

# CONCLUSIONES

NURIA AUXILIADORA ORELLANA CANO.  
Magistrada de la Audiencia Provincial de Málaga

## **ENCUENTRO DE MAGISTRADOS/AS DE LO MERCANTIL**

**Código: CU17093**

Fechas: 4, 5 y 6 de octubre de 2017

**Directora: D.<sup>a</sup> Nuria Auxiliadora Orellana Cano**

Magistrada de la Audiencia Provincial de Málaga

**Director Técnico: D. Rafael Fernández de Páiz**

Jefe de Sección de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial.

### **CONCLUSIONES**

#### **CONCLUSIONES DE LA PRIMERA MESA: "CONFLICTOS DE COMPETENCIA CON LA JURISDICCIÓN MERCANTIL"**

Moderador:

D. Eduardo Gómez López

Magistrado del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla

Ponentes:

D. Rafael Giménez Ramón

Magistrado Audiencia Provincial de Castellón

D. Antonio Pedreira González

Magistrado del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Castellón

#### **1. COMPETENCIA DEL JUEZ DEL CONCURSO EN RELACIÓN CON LAS MEDIDAS CAUTELARES ADOPTADAS EN PROCESO PENAL.**

**1.1 Abierto un proceso concursal, ¿puede un órgano del orden  
jurisdiccional penal adoptar medidas cautelares de naturaleza  
patrimonial sobre el concursado?**

No. La competencia corresponde al juez del concurso conforme al artículo 86 ter, apartado 1.4º, de la LOPJ, y a los artículos 8.4º y 189.2 de la LC. En particular, se destacó la importancia de este último precepto.

**1.2 Declarado un concurso, ¿puede el juez que conoce del mismo variar las medidas cautelares de naturaleza patrimonial adoptadas previamente sobre el concursado por un órgano jurisdiccional penal?**

Sí. En especial se aludió a los eventuales embargos que, en el seno del concurso, van a carecer de continuidad.

**1.3 En todo caso, ¿cabría plantear un conflicto de competencia al juez del orden penal, o habría que recurrir a pedir su comprensión y colaboración, o simplemente comunicarle la situación concurrente para que se replanteara su decisión?**

Se consideró que, inicialmente, debía primarse la comunicación, incluso directa, con el juez del orden penal. En último término, se admitió la posibilidad de plantear un conflicto de competencia.

**2. CONEXIÓN ENTRE CONCURSO DE PERSONA NATURAL NO EMPRESARIA Y CONCURSO DE PERSONA NATURAL EMPRESARIA (O DE PERSONA JURÍDICA).**

**2.1 ¿Cabe la declaración conjunta o la acumulación de los concursos?**

Sí, siempre que concurren los requisitos deducibles de los artículos 25 y 25 bis de la LC.

**2.2 ¿Qué Juzgado (Primera Instancia o Mercantil) tiene competencia para pronunciarse sobre la declaración conjunta o la acumulación?**

El Juzgado de lo Mercantil.

**CONCLUSIONES DE LA SEGUNFDA MESA: "DERECHO SOCIETARIO:  
CUESTIONES PROBLEMÁTICAS"**

Moderadora:

D<sup>a</sup>. Nuria A. Orellana Cano

Magistrada Audiencia Provincial de Málaga

Ponentes:

D<sup>a</sup>. Amanda Cohen Benchetrit

Magistrada de Refuerzo del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Málaga

Alfonso Muñoz Paredes

Magistrado Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo

### **Retribución de administradores sociales**

*D<sup>a</sup>. Amanda Cohen Benchetrit*

La modificación de la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, supuso un gran avance en la modernización del régimen sobre la remuneración de los administradores, buscando los objetivos de transparencia y publicidad en una materia especialmente sensible. No obstante, se plantean en esta materia varias cuestiones que suscitan controversia, abordándose su análisis a continuación.

**a) Ámbito objetivo del principio de determinación estatutaria.**  
**¿Qué debe constar en los estatutos sociales para que la cláusula estatutaria relativa a la remuneración de los administradores sea válida desde la perspectiva del principio de reserva estatutaria de la retribución en su ámbito objetivo? ¿Cuándo puede entenderse que dicha cláusula cumple con la exigencia legal que impone que, caso de que el cargo de administrador sea retribuido -en una sociedad no cotizada-, en los estatutos se determine el sistema de remuneración?**

Principio básico de la regulación de la retribución de los administradores sociales en nuestro ordenamiento jurídico es el de la exigencia de que la misma quede reflejada en los estatutos de la sociedad (principio de determinación estatutaria de la remuneración).

El Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 10 de julio, sistematizó la regulación existente hasta ese momento en esta materia, dedicando a la retribución de los administradores sociales los artículos 217, 218 y 219. En lo que importa,

para la cuestión objeto de análisis, el principio de determinación estatutaria de la retribución se recogió en el artículo 217, que disponía (antes de la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre) que "1. El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de retribución (...)".

Este precepto quedó afectado por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, siendo la redacción actual la que sigue: "1. El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración.

2. El sistema de remuneración establecido determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales y que podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los siguientes: a) una asignación fija, b) dietas de asistencia, c) participación en beneficios, d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia, e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución, f) indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador y g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos.

3. El importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales deberá ser aprobado por la junta general y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación. Salvo que la junta general determine otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo de éstos y, en el caso del consejo de administración, por decisión del mismo, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.

4. La remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. El sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables."

Se comprueba, pues, que es una constante en la normativa reguladora de la remuneración de los administradores sociales la exigencia de su reflejo estatutario. Caso de ausencia de determinación estatutaria, el cargo se entenderá gratuito (salvo para las sociedades cotizadas - artículos 529 sexdecies a 529 novodecies LSC).

Dicho esto, ¿cuál es el **fundamento del principio de determinación estatutaria** de la remuneración de los administradores?.

En la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 412/2013, de 18 de junio (LA LEY 9204/2013), recogiendo la doctrina expuesta en las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo 441/2007, de 24 de abril (LA LEY 12506/2007), 448/2008, de 29 de mayo, (LA LEY 74022/2008) y 893/2012, de 19 de diciembre de 2011 (LA LEY 293101/2011), se mantiene que la exigencia de que consten en los estatutos sociales el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución “aunque también tutela el interés de los administradores, tiene por finalidad primordial potenciar la máxima información a los accionistas a fin de facilitar el control de la actuación de éstos en una materia especialmente sensible, dada la inicial contraposición entre los intereses particulares de los mismos en obtener la máxima retribución posible y los de la sociedad en minorar los gastos y de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles”.

Se persigue, en definitiva, que sean los socios los que, mediante acuerdo adoptado en la junta con una mayoría cualificada, quienes fijen el régimen retributivo de los administradores sociales y que, en todo caso, como expresa la Sentencia de 17 de diciembre de 2015 (Marginal: PROV\2015\307642), “los socios, lo fueran o no al tiempo en que esta decisión fue adoptada, estén correcta y suficientemente informados sobre la entidad real de las retribuciones y compensaciones de todo tipo que percibe el administrador social”.

A pesar de la aparente claridad de la norma en cuanto a la exigencia de determinación estatutaria de la retribución de administradores, ésta ha planteado importantes problemas de interpretación a la hora de delimitar su ámbito objetivo y subjetivo de aplicación.

Respecto del ámbito objetivo, en estos momentos existe consenso en la doctrina mercantil, entendiéndose que los estatutos sólo deben fijar el sistema de retribución y no la cuantía o importe exacto de la retribución, lo que provocaría una rigidez excesiva, correspondiendo su concreción a la Junta General de Accionistas (superando la doctrina anterior tanto de la DGRN, como de la jurisprudencia (SSTS, Sala Tercera, de 13 de noviembre de 2008, caso Mahou, en que se requería la constancia estatutaria de la cuantía de la remuneración -la llamada doctrina del milímetro-). Al respecto, señala la Sentencia 411/2013, de 25 de junio, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que este precepto (el 130 Rdleg 1564/1989, de 22 de diciembre, Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas) puede ser interpretado, en consonancia con lo dispuesto en la actualidad en el art. 217 Rdleg 1/2010, de 2 de julio, Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital – antes de la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre- en el sentido de exigir la constancia en los estatutos del sistema de retribución de los administradores de la sociedad, sin que sea necesaria la concreción de una cuantía determinada.

