valoración aplicado, si bien dicho método no podrá tener como efecto alterar los criterios de adjudicación y su ponderación relativa.

La cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado belga (Raad van State) tenía por objeto la correcta interpretación por parte del TJUE del artículo 53.2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, en relación con la legalidad del método de valoración seguido por el poder adjudicador sobre las ofertas recibidas en un procedimiento de contratación pública de servicios. En particular, se cuestionaba si el poder adjudicador debe comunicar siempre a los posibles licitadores, en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones aplicables al contrato, el método de valoración o las reglas de ponderación sobre cuya base se han de apreciar las ofertas según los criterios de adjudicación publicados, haciéndolas públicas.

En este sentido, el poder adjudicador debe precisar, en cualquiera de los dos citados trámites, la ponderación

relativa que atribuya a cada uno de los criterios de adjudicación elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa, la cual debe fijarse desde el inicio del procedimiento. Ello tiene por objeto esencial permitir que cualquier posible contratista pueda ser informado de manera razonable de los criterios y modalidades que serán de aplicación, cumpliendo el poder adjudicador con el deber que tienen de dar un tratamiento igualitario y no discriminatorio y de obrar con la transparencia debida.

Dicho esto, ni la Directiva, ni ninguna otra disposición aplicable, ni la jurisprudencia del Tribunal, establecen la obligación de que el poder adjudicador deba comunicar a los licitadores el método de valoración aplicado con el fin de evaluar y clasificar las ofertas recibidas según los criterios de adjudicación contenidos en el contrato. Ello cobra sentido por el hecho de que el comité de evaluación ha de disponer necesariamente de cierta libertad para llevar a cabo su cometido pudiendo, siempre que no modifique los criterios de adjudicación fijados, estructurar su propio trabajo de análisis y examen de las ofertas que concurren en el concurso público. En caso contrario, el poder adjudicador no sería capaz de clasificar esas ofertas en función de las circunstancias de cada caso.

Eso sí, la libre adopción del método de valoración por parte del órgano adjudicador no puede tener como efecto, en ningún caso, la alteración de los criterios de adjudicación ni su ponderación relativa. Además, y para evitar cualquier situación de favoritismo, el método de valoración no podrá fijarse después de la apertura de las plicas salvo que existan razones demostrables con carácter previo a la apertura.



La libre adopción del método de valoración por parte del órgano adjudicador no puede tener como efecto, en ningún caso, la alteración de los criterios de adjudicación ni su ponderación relativa.

En definitiva, las disposiciones contenidas en la ya citada Directiva y en la restante normativa aplicable, en relación con el principio de igualdad de trato de los licitadores, así como la obligación de transparencia que le es exigible al poder adjudicador, implican que de encontrarse este ante un contrato de servicios que haya de adjudicarse según el criterio clásico de la oferta económicamente más ventajosa, no estará obligado a comunicar a los licitadores, ya sea tanto en el anuncio de licitación como en el pliego de condiciones aplicables, el método de valoración empleado para evaluar y clasificar las ofertas emitidas. Sin embargo, el método elegido no podrá tener como efecto, como hemos dicho, alterar los criterios de adjudicación y su ponderación relativa.



Recuperación en el concurso de los bienes cedidos en arrendamiento financiero versus resolución por incumplimiento contractual

Juan Ignacio Fernández Aguado
Departamento de Derecho Procesal

El Tribunal Supremo ha aclarado en una reciente sentencia, de fecha 29 de junio de 2016, el tratamiento concursal de las acciones de resolución por incumplimiento contractual de los contratos de arrendamiento financiero con ocasión del impago de cuotas una vez declarado el concurso de acreedores, así como la posibilidad de recuperación de los bienes cedidos en arrendamiento financiero siempre que concurren los requisitos exigidos en la Ley Concursal.

En el supuesto al que se refiere esta sentencia, la entidad arrendadora financiera presentó demanda de incidente concursal en la que solicitó que se declarara la resolución del contrato de arrendamiento financiero mobiliario concertado con la arrendataria financiera concursada, debido a que esta había dejado de pagar las cuotas mensuales, anteriores y posteriores a la fecha del auto de declaración del concurso de acreedores, así como la inmediata restitución de los equipos objeto del contrato, con el reconocimiento de una serie de créditos a su favor, cuya calificación dependía en algún caso de la efectiva restitución de los equipos.