Por otro lado, la determinación objetiva de la exigencia de constancia estatutaria de la remuneración, plantea la cuestión de qué tipo de cláusulas son admisibles (válidas) desde la perspectiva del reparto competencial que en materia retributiva efectúa el artículo 217 TRLSC y de la claridad y precisión de la cláusula estatutaria relativa a la remuneración. La STS (Sala Primera) núm. 180/2015, de 9 de abril (LA LEY 59349/2015)<sup>1</sup>, después de recordar que la retribución de los administradores debe venir determinada en los estatutos sociales, de acuerdo con lo previsto en los arts. 217, 23.e) LSC y art. 124.3 RRM que prevén que se fije un "sistema de retribución" en los mismos, aclara que por sistema de retribución puede entenderse el conjunto de reglas encaminadas a determinar la retribución, concediendo la LSC un amplio margen de libertad para fijar en los estatutos dicho sistema y que a pesar de expresarse la norma reglamentaria en singular, nada se opone para que el sistema revista una cierta complejidad o sistemas mixtos como así lo ha señalado esta Sala, entre otras sentencias, la más reciente, la STS 411/2013, de 25 de junio (LA LEY 99504/2013) , siguiendo las SSTS 893/2011 (LA LEY 172753/2011), de 19 de diciembre , 25/2012 de 10 de febrero (LA LEY 35385/2012) y 441/2007, de 24 de abril (LA LEY 12506/2007) , fijando como doctrina según la cual "[s]e deja a los redactores de los estatutos una amplia libertad en la elección del sistema (cantidad fija a pagar al principio o al final de la relación, sueldo, dietas de asistencia, participación en ganancias, combinación de esos sistemas...). Y como sostiene la STS 1147/2007 (LA LEY 170345/2007), de 21 de octubre , debe atenderse al interés de los accionistas en no verse sorprendidos por cláusulas de indemnización pactadas por los consejeros, actuando en

---

1 En la STS (1ª) nº 180/2015, de 9 de abril, se analiza la validez, desde el punto de vista del respeto al reparto de competencias que contiene el artículo 217 TRLSC, de una cláusula estatutaria relativa a la remuneración con el siguiente tenor literal: *"El órgano de administración será retribuido consistiendo la retribución en una cuantía fija de dinero, en concepto de servicios prestados determinada anualmente por la Junta general de accionistas. Dicha remuneración no obsta para que quienes desempeñen el cargo de administrador sean reintegrados de los importes satisfechos con ocasión de los gastos originados por el desempeño de sus funciones. La retribución se repartirá entre los miembros del consejo de administración en la forma que acuerde dicho órgano pudiendo ser distintas para cada consejero"*. Se concluye en esta resolución que la disposición transcrita es válida, señalando que aunque el precepto estatutario podía haber sido más concreto, cumple con los requisitos de claridad y precisión, estando el sistema de remuneración elegido en línea con la corriente doctrinal (recogida en las Sentencias de la Sala Primera más recientes) *que deja a los redactores de los estatutos una amplia libertad en la elección del sistema de retribución (cantidad fija a pagar al principio o al final de la relación, sueldo, dietas de asistencia, participación en ganancias, combinación de esos sistemas ...)"* ( SSTS 893/2011 (LA LEY 172753/2011), de 19 de diciembre , 25/2012 de 10 de febrero (LA LEY 35385/2012), y 441/2007 de 24 de abril (LA LEY 12506/2007) ), así como con la más reciente doctrina de la DGRN, [que] ha seguido el mismo criterio de declarar la validez del sistema retributivo consistente en la cantidad que fije la junta general en cada ejercicio (Resoluciones de la DGRN de 15 de abril de 2000, 19 de marzo de 2001, y 12 de abril de 2002, si bien ésta última hace referencia a que los estatutos fijen también unos criterios o líneas básicas), siendo que el artículo 28 de los Estatutos objeto de la controversia se correspondía con lo que para las sociedades de responsabilidad limitada fijaba el anterior artículo 217.2 LSC en los casos en que la retribución no estaba vinculada a la participación en beneficios: "[l]a remuneración de los administradores será fijada para cada ejercicio por acuerdo de la junta general". Y en la STS núm. 505/2017, de 19 de septiembre se resuelve que es necesario fijar en el precepto estatutario algún sistema de retribución, sin dejar su fijación a la junta general.

nombre de la sociedad, con motivo de su cese" , pues, como señala la STS 441/2007, de 24 de abril (LA LEY 12506/2007) , su finalidad es "proteger a los accionistas de la posibilidad de que los administradores la cambien (la retribución) por propia decisión".

Respecto de cuál puede ser el sistema de retribución, el artículo 217.2 TRLSC indica, a modo de *numerus apertus*, que "2. El sistema de remuneración establecido determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales y que podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los siguientes: a) una asignación fija, b) dietas de asistencia, c) participación en beneficios, d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia, e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución, f) indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador y g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos." Nótese que el precepto incide en el hecho de que el sistema de retribución que exige reflejo estatutario es el que resulta de aplicación a los administradores "en su condición de tales".

En todo caso, sea cual sea el sistema de retribución que se hubiera pactado en los estatutos sociales, la remuneración de los administradores deberá observar ciertas reglas. En este sentido, el importe máximo de la remuneración anual que podrá percibir el conjunto de los administradores sociales ha de ser aprobada mediante un acuerdo de la junta general, manteniéndose tal límite en tanto en cuanto la propia junta no lo modifique (artículo 217.2 LSC). Ahora bien, con tal exigencia se limita cuantitativamente, en virtud de ese acuerdo de la junta, el importe de la retribución total del conjunto de los administradores en su condición de tales pero resulta necesario especificar la concreta remuneración que habrá de percibir cada uno de ellos. Para concretar la retribución individual, la LSC opta por confiar esta decisión a la propia junta. Pero si la junta no adoptara tal acuerdo, el texto legal atribuye a los propios administradores la decisión de cómo distribuir aquel importe máximo de la remuneración entre los distintos administradores. Si la estructura de la administración fuera la de Consejo, tal decisión se adoptará mediante el oportuno acuerdo, debiendo tener en consideración las funciones atribuidas a cada consejero.

De cualquier forma, como se ha dicho, el importe máximo de la retribución que podrá percibir el conjunto de los administradores sociales se refiere a su actuación como tales. Como indica la SAP IB 974/2017 (SAP Sección 5ª de Palma de Mallorca), de 2 de mayo de 2017, - CLI:ES:APIB:2017:974-, esta observación es importante pues queda al margen de tal límite, decidido por la junta general, la remuneración de las funciones ejecutivas que puedan desarrollar los miembros del consejo de

administración y que son objeto de una previsión particular en el artículo 249 LSC.

Por lo demás, en cuanto al reparto de competencias que realiza el artículo 217.3 TRLSC en orden a la fijación de la retribución de los administradores, el precepto prevé una regulación de las competencias de la junta general y del órgano de administración en relación con la determinación de la remuneración de los administradores, de la manera de establecer el límite máximo y del procedimiento que se debe seguir para fijar la retribución que corresponde a cada administrador. *El legislador contempla tres niveles superpuestos en orden a la fijación de la remuneración de los administradores de forma que, como en un juego de muñecas rusas, cada uno de ellos condiciona y delimita el ámbito de actuación del siguiente. Estos tres planos son los estatutos sociales (que establecen el carácter gratuito o retribuido del cargo y fijan el sistema de retribución), los acuerdos de la junta general (a la que corresponde establecer el "importe máximo" de remuneración – en las sociedades no cotizadas- o la "política de remuneraciones"- en las cotizadas-) y las decisiones de los propios administradores (que tienen carácter residual y a las que corresponderá la cuantificación final de la remuneración correspondiente a cada uno de ellos)*<sup>2</sup>

Exigiendo el texto legal que en los estatutos se determine el sistema de retribución de los administradores en su condición de tales, cabe preguntarse cuándo puede entenderse que la cláusula estatutaria relativa a la remuneración cumple con la exigencia legal que impone que, caso de que el cargo de administrador sea retribuido -en una sociedad no cotizada-, en los estatutos se determine el sistema de remuneración. A este interrogante debe responderse diciendo que la determinación del carácter gratuito o retribuido del cargo habrá de ser incondicionada y establecerse a través de una fórmula que no deje lugar a dudas sobre este punto, de manera que, cuando el cargo sea retribuido, será preciso indicar el "concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores" (art. 217.2, primer inciso) o, en su caso, por los administradores a los que se hubiera reconocido el derecho a percibir una retribución, no cumpliéndose la exigencia legal de determinación si los estatutos se limitan a fijar la cantidad máxima que deberá satisfacerse a los administradores sin aludir expresamente a un concepto retributivo. En algunas ocasiones, no será suficiente con indicar el concepto retributivo. Así, en el caso de la participación en beneficios (art. 217.1.c)), los estatutos determinar "concretamente la participación o el porcentaje máximo de la misma" (art. 218.1, primer inciso). En el caso de la "retribución variable con indicadores o parámetros de referencia" (art. 217.2.c)), será preciso identificar cuáles sean éstos y, en su caso, el procedimiento de cuantificación de la remuneración. Sin embargo, no será

---

2 SÁNCHEZ RUS, H., "Las cláusulas estatutarias relativas a la retribución de los administradores en las sociedades de capital". LA LEY mercantil nº 14, mayo 2015, nº 14, 1 de may., de 2015.

necesario hacer precisiones ulteriores cuando la retribución consista en una "remuneración en acciones o vinculada a su evolución" (art. 217.2, e)), pues la Ley encomienda expresamente al acuerdo de la junta que decida sobre su aplicación la concreción de las líneas básicas del plan (art. 219.2). Tampoco cuando se prevea la existencia de "dietas de asistencia" (art. 217.2 b)), que por su propia naturaleza presentan un cierto grado de indeterminación, pues no es posible saber con antelación el número de veces que durante el ejercicio se reunirán el consejo de administración o sus comisiones. En todo caso, puede concluirse que la cláusula estatutaria relativa a la retribución del administrador deberá cumplir con los requisitos de claridad y concreción, sin que sea posible que se relegue la determinación del sistema de remuneración a un acuerdo ulterior adoptado en junta.

**b) Ámbito subjetivo del principio de reserva estatutaria. ¿Comprende a los consejeros que ejerzan funciones ejecutivas? Caso de que se entienda que la reserva estatutaria no alcanza a la remuneración que el consejero perciba por el desempeño de sus funciones ejecutivas, ¿sería el límite a la retribución fijada en el contrato al que se refiere el artículo 249 TRLSC el previsto en el artículo 217.3 TRLSC o, por el contrario, el remedio frente a una remuneración desproporcionada del consejero aprobada por el Consejo sería el ejercicio de la acción de impugnación o de la acción de responsabilidad?**

La determinación del *ámbito subjetivo* de aplicación de la exigencia de constancia estatutaria de la retribución de administradores plantea mayores problemas. La doctrina mayoritaria (J. Juste Mencía, F. Sánchez Calero, J. Sánchez Calero Guilarte, entre otros), durante la vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) estimaba que el artículo 130 TRLSA era aplicable a todos los administradores, incluidos los consejeros ejecutivos, que no podían evitar los límites retributivos estatutarios previstos en la norma a través de la firma de un nuevo contrato. Otro sector de la doctrina (C. Paz Ares), por el contrario, consideraba que mientras que para la administración personal y el consejero ordinario hay una única relación societaria de administración cuya retribución queda sometida al artículo 130 LSA, en el caso del consejero ejecutivo se superponen dos relaciones: la relación básica de administración social que incluye exclusivamente la función deliberativa o de supervisión y otra relación de servicios – cuyo origen está en la delegación – que abarca la función ejecutiva. Y así, mientras que la retribución de la primera relación está sometida a la exigencia de cobertura estatutaria que impone el artículo 130 LSA, no lo

está, sin embargo, la retribución específica que trae causa de la segunda relación, que ha de regirse por el artículo 141 LSA<sup>3</sup>.

Bajo la vigencia de la actual regulación, sigue discutiéndose si la exigencia de la determinación estatutaria de la retribución del administrador contenida en el artículo 217 LSC es de aplicación general o si quedan fuera de tal regulación los consejeros delegados o los miembros del consejo de Administración con funciones ejecutivas. Parece que mayoritariamente se opta por excluir de la exigencia de determinación estatutaria la retribución del miembro del Consejo de Administración que sea consejero delegado o ejerza funciones de carácter ejecutivo, retribución que, sin embargo, habrá de constar en el necesario contrato que deberá celebrar dicho consejero con el Consejo de Administración, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 249.3 y 4 LSC, siendo en dicho contrato en el que se recogerán todos los conceptos por los que el consejero ejecutivo podrá percibir su remuneración por el desempeño de tales funciones, contrato que “deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general” (en este sentido, se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado en varias resoluciones: Resolución de 30 de julio de 2015 (BOE 30/09/2015)<sup>4</sup>; Resolución de 5 de noviembre de 2015 (BOE 24/11/2015); Resolución de 21 de enero de 2016 (BOE 11/02/2016); Resolución de 10 de mayo de 2016 (BOE 6/06/2016); Resolución de 17 de junio de 2016 (BOE 21/07/2016)<sup>5</sup>).

- 
- 3 PAZ ARES, C., “El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos”, InDret Enero de 2.008, págs. 1-74.
  - 4 BRENES CORTÉS, J., El nuevo régimen de retribución de los consejeros ejecutivos tras la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo, Revista Lex Mercatoria, RLM no1 | Año 2015 Artículo nº 1 Páginas 1-6.
  - 5 Sostiene la DGRN que resulta crucial separar dos supuestos: por un lado, el de la retribución de funciones inherentes al cargo de administrador y, por otra, el de la retribución de funciones extrañas a dicho cargo. Y añade, al respecto, que “El sistema de retribución inherente al cargo debe constar siempre en los estatutos. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que las funciones inherentes al cargo de administrador no son siempre idénticas, sino que varían en función del modo de organizar la administración. Básicamente hay cuatro modos de organizar la administración, una compleja y las demás simples. La compleja es la colegiada, cuando la administración se organiza como consejo. En ese caso las funciones inherentes al cargo de consejero se reducen a la llamada función deliberativa (función de estrategia y control que se desarrolla como miembro deliberante del colegio de administradores); el sistema de retribución de esta función o actividad es lo que debe regularse en estatutos. Por el contrario, la función ejecutiva (la función de gestión ordinaria que se desarrolla individualmente mediante la delegación orgánica o en su caso contractual de facultades ejecutivas) no es una función inherente al cargo de «consejero» como tal. Es una función adicional que nace de una relación jurídica añadida a la que surge del nombramiento como consejero por la junta general; que nace de la relación jurídica que surge del nombramiento por el consejo de un consejero como consejero delegado, director general, gerente u otro. La retribución debida por la prestación de esta función ejecutiva no es propio que conste en los estatutos, sino en el contrato de administración que ha de suscribir el pleno del consejo con el consejero. Por el contrario, en las formas de administración simple (administrador único, dos administradores mancomunados o administradores solidarios), las funciones inherentes al cargo incluyen todas las funciones anteriores y, especialmente, las funciones ejecutivas. Por ello, en estos casos, el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución deben constar en estatutos (artículo 217.2 de la Ley de Sociedades de Capital).”

En contra de esta postura resolvió, sin embargo, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 9 de Barcelona, de 27 de noviembre de 2015 - LA LEY 176729/2015-, recientemente revocada por la Sentencia núm. 295/2017, de 30 de junio de 2017, de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), que consideró que tras la reforma operada en la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014, el principio de reserva estatutaria que proclama en términos generales el artículo 217 TRLSC no se extiende a los consejeros con funciones ejecutivas. El órgano ad quem se hace eco de las dos posturas que se sostienen sobre el particular en la doctrina<sup>6</sup>, para acabar resolviendo que *cuando la cuestión suscita serias dudas de derecho, estimamos que la Reforma de 2014 desdobra el régimen retributivo: uno, de carácter general, aplicable a los administradores "en su condición de tales"*<sup>7</sup>, y otro específico para los consejeros ejecutivos, que se regula en el artículo 249 de la Ley. La reserva estatutaria del artículo 217 sólo es predicable a la retribución de los consejeros no ejecutivos. Sólo respecto de estos los estatutos han de establecer si el cargo es remunerado y determinar, en su caso, el sistema de remuneración (apartado primero). Y a la junta general le corresponde fijar el importe máximo de la remuneración del conjunto de administradores, permaneciendo en tanto no se apruebe su modificación (apartado tercero).

Un sector de la doctrina<sup>8</sup>, sin embargo, estima que esta solución consistente en extraer del principio de reserva estatutaria la remuneración del consejero que ejerza funciones ejecutivas va en contra del principio que inspiró la reforma de 2014 de la Ley de Sociedades de Capital, que no era otro sino el de reforzar el papel de la Junta General en el discurrir de la vida societaria<sup>910</sup>. En la propia SAP Barcelona (15ª), de 30 de junio de 2017,

---

6 Dice, a tal efecto, la resolución que se cita, que “18. Para un sector relevante de la doctrina y, como veremos, para la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), la nueva regulación consagra un diferente régimen retributivo; uno para los administradores en su condición de tales, que estaría sujeto a los estatutos y al acuerdo de la junta del artículo 217.2º de la LSC; y, otro para los consejeros ejecutivos, que queda al margen del sistema general del artículo 217 y que se regula en el artículo 249.3º. En definitiva, la retribución de los consejeros no se sometería a las exigencias de los estatutos ni estaría condicionada a lo acordado por la junta general.