El Juzgado de lo Mercantil dictó sentencia en la que estimó parcialmente la demanda, en lo relativo a la solicitud de resolución del contrato de arrendamiento financiero y, por consiguiente, condenando a la restitución

a la arrendadora financiera de los bienes objeto del mismo. Por el contrario, desestimó la petición relativa al reconocimiento y clasificación de créditos, toda vez que la lista de acreedores no había sido impugnada, en tiempo y forma, debiéndose mantener por tanto su contenido. Apelada la sentencia por la concursada, la Audiencia Provincial la confirmó en todos sus términos.

La concursada procedió a formular recurso de casación ante el Tribunal Supremo, basado en un único motivo: el artículo 62 de la Ley Concursal no puede amparar la resolución del contrato de arrendamiento financiero porque no es aplicable al contrato de arrendamiento financiero suscrito entre las partes, en el que solo está pendiente de cumplimiento por la concursada.

El Tribunal Supremo sostiene, de una parte, que desde el punto de vista procesal el recurso de casación presentado por la concursada es admisible siendo la sentencia recurrida una de las que, conforme al artículo 197.7 de la Ley Concursal, puede ser recurrida en casación, ya que el éxito de la acción ejercitada afectaría tanto a la determinación de la masa activa (bienes y derechos de la concursada) como pasiva (créditos contra la concursada), tal y como lo tiene así declarado el Alto Tribunal en varias sentencias.

Atendiendo al fondo de la cuestión planteada, el Tribunal Supremo recuerda que la reciprocidad de obligaciones exige que cada una de las partes sea simultáneamente acreedora y deudora de la otra y que cada una de las obligaciones sea contrapartida, contravalor o contraprestación por depender la una de la otra. No es necesario, en cambio, la equivalencia de valores, objetiva ni subjetiva, entre las dos prestaciones, si ambas tienen la



La arrendataria financiera puede promover la realización de la garantía mediante la acción de recuperación de los bienes cedidos en arrendamiento financiero, siempre que los contratos consten inscritos en el Registro de la Propiedad o de Bienes Muebles o estén formalizados en documento que lleve aparejada ejecución.

condición de principales en el funcionamiento de la relación contractual de que se trate.

La reciprocidad, a los efectos concursales, debe existir en la fase funcional del vínculo y después de declarado el concurso, entendiéndose que las obligaciones que tuvieron inicialmente aquella condición la pierden si una de las partes hubiera cumplido su prestación antes de la declaración del concurso.

Así, para determinar si la relación jurídica nacida del contrato de arrendamiento financiero sigue funcionando como sinalagmática, habrá que atender a las cláusulas válidamente convenidas, en cada caso, por las partes.

En este sentido, la obligación del arrendador financiero de dejar a la contraparte el bien de su propiedad y a permitir el goce pacífico de la cosa arrendada no supone que existieran obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por la arrendadora financiera. Como tampoco lo es la obligación de transferir la titularidad del bien al arrendatario una vez que este ejercite la opción de compra y pague la cuota correspondiente al valor residual.

Adicionalmente, la redacción dada al artículo 61.2 de la Ley Concursal por la Ley 38/2011, tampoco altera estas consideraciones, no resultando posible atribuir en todo caso al contrato de arrendamiento financiero la naturaleza de contrato de tracto sucesivo.

Por consiguiente, el Tribunal Supremo, con estimación del recurso de casación, concluye:

- La arrendataria financiera tiene un crédito concursal cuyo incumplimiento, una vez declarado el concurso,

no puede justificar la resolución del contrato sino la reclamación del crédito dentro del concurso.

- La arrendataria financiera puede promover la realización de la garantía mediante la acción de recuperación de los bienes cedidos en arrendamiento financiero, siempre que los contratos consten inscritos en el Registro de la Propiedad o de Bienes Muebles o estén formalizados en documento que lleve aparejada ejecución, al resultarles de aplicación las acciones de ejecución de garantías reales. Por este motivo, y a pesar de tratarse de créditos concursales con privilegio especial, la administración concursal puede optar por atender su pago con cargo a la masa para evitar la realización de la garantía.