19. Para otro sector, por el contrario, la reserva estatutaria se mantiene para toda la retribución y sea cual sea la forma en que se organice el órgano de administración. No existen dos sistemas diferenciados, dado que los consejeros ejecutivos también son administradores y están sujetos a las exigencias del artículo 217. Los administradores con funciones ejecutivas, en definitiva, no son distintos del resto de administradores. Por tanto, todos los conceptos retributivos del contrato que la sociedad suscriba con el consejero ejecutivo, con arreglo al artículo 249 de la LSC, debe tener amparo estatutario y el acuerdo de la junta. Los artículos 217 y 249 de la Ley, en este sentido, se aplican de forma cumulativa, dado que no es lógico que la retribución de este tipo de administradores quede al margen de los estatutos y escape al control de la junta de acreedores. Por último se afirma que al menos para las sociedades de responsabilidad el establecimiento o la modificación de cualquier clase de relación de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y sus administradores, conforme al artículo 220 de la Ley, requiere el acuerdo de la junta (...)”

7 Afirma la resolución apuntada que la expresión “en su condición de tales” que emplea el artículo 217 apartados 1 y 3 “no puede ser baladí o superflua (...) sino que se introduce en la Ley con el propósito de delimitar y restringir la reserva estatutaria en el sistema de remuneración de los administradores”.

8 Marín de la Bárcena Garcimartín, F., Brenes Cortés J., entre otros.

9 Preámbulo (IV) de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (BOE 4/12/2014).

anteriormente apuntada, se llega a afirmar que “26. Somos conscientes que el cambio legal puede comprometer la transparencia en la retribución del consejero ejecutivo, sobre todo en las llamadas sociedades cerradas que pueden buscar la forma de administración mediante un órgano colegiado o consejero delegado con la finalidad de eludir los controles de la junta”. Por ello, dicho sector doctrinal entiende que aunque los conceptos retributivos que componen la remuneración del consejero ejecutivo deban constar en el contrato al que se refiere el artículo 249 LSC, aprobado por el Consejo de Administración con los requisitos indicados en dicho precepto, tal retribución debería respetar, en todo caso, el límite del importe máximo de la retribución anual del conjunto de administradores aprobado por la junta general del artículo 217.3 LSC<sup>11</sup>. No comparto esta solución, aún admitiendo que se reduce el papel de la junta general, lo que puede repercutir negativamente en la necesaria transparencia e independencia en una materia especialmente sensible, pues debe tenerse presente que cuando el apartado 3 del artículo 217 TRLSC atribuye a la competencia de la Junta General la aprobación del límite máximo de la remuneración de los administradores, en el precepto se emplea la expresión de “administradores en su condición de tales” (no siendo éstos, como se ha visto, en las formas complejas de organización de la administración de la sociedad los consejeros que ejerzan funciones ejecutivas). Entiendo, partiendo de la hipótesis (que comparto) conforme a la cual el principio de reserva estatutaria en materia de retribución de administradores no alcanza al consejero que ejerza funciones ejecutivas, que la reacción frente a la fijación de una remuneración excesiva al consejero delegado o al consejero ejecutivo tendrá que consistir, en su caso, en el ejercicio de una acción de responsabilidad o en la impugnación del acuerdo adoptado en materia retributiva y, todo ello, sin perjuicio de que, como exige el artículo 249.4 in fine TRLSC, “El contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general”.

### **c) Cuando el artículo 249.3 TRLSC dice “3. Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o**

---

10 Como dice la SAP IB 974/2017 (SAP Sección 5ª de Palma de Mallorca), de 2 de mayo de 2017, -CLI:ES:APIB:2017:974-, “Las sociedades cerradas presentan problemas específicos en esta materia. Normalmente, en esta clase de sociedades, a diferencia de las sociedades cotizadas, el conjunto de los socios ejerce un control efectivo de la gestión de la sociedad y decide sobre la remuneración de los administradores. Los conceptos retributivos, la cuantía, los objetivos que se pretendan conseguir mediante el sistema de retribución que se establezca, requieren de un marco flexible, que descansa fundamentalmente en la decisión de los socios y en el que los criterios objetivos tienen una significación diferente que en las sociedades cotizadas.”

11 Establece el artículo 217.3 TRLSC que “3. El importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales deberá ser aprobado por la junta general y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación. Salvo que la junta general determine otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo de éstos y, en el caso del consejo de administración, por decisión del mismo, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.”

**se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título (...)", ¿a qué título se está refiriendo? ¿podría ser una relación laboral especial de alta dirección? ¿puede entenderse superada la llamada "Teoría del vínculo" tras la reforma operada en el TRLSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre?**

¿Es compatible el cargo de administrador social con el desempeño de una relación contractual laboral especial de alta dirección?. Si el artículo 217.1 LSC, en su actual redacción, exige la determinación estatutaria de la remuneración del administrador "en su condición de tal", ¿cuáles son los cometidos inherentes al cargo de administrador? ¿y al de consejero?. ¿Puede añadirse a la retribución como administrador una remuneración adicional – o una indemnización por cese- yuxtaponiendo a la relación orgánica una relación contractual – civil, mercantil o laboral-?. ¿Es correcto que un administrador perciba una remuneración complementaria a la prevista en los estatutos sociales bajo el amparo de que, además del cargo de administrador, desempeña en la empresa funciones gerenciales o ejecutivas en virtud de un contrato laboral especial de alta dirección?. ¿El cargo de administrador de una sociedad engloba las funciones de alto directivo y, en consecuencia, convierte en jurídicamente inviable una duplicidad de relaciones e impide que se le retribuya específicamente por este último concepto fuera del régimen remuneratorio con reflejo estatutario de los administradores?. ¿Cuál puede ser el objetivo que se persigue al añadir una relación laboral de alta dirección en quien ya ocupa el cargo de administrador? ¿Se persigue sólo una finalidad fraudulenta consistente en huir de lo dispuesto en el artículo 217.1 LSC, esto es, de la exigencia imperativa de constancia estatutaria de la retribución del administrador?.

La llamada "teoría del vínculo" tiene su origen en la jurisdicción social, jurisdicción ante la que empezaron a plantear sus reclamaciones por despido aquéllos que estando vinculados a la sociedad por un contrato de alta dirección, formaban parte del órgano de administración o entraban a formar parte posteriormente del mismo, siendo, a la postre, cesados. Se trataba de dilucidar, en definitiva si, dada la doble vinculación -orgánica-laboral- de quienes accionaban, la jurisdicción social tenía competencia para conocer de dichas pretensiones. La pregunta sobre la que pivota la doctrina del vínculo es la de si la relación del administrador con funciones ejecutivas es compatible con una relación laboral especial de alta dirección o, por el contrario, ésta última queda absorbida por aquélla y en virtud de la doctrina, que a continuación se expondrá, se considera que las funciones de dirección y gestión de la sociedad, por muy concretas y específicas que sean, integran necesariamente el cometido ordinario del administrador social, por lo que, si se desempeñan por un administrador, no pueden constituir el objeto de una relación laboral especial de alta dirección.

La teoría del vínculo comienza a construirse -desde la promulgación del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, regulador de la relación laboral especial de alta dirección- a partir de la **STS de 29 de septiembre de 1988 (caso Huarte I) - RJ 1988/7148-**. La indicada sentencia, que resuelve el recurso de casación por infracción de ley planteado por quien ejercía el cargo de director general de la sociedad y, al mismo tiempo, era consejero delegado de la misma, aborda, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) cuáles son los cometidos inherentes al cargo de consejero, indicando que:

- Inherentes al cargo de consejero son todos los cometidos que se refieran a la administración de la sociedad.
- Las funciones de dirección, ejecución, gestión y representación corresponden al órgano de administración de la sociedad, cualquiera que sea la forma que adopte dicho órgano de administración.
- Se niega la ajenidad en el administrador.
- Se considera equivocado entender que los administradores llevan a cabo funciones meramente consultivas o de consejo.
- En los supuestos de desempeño simultáneo del cargo de miembro del consejo de administración y de alta dirección de gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral no es el contenido de las funciones que se realizan, sino la naturaleza del vínculo.
- En el caso de que concurren ambas relaciones, la relación orgánica-societaria absorbe a la laboral de alta dirección, que queda extinguida, salvo pacto en contrario.
- Se admite la compatibilidad de la relación orgánica con una relación laboral común, en régimen de dependencia.
- La circunstancia de que el trabajador hubiese figurado de alta en el régimen general no es decisivo a efectos de determinar el carácter laboral de su relación.

Se concluye, en consecuencia, que el orden jurisdiccional social no es competente para conocer de estas reclamaciones, siéndolo el civil.

Esta postura es seguida, con vaivenes, por Sentencias posteriores de la misma Sala (de 21 de enero y 13 de mayo de 1991, 22 de diciembre de 1994, 9 de diciembre de 2.009 y 12 de marzo de 2.014, entre otras. Todas estas resoluciones parten de las notas que caracterizan una relación laboral (ajenidad, dependencia, voluntariedad y retribución) y de la interpretación del artículo 1.3.c) ET, que dispone que "*Se excluyen del ámbito de aplicación de esta Ley: c) La actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo.*", así como del artículo 2.1.a) ET, que considera relación laboral especial "*a) La del personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c)*". Dicha relación laboral especial es regulada por Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que en su artículo 1.2 define a los

empleados unidos por dicha relación laboral como «aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad».

Sin embargo, a pesar de esta jurisprudencia reiterada que sostiene que son propias del órgano de administración de la sociedad las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad, cualquiera que sea la forma que revista dicho órgano de administración, no faltaron en la doctrina mercantilista voces que propugnaban una distinción, a los efectos examinados, según cuál fuera la forma de administración adoptada. Se argumentaba, en este sentido, que la afirmación de que las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad eran propias de los administradores en aquellos casos en que la administración societaria adoptaba una estructura simple (un administrador único, dos administradores mancomunados o solidarios), pero no encajaba en los supuestos de consejo de administración, defendiéndose que la actividad propia de los miembros ordinarios del consejo de administración era la deliberativa o de control o supervisión de la estrategia y funcionamiento de la sociedad. En esta hipótesis, el ejercicio de las facultades ejecutivas correspondería a aquel o aquellos consejeros en quien/es haya delegado el Consejo de Administración (consejero delegado) o que realicen funciones ejecutivas en virtud de otro título, pudiendo tener la relación entre estos administradores ejecutivos y la sociedad carácter laboral (ya sea común o especial de alta dirección), si se tiene presente lo que establece el artículo 1.3.c) ET y se advierte que concurren las notas de dependencia y ajenidad.

Debe recordarse que, conforme a lo que dispone el **artículo 249.3 LSC**, tras la reforma operada por la Ley 31/2.014, de 3 de diciembre, "3. Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro 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 participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión". En esta tesitura, el consejero con funciones ejecutivas tendría un plus de dedicación que el "mero consejero" (parecen abonar esta tesis las previsiones contenidas en la actualidad, en sede de cotizadas, en los artículos 529 septendecies – Remuneración de los consejeros por su condición de tal- y octodécies – Remuneración de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas-)

Por ello, no ha faltado en la doctrina y en la praxis jurídica quien se pregunta si la denominada teoría del vínculo ha quedado derogada tras la reforma llevada a cabo en la LSC por la Ley 31/2.014, defendiéndose que con el contrato que de forma imperativa debe celebrarse entre el Consejero Delegado o que ejerza funciones ejecutivas por cualquier otro título y la sociedad queda vacía de contenido la teoría del vínculo, que nació por la necesidad de evitar que se consolidara el fraude de la autocontratación.

En todo caso, se observa que el legislador, en dicha ley, ha puesto especial cuidado en no calificar el contrato que debe celebrar el consejero delegado o con funciones ejecutivas.

La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo también se ha hecho eco de la doctrina del vínculo a los efectos de analizar la validez de las cláusulas que fijaban una retribución o indemnización por cese, al margen de los estatutos sociales, a favor de quien estando ligado a la sociedad por vínculo orgánico en su calidad de administrador, también lo estaba en virtud de un contrato laboral de alta dirección y ha elaborado la llamada doctrina del tratamiento unitario de la retribución de administradores.

La primera Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo que analizó dicha cuestión fue la **núm. 1209/1992, de 30 diciembre (RJ 1992\10570)**, -Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros-.

La cuestión que se suscitaba era la de si, en el ordenamiento civil, podían estimarse como válidas las cláusulas preparadas por los propios «managers» o administradores de las sociedades, que prevén cuantiosas remuneraciones para el supuesto de que fueran removidos de sus cargos. Y se concluye lo siguiente:

- El contrato es calificado como de naturaleza mercantil.
- No pueden aplicarse por analogía las normas del RD 1382/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral especial de alta dirección.
- La integración en el órgano de administración supone la extinción de la relación laboral especial.

La cláusula contractual que contempla en el contrato de alta dirección una indemnización en caso de cese o los pactos retributivos que no respetan el mandato de la constancia estatutaria son nulos de pleno derecho.

Con anterioridad ya se ha indicado la incidencia de la reforma operada en esta materia por la Ley 31/2.014, de 3 de diciembre, que expresamente en el artículo 249.3 LSC se refiere a la necesidad de celebrar un contrato entre el miembro del consejo de administración que sea

nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título y la sociedad, contrato que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, debiéndose abstener de asistir a la deliberación y de participar en la votación el consejero afectado. Es, como se ha indicado, en ese contrato (artículo 249.4 LSC) en el que se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución dicho consejero por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones, sin que pueda percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato.

De la expresada reforma de la LSC parece desprenderse que el Legislador ha optado por la postura doctrinal, antes minoritaria, que abogaba por la necesidad de que se tuvieran en cuenta las distintas funciones desarrolladas por los administradores dependiendo de cuál fuera la forma de organización del órgano de administración de la sociedad, de manera que, si bien en las formas simples (único administrador, dos administradores solidarios o mancomunados) todas las actividades, tanto deliberativas como ejecutivas, se concentran en la persona del administrador, por lo que será difícil que el mismo pueda desarrollar al margen de tal función, una relación laboral de alta dirección que rebase las actividades que comporta la administración de la sociedad, en las formas complejas de administración (consejo de administración), debe distinguirse entre los consejeros ordinarios o dominicales, cuya función es deliberativa o consultiva e intermitente, y aquellos que, por delegación del Consejo y previa celebración del contrato al que se ha aludido más arriba, desempeñan tareas ejecutivas, encargándose de forma permanente de la gestión diaria de la sociedad.

Ese plus de actividad que realizan los consejeros ejecutivos debe merecer una retribución adicional. Y esa retribución debe tener su reflejo, no en los estatutos (por tanto, no se le aplica el mandato del artículo 217.1 LSC), sino en el contrato que se habrá celebrado entre el consejero y la sociedad (artículo 249.4 LSC).

Dicho esto, ¿supone la regulación introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en la LSC la superación de la llamada teoría del vínculo y de la doctrina del tratamiento unitario de la retribución?

La LSC no califica, como se ha dicho, el título en virtud del cual el consejero ejerce las funciones ejecutivas.

En mi opinión, la Ley 31/2014 no supone necesariamente la superación de la teoría del vínculo, pero sí que modula la rigidez de la que adolecía esa doctrina. ¿El título por virtud del cual el consejero ejerce funciones ejecutivas ha de ser indefectiblemente un contrato laboral y, en

concreto, un contrato laboral especial de alta dirección?. No, y lo normal es que no lo sea. Pero, ¿impide el artículo 249.3 LSC sostener que ese título pueda ser un contrato laboral? Tampoco (debiendo tomar en consideración, a tal efecto, lo resuelto por el TJUE en las Sentencias de 11/11/2010 (caso Danosa) y de 9/07/2015 (asunto Balkaya)<sup>12</sup>.

¿Implica la reforma operada por la Ley 31/2014 la superación de la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre el tratamiento unitario de la retribución?. A mi juicio, no. Tanto antes de la reforma como después, lo que se pretendía es que la totalidad de los conceptos retributivos a percibir por los consejeros con funciones ejecutivas resultara con claridad, a fin de evitar sorpresas. Antes de la reforma, ello se conseguía exigiendo la constancia estatutaria de la retribución (incluyendo la posible indemnización por cese que hubiera podido recogerse en un contrato laboral especial de alta dirección). Ahora, esa "omnicomprensividad retributiva" deberá constar en el contrato al que se refiere el artículo 249. 3 y 4 LSC.

**d) Los principios que recoge el artículo 217.4 TRLSC para la determinación de la retribución de los administradores sociales (proporcionalidad razonable, situación económica de la sociedad, estándares de mercado de empresas comparables, promoción de la rentabilidad o sostenibilidad a largo plazo de la sociedad y adopción de cautelas para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables) ¿tienen carácter imperativo o meramente programático? ¿se aplica esta previsión a todos los administradores o sólo a los que actúen "en su condición de tales?**

Conforme al artículo 217.4 LSC "4. La remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. El sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las

---

12 El Magistrado de la Sala IV del Tribunal Supremo, D. Sebastián Moralo Gallego, en el foro abierto bajo el título "Consejeros con funciones ejecutivas: la teoría del vínculo a la luz de la redacción actual del art 249 LSC" coordinado por el Magistrado de la Sala de lo Social del TSJ Comunidad Valenciana D. Francisco Javier Lluch Corell para la revista El Derecho, sostiene que "Somos de los que entendemos que las modificaciones introducidas por la L31/2014, de 3 de diciembre, no suponen una transformación de la naturaleza jurídica del vínculo existente entre la sociedad y los integrantes de sus órganos de administración que desempeñan funciones ejecutivas de carácter directivo y gerencial, que por lo tanto se seguirán rigiendo de acuerdo con el criterio ya definido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la cataloga como una relación jurídica de naturaleza no laboral" (EDC 2017/510156)

cauteladas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables”.

Este apartado recoge los parámetros que deberán tenerse presentes a la hora de fijar la remuneración, pretendiendo evitar comportamientos cortoplacistas que puedan comprometer la situación de la sociedad, lo que entronca, directamente, con la denominada *responsabilidad social corporativa*.

La doctrina<sup>13</sup> afirma que el carácter abstracto de los principios que enuncia el precepto (principios que deben ser tenidos en cuenta con carácter previo a la determinación de la retribución, pero también ex post, en su caso, para dejar sin efecto una remuneración que contravenga los mismos, mediante el ejercicio de la acción de impugnación del acuerdo social o de la acción de la responsabilidad frente al administrador) *podría llevar a cuestionar su auténtico valor normativo, prefiriéndose su tratamiento como meras declaraciones programáticas*. Si bien, se concluye que *la ubicación sistemática y el empleo en todo caso del verbo deber permite sostener la vinculación de los socios y administradores a los principios que recoge*.

*Dicho esto, el apartado 4 del artículo 217 exige que la retribución de los administradores guarde una proporción razonable con la importancia de la sociedad y con la situación económica que tuviera en cada momento – a fin de no comprometer con una retribución excesiva la solvencia de la misma-, criterios ambos (el de la proporcionalidad y el de la situación económica de la sociedad) que ya habían sido utilizados por nuestra jurisprudencia<sup>14</sup>. Y, además, se establece como criterio de comparación el de “los estándares de mercados de empresas comparables”, esto es, lo que sea habitual en empresas comparables -atendiendo al tipo social, sector de actividad, tamaño de la sociedad y volumen de negocio (lo que la doctrina llama habitualidad horizontal, por contraposición a la habitualidad vertical dentro de la misma compañía -benchmarking interno, que aconseja ajustar la remuneración de los consejeros con la del resto de cargos y empleados de la sociedad-<sup>15</sup>).*

El artículo 217.4 TRLSC también recoge otros parámetros para la determinación de la remuneración: promoción de la rentabilidad, sostenibilidad a largo plazo de la sociedad, necesidad de incorporación de las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables. Se trata, en definitiva, de frenar

---

13 EMBID IRUJO, J. M. y DEL VAL TALENS, P., en “La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law”, Colección Derecho Privado, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2016, págs. 157 y 158.

14 STS (1ª) de 17 de mayo de 1979 (RJ 1979/1886) y STS (1ª) de 29 de marzo de 2007 (RJ 2007/1788).

15 En este sentido, véase la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2014 (artículo 9 bis 3)

estrategias agresivas (fundamentalmente, en sociedades cotizadas) que persigan la obtención por parte del administrador de una mayor retribución por la consecución de objetivos a corto plazo, dependientes de la simple evolución del mercado<sup>16</sup> (de manera que la retribución variable del administrador esté relacionada con el rendimiento de cada beneficiario y no de manera exclusiva con la evolución general del mercado o del sector)<sup>17</sup>. Apunta, sobre el particular, la **SAP IB 974/2017 (SAP Sección 5ª de Palma de Mallorca), de 2 de mayo de 2017**, - CLI:ES:APIB:2017:974-, anteriormente citada, que *debe señalarse que la retribución de los administradores en su condición de tales, ha de observar dos límites, uno de carácter material y otro finalista (artículo 217.4 LSC). En primer lugar, un límite material, pues tal remuneración deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de ejemplos comparables. Por ello, si el acuerdo que se adoptara no se acomodara a tales exigencias, podría venir justificada su impugnación. De otro lado, también debe respetarse una exigencia de finalidad, pues el sistema de remuneración deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables.*

Continúa diciendo la resolución señalada que *la norma que establece que la retribución ha de ser adecuada tiene carácter imperativo.*

*Como se ha insinuado, en tesis de principio, los parámetros que establece el apartado cuarto del art. 217 para apreciar la adecuación de la remuneración son los siguientes: En primer lugar la retribución ha de guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad . En relación con este parámetro se deben tener en cuenta criterios como el tamaño de la sociedad, la cifra de ventas, el número de trabajadores, la significación económica , etc. En segundo lugar, se ha de tomar en consideración la situación económica de la sociedad en cada momento, es decir, la rentabilidad de la sociedad, las expectativas de crecimiento , la existencia de pérdidas o de dificultades económicas, etc. En tercer lugar, la remuneración ha de ser conforme con los estándares de mercado de las empresas comparables. Los administradores pueden apoyar su decisión sobre la base de informes externos si lo consideran oportuno o esté justificado desde la perspectiva de la discrecionalidad empresarial.*

*Finalmente, se establece que el sistema de remuneración debe promover la rentabilidad a largo plazo de la entidad y debe evitar que*

---

16 BEBCHUK, L., y FRIED, J., “Pay without performance. The unfulfilled promise of executive compensation”.

17 EDMANS, A., GARBAIX, X., JENTER, D., “Executive Compensation: A Survey of Theory and Evidence”, Cesifo Working Papers, 6585/2017, July 2017.

*propicie la asunción excesiva de riesgos y la retribución de resultados desfavorables . A diferencia de la Recomendación 2009/3117/UE, no se ha previsto de forma concreta que la sociedad pueda exigir a los administradores el reembolso de los componentes variables de la remuneración en aquellos casos en los que se hubieran satisfecho en consideración de datos cuya inexactitud quede demostrada después de forma manifiesta (...)*".

En mi opinión, los parámetros que recoge el artículo 217.4 TRLSC tienen carácter imperativo y no meramente programático, en particular, cuando exige que la retribución guarde una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. Sólo de mantenerse su naturaleza imperativa y no únicamente programática, podría estar justificado el posterior ejercicio de una acción de impugnación del acuerdo o de responsabilidad del administrador.

Y, por otra parte, entiendo que tales exigencias son predicables respecto de todos los administradores y no únicamente con relación a aquellos que actúan "en su condición de tales", por más que los consejeros delegados o que ejerzan funciones ejecutivas cuenten con una previsión específica en el artículo 249.3 y 4 LSC.

## **CUESTIONES SOBRE EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN DEL ART. 348 BIS**

*D. Alfonso Muñoz Paredes*

**1ª.- ¿Cómo se computan los ejercicios para que nazca, en abstracto, la posibilidad de ejercitar el derecho de separación?**

- a) ¿Se computa el ejercicio en que se constituye la sociedad como "ejercicio *a quo*" a pesar de ser incompleto?**
- b) ¿El "ejercicio *ad quem*" ha de transcurrir por completo o basta que se haya iniciado el 1 de Enero?**

### ***Planteamiento del problema:***

El art. 348 *bis* concede al socio, en determinadas condiciones, un derecho de separación por falta de distribución de dividendos, derecho cuyo ejercicio sólo puede hacerse efectivo "*a partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad*".

Toda vez que el ejercicio en que la sociedad se constituye suele ser incompleto y aquel en que se proyecta ejercitar el derecho de separación puede o no serlo, se cuestiona cómo efectuar el cómputo.

Esta limitación temporal ha sido interpretada por la doctrina como una condición de "madurez" o "mayoría de edad" de la sociedad; sólo cuando ésta ha tenido tiempo suficiente para asentarse en el mercado, puede el socio ejercitar su derecho de separación.

La Ley de Sociedades de Capital no proporciona elemento interpretativo alguno que nos permita concluir la forma de cómputo de los ejercicios. En el derecho privado común, el Código Civil contiene normas de cómputo que nos pueden servir como guía interpretativa; así, "[p]ara el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento" (art. 315 CC); y, en materia de prescripción, para la computación del tiempo necesario, "[e]l día en que comienza a contarse el tiempo se tiene por entero; pero el último debe cumplirse en su totalidad" (art. 1960.3ª).

### **Conclusión alcanzada (por unanimidad):**

El primer ejercicio puede ser incompleto, pero el quinto debe cumplirse por entero (hasta el 31 de diciembre, en un ejercicio de duración ordinaria). Así, para una sociedad constituida, *v.gr.*, en septiembre de 2012, el primer ejercicio sería precisamente el relativo al año 2012, por más que no haya transcurrido completo el año natural, y los ejercicios 2º, 3º, 4º y 5º, serían, sucesivamente, los correspondientes a los años 2013, 2014, 2015 y 2016 (hasta el 31 de diciembre), de modo que el ejercicio del derecho de separación por el socio sólo podría hacerse efectivo a partir de la aprobación de las cuentas del ejercicio 2016, lo que nos llevará, de ordinario, al mes de junio de 2017 (cfr. art. 164.1 LSC).

## **2ª.- Forma de ejercicio del derecho.**

### **a) ¿Puede ejercitarse el derecho de separación del art. 348 bis de forma oral, en la propia Junta del art. 164.1 LSC?**

#### **Planteamiento del problema:**

El art. 348.2 establece con carácter general que "[e]l derecho de separación habrá de ejercitarse por escrito en el plazo de un mes a contar desde la publicación del acuerdo (en el BORME) o desde la recepción de la comunicación (cuando sea posible –por ser nominativas todas las acciones o tratarse de una S.L.- y así lo hayan acordado los administradores)."

El art. 348 bis, en su ap. 2º, precisa que "[e]l plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios".

La cuestión que se plantea es si tanto la regla general del art. 348.2 –que exige expresamente forma escrita– como la especial del art. 348 *bis* –que no precisa la forma de ejercicio, pero modula el plazo– impiden el ejercicio oral del derecho en la propia junta (como admite la SAP de Tenerife de 2 de diciembre de 2015).

A favor de la aplicación al art. 348 *bis* de la regla de forma escrita del art. 348 se halla que este último precepto tendría carácter general, con vocación de ser aplicado a todos los supuestos de derecho de separación, cualquiera que sea la causa que la origina. A mayor abundamiento, podría citarse la STS, Sala 1ª, de 23 de enero de 2006, según la cual el derecho de separación nace con la aprobación del acta (que puede tener lugar, salvo que sea notarial, hasta dentro de los 15 días siguientes a la junta, según los arts. 202 y 203 LSC); *ergo*, hasta que el acuerdo no sea ejecutivo, no podría ejercitarse el derecho de separación.

En contra de la aplicación del art. 348.2 puede argumentarse que la legitimación para el ejercicio del derecho de separación genérico es más amplia que en el art. 348 *bis*, pues así como el derecho genérico se concede a quienes no hubieren votado a favor (lo que incluye a los ausentes), el art. 348 *bis*, como norma especial, restringe la legitimación para su ejercicio a los socios presentes en la junta; esta diferencia de legitimación explica que mientras el acuerdo que da lugar al ejercicio del derecho de separación genérico ha de ser objeto de publicación oficial o comunicación personal para que llegue a conocimiento de todos los socios (de ahí que el plazo para su ejercicio comience con el transcurso de 1 mes desde la publicación o recepción de la comunicación), en el supuesto del art. 348 *bis* el socio interesado en ejercitar el derecho de separación necesariamente ha de estar presente en la junta, luego ni es necesaria la publicación o comunicación del acuerdo (pues ya le es conocido) ni tiene sentido diferir el ejercicio efectivo del derecho cuando ya puede manifestarse en el acto de la propia junta. Además, una cosa es que el acuerdo sea ejecutivo, y otra muy distinta que el mismo existe y es válido desde el momento mismo de su adopción, por lo que no habría que esperar a la aprobación del acta para manifestar la voluntad de ejercitar el derecho de separación.

### **Conclusión alcanzada (por unanimidad):**

No resulta aplicable al art. 348 *bis* la regla general de forma escrita del art. 348.2, de modo que el derecho de separación por falta de distribución de dividendos puede ejercitarse por el socio, de forma oral, en la propia Junta, debiendo exigir que conste en acta para evitar dificultades probatorias. A ello no obsta que el art. 348 *bis*.2 señale que “[e]l plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios”, pues ha de entenderse que este ejercicio diferido queda limitado a aquellos supuestos en que el socio no haya ejercitado previamente el derecho en la propia junta de forma oral.

### **3ª.- Judicialización del ejercicio del derecho.**

Si la sociedad resiste el derecho de separación y el socio se ve obligado a instarla judicialmente, ¿puede la sociedad formular motivos de oposición distintos de los previstos en el propio art. 348 *bis*?

#### **Planteamiento del problema:**

La jurisprudencia (STS, Sala 1ª, de 23 de enero de 2006) señala que el derecho de separación, no obstante ser recepticio, no puede quedar sometido a la voluntad de la compañía o sus administradores. Sin embargo, puede acontecer que la sociedad se niegue a reconocer el derecho de separación, lo que se traducirá en la judicialización del conflicto.

La cuestión que se plantea es si, caso de que el socio ejercite judicialmente su derecho de separación, puede la sociedad oponer, amén de la carencia de alguno de los presupuestos del art. 348 *bis*, otras límites exógenos a esa norma; así, se suscita la duda de si la sociedad puede oponer –y el juez apreciar- que la negativa de la sociedad a un mayor reparto de dividendos es razonable o que el ejercicio del derecho de separación es abusivo (p. ej. porque, aunque no hubiere habido reparto de dividendos en ese ejercicio, sí en los anteriores).

#### **Conclusión alcanzada (por unanimidad):**

El derecho de separación, como cualquier otro, está sujeto a los límites genéricos del Título Preliminar del Código Civil, que impone un ejercicio de buena fe y no abusivo (art. 7).

### **TERCERA MESA: "ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN: CONTENIDOS Y PASIVO CONTINGENTE"**

Moderador:

D. Rafael Sarazá Jimena

Magistrado Tribunal Supremo

Ponentes:

D.ª Ma del Mar Hernández Rodríguez

Magistrada Audiencia Provincial de Cantabria

D. Pedro Márquez Rubio

Magistrado Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla

Dentro de la mesa Acuerdos de Refinanciación; contenidos y pasivos contingentes, se plantearon distintas cuestiones sobre las que con carácter general no fue posible lograr acuerdo al no producirse una participación significativa en la votación, no alcanzándose un número de votos a favor de alguna tesis que permitiese entender fijado un criterio en un sentido.

En concreto, se discutieron los siguientes tema.

### **1. Concepto de pasivo financiero.**

En el encuentro se defendieron dos posibilidades, la primera que optaba por acudir a la definición que ofrece la norma 9ª del Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y la segunda, que abogaba por entender que nos encontramos ante un concepto autónomo.

A favor de la primera opción se esgrimieron los siguientes argumentos:

- Primero, que ofrece a los operadores un mayor grado de seguridad jurídica, puesto que, por una parte, existiendo una definición de pasivo financiero en el ordenamiento jurídico, despreciar la misma para acoger otra que atienda a un significado intuitivo genera un notable grado de incertidumbre que favorece que el deudor acomode dicho concepto a sus necesidades mediante el establecimiento de criterios específicos para, por ejemplo, excluir del mismo a determinados pasivos en función de su previsible rechazo al acuerdo o viceversa, y, por otra parte, limita la litigiosidad, puesto que los acreedores financieros disidentes podrán corroborar con relativa facilidad (acudiendo a la contabilidad del deudor), la concurrencia o no de los porcentajes legalmente exigidos, lo que evitaría la existencia de impugnaciones sustentadas en el desconocimiento de los datos sobre los que se han apoyado los cálculos para determinar el tanto por ciento de acreedores firmantes o adheridos al acuerdo.

- Segundo, que ofrece una mayor claridad, lo que se adecua al tenor de la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2.014 que, abogando por la claridad y transparencia del proceso, dispone en su punto 15 que *"los Estados miembros deberían establecer disposiciones claras y específicas sobre el contenido de los planes de reestructuración"*, añadiendo que los mismos *"deberían contener una descripción detallada de los*

*elementos siguientes: a) la identificación clara y completa de los acreedores que resultarían afectados por el plan".*

- Tercero, que permite alcanzar cierta uniformidad con los restantes países y sistemas de nuestro entorno, en atención a la concordancia entre la referida norma 9ª del Plan General de Contabilidad y la definición obrante en la Norma Internacional de Contabilidad número 32 incluida en el Reglamento (CE) número 1126/2008 de la Comisión, de 3 de noviembre de 2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) número 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo.

- Cuarto, por una interpretación lógico-sistemática de la norma debido a que la interpretación sostenida en la respuesta a la consulta contenida en el Boletín 102/2015 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas resulta incompatible con el hecho de que expresamente se excluyan del concepto "a efectos de la Disposición Adicional Cuarta" pasivos que no se deben a que el titular de los mismos haya "suministrado financiación a la empresa". En este sentido, el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, excluyó expresamente a los acreedores por operaciones comerciales y, advirtiéndose que los trabajadores también debían quedar fuera del ámbito de la posible homologación para dejar incólumes sus créditos, y que, de no hacerse de forma expresa, podrían verse afectados al tener la consideración de acreedores de pasivos financieros en sentido contable, se hizo preciso extender la excepción a los mismos por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre. De seguir la interpretación mantenida por la referida consulta, no hubiera sido necesario efectuar tales exclusiones, ya que ni proveedores ni trabajadores son titulares de un crédito por haber suministrado fondos o efectivo a la empresa. Por tanto, si ha sido precisa la exclusión expresa es porque, en caso de no haberse hecho, los créditos de los que son titulares tales acreedores estarían incluidos en el ámbito objetivo de la norma.

- Y, quinto, por una interpretación histórica, derivada del devenir de las modificaciones que ha sufrido la norma, ya que asumir que solo son pasivos financieros aquéllos que, de una manera u otra, han servido para financiar al deudor solicitante supondría la exclusión de los créditos que, aún siendo titularidad de entidades financieras, no hubieran nacido como consecuencia del suministro de efectivo o de fondos, con lo que se produciría un efecto contrario al pretendido por las sucesivas reformas, cual es la extensión del ámbito objetivo sobre el que sustentar el acuerdo de refinanciación homologable. Así, puede apreciarse que inicialmente se parte de una delimitación que gira en torno a la titularidad del crédito por entidades financieras, con independencia de su origen o naturaleza, lo que se trata de matizar con la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, que permite la inclusión de los créditos transmitidos a la Sociedad de Gestión de Activos

Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A. y de los transmitidos por ésta a terceros, para, finalmente, con el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, centrar la cuestión en la naturaleza del crédito. Y este es el motivo por el que, debido a la carga histórica de la norma, se hace preciso especificar que no es necesario que los titulares de endeudamiento financiero estén sometidos a supervisión financiera, lo que no hace sino adecuar el precepto a la delimitación efectuada por la norma 9ª del Plan General Contable que, cuando enumera los pasivos financieros, incluye expresamente como "*(o)tros pasivos financieros*", las "*deudas con terceros, tales como los préstamos y créditos financieros recibidos de personas o empresas que no sean entidades de crédito incluidos los surgidos en la compra de activos no corrientes, fianzas y depósitos recibidos y desembolsos exigidos por terceros sobre participaciones*".

De este modo, si nos atenemos a la definición contenida en el Plan General Contable, cualquier deuda con una entidad de crédito tendría la consideración de pasivo financiero, lo que es más acorde con la ampliación pretendida.

A favor de la segunda opción se esgrimieron los siguientes argumentos:

- Primero, que la Ley Concursal contiene un único concepto de pasivo financiero, coincidente tanto en sede concursal como en sede de homologación de acuerdos de refinanciación sin haya elementos que permitan entender que a los efectos de la Disposición Adicional 4ª tiene una extensión y a los de distinguir entre clases de créditos en el informe de la administración concursal otra diferente. Con ello surge un primer argumento a favor de separar el conceptos de activo financiero que nos ocupa de la definición del Plan General de Contabilidad donde se incluyen, entre otros, los pasivos por operaciones comerciales. Desde el prisma de la Disposición Adicional 4ª LC esto no plantearía problemas puesto que se les excluye expresamente. Sin embargo, en el art. 94.2 LC se regulan como clases diferentes las de pasivo financiero y las de créditos por operaciones comerciales. De ello puede extraerse que el concepto de pasivo financiero de la Ley Concursal no coincide con el concepto de pasivo financiero del Plan General de Contabilidad ya que de ser así debiera haberse aclarado que se excluían de los primeros los créditos por operaciones comerciales (de modo similar a como se realiza en la DA 4ª).

- Segundo, que en la Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal se utilizan términos que también son propios del ámbito contable y están contenidos en el Plan General de Contabilidad. Sin embargo, su contenido es radicalmente distinto siendo un claro ejemplo de ello la referencia a "*endeudamiento financiero*" que en la Ley Concursal viene referido a pasivos financieros en clara contraposición al concepto contable.

- Tercero, que resulta extraño a nuestro derecho concursal la asunción de conceptos contables con idéntico contenido.

- Cuarto, que la Consulta del ICAC 102/Junio 2015 al referirse al concepto de "acreedor financiero" sigue esta tesis, al acudir a las clases de acreedores del art. 94.2 LC para describirlo, sin referirlo al concepto contable, estableciendo que *"cualquier acreedor que ha suministrado financiación a la empresa en su significado más intuitivo, es decir, que ha suministrado fondos o efectivo a la misma, y distinta a las restantes categorías de acreedores contenidas en el artículo 94.2. En consecuencia, esta categoría debe incluir a los acreedores como las entidades de crédito, con independencia del instrumento con el que se haya formalizado la financiación y en su caso de las garantías exigidas, así como otras personas, entidades o intermediarios ya sean sometidos o no a supervisión financiera y que hayan financiado a la empresa mediante los mercados de capitales (bonos, pagarés, etcétera) o de forma bilateral o multilateral (préstamos sindicados, etcétera). La categoría de pasivos financieros excluye, por lo tanto, a los acreedores laborales, a los acreedores de derecho público, a los acreedores por operaciones comerciales, así como a otros acreedores cuya financiación otorgada no responda a los criterios anteriores previstos para los acreedores financieros"*.

- y quinto, si bien se apelan a razones de seguridad jurídica para identificar el concepto contable y el concursal de pasivo financiero, esta segunda tesis que separa uno y uno no genera inseguridad en su aplicación. Siguiéndola no resulta difícil determinar el pasivo financiero incluyendo dentro del mismo todo pasivo derivado de una financiación entendida en términos amplios como cualquier fondo, bien o ingreso recibido y destinado a la financiación de cualquier actividad desarrollada por la acreedora.

## **2. Tratamiento de los créditos contingentes.**

Durante el desarrollo del debate se puso de manifiesto que el problema que suscita el tratamiento de los créditos existentes, en tanto que nacidos de un hecho cierto y pasado, pero respecto de los cuales no existía certidumbre en cuanto a su cuantía o vencimiento, ya que, *a priori*, cabrían tres posibilidades.

La primera supondría la inclusión de la totalidad del crédito máximo concedido, del riesgo máximo asumido o, en definitiva de lo que sería el importe que podría alcanzar el crédito tras la eliminación de la contingencia, en el importe global del pasivo financiero computable a efectos de la homologación. Lo que tendría como consecuencia la extensión de los efectos no solo a la parte dispuesta, ejecutable o no contingente, sino

también a lo que en el futuro deje de ser contingente (en una acepción concursal).

La segunda implicaría incluir en el cómputo tan solo la parte dispuesta, ejecutable o no contingente, pero extender los efectos del acuerdo de refinanciación homologado también a los créditos concretados tras la desaparición de la contingencia.

Y, la tercera comportaría entender que aquello que no tenga la consideración de pasivo financiero en el momento de la homologación ni puede incluirse en el cómputo (por lo que sus titulares carecerían de derecho de voto) ni se verá afectado por la extensión de los efectos del acuerdo de refinanciación derivada de la homologación del mismo.

Las intervenciones de los participantes en el Encuentro, evidenció que acoger una u otra postura dependía, en gran medida, del concepto de pasivo financiero que se hubiera asumido, de la apreciación o no de identidad de razón con el convenio concursal y de la importancia que se concediera al favorecimiento de las refinanciaciones.

Si se acoge una definición contable de pasivo financiero resulta obligado asumir la tercera de las opciones, ya que ello conduce a diferenciar entre pasivo, provisión y pasivo contingente, de forma que el pasivo respecto de cuya cuantía (líneas de crédito, entre otros) o vencimiento (líneas de avales, por ejemplo) existe incertidumbre, habría, en su caso, de provisionarse y, por tanto, no incluirse como pasivo financiero.

Si se entiende que estamos ante un concepto autónomo, la delimitación que se hiciera del pasivo financiero sería la que vincularía a los efectos de la inclusión.

### **3. El tratamiento de los pasivos financieros sometidos a condición suspensiva**

En relación al los pasivos financieros sometidos a condición suspensiva se planteó si deben ser incluidos en la base del cómputo de las mayorías, discutiéndose si debe aplicarse analógicamente lo dispuesto en el art. 87.3 LC, reproduciéndose el debate que se planteó en relación a los pasivos contingentes, sin que se alcanzara acuerdo alguno