Debate resuelto: el TS falla en favor de la CNMC en materia de caducidad

Aida Oviedo y Patricia Liñán
Departamento de Competencia y UE

El Tribunal Supremo ha rechazado la reciente doctrina de la Audiencia Nacional sobre el cómputo de los plazos de resolución de los expedientes sancionadores de la CNMC que implicaba que, en la práctica, muchos de los procedimientos resueltos por esa autoridad y por su predecesora, la CNC, hubieran caducado.

En su Sentencia de 26 de julio de 2016, la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha resuelto un recurso de la Administración contra una de las sentencias de la Audiencia Nacional en las que ésta sentaba doctrina limitando la capacidad de la CNMC para suspender los plazos de resolución de sus expedientes sancionadores, una vez transcurrido el plazo inicial de resolución de 18 meses.

Como comentamos anteriormente¹, la doctrina de la Audiencia Nacional se basaba en una Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2015 en la que podía leerse que *"si se produce la suspensión del procedimiento sancionador durante un tiempo que excede del término del plazo inicial ello no es óbice para que no deba respetarse para el cálculo del día final del plazo, aquel que está reglamentariamente establecido"*. La Audiencia Nacional interpretaba esta

¹ <https://cms.law/es/ESP/Publication/Nueva-interpretacion-de-la-AN-sobre-las-reglas-para-el-computo-de-los-plazos-de-caducidad-de-los-procedimientos-sancionadores-de-la-CNMC>

afirmación en el sentido de que, una vez transcurrido el plazo inicial de 18 meses, la CNMC no podía acordar ninguna suspensión.

Pues bien, ahora, el Tribunal Supremo aclara que no cabe extraer tal conclusión de su sentencia de 15 de junio de 2015, y menos aún con el carácter de doctrina jurisprudencial general proyectable sobre todos los expedientes sancionadores en materia de competencia.

En efecto, el Tribunal Supremo explica que, en aquel caso, la Administración había computado incorrectamente el día final del plazo, al añadir días hábiles y no naturales. Además, la Administración no había añadido el tiempo de suspensión al término del plazo inicial de 18 meses, como dice el artículo 12.3 del RDC, sino al de la fecha del acuerdo de levantamiento de la suspensión que, en aquel caso, se había producido una vez transcurrido el plazo inicial de 18 meses. A esta última circunstancia, específica del caso, se refería el Tribunal Supremo en la frase antes transcrita en la que la Audiencia Nacional basaba su doctrina.

Finalmente, el Tribunal Supremo añade que la interpretación de la Audiencia Nacional supondría un recorte injustificado del plazo de 18 meses (con sus posibles suspensiones) que la ley confiere a la Administración para ejercer sus potestades. Ahora bien, el hecho de que la CNMC pueda suspender el plazo en cualquier momento no implica que pueda hacerlo injustificadamente, dado que según el Tribunal Supremo, la decisión de suspensión sólo puede adoptarse en las circunstancias legalmente establecidas y está en todo caso sujeta a control jurisdiccional.



El Tribunal Supremo, consciente de la trascendencia de la cuestión, ha dictado sentencia en menos de un año desde la preparación del recurso de casación.

Por todo lo anterior, el Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia Nacional, zanjando el debate en favor del modo de actuar de la CNMC.

El Tribunal Supremo, consciente de la trascendencia de la cuestión, ha dictado sentencia en menos de un año desde la preparación del recurso de casación. Con ello, ha evitado que un número significativo de resoluciones de la CNMC (y de su predecesora, la CNC) fueran anuladas por caducidad en sede jurisdiccional sobre la base de la doctrina que ahora se rechaza.

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 (madrid@cms-asl.com | cms-asl@cms-asl.com)



Twitter



LinkedIn



www.cms.law



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, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Kyiv, Leipzig, Lisbon, Ljubljana, London, Luxembourg, Lyon, Madrid, Mexico City, Milan, Moscow, Munich, Muscat, Paris, Podgorica, Prague, Rio de Janeiro, Rome, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tehran, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

cms.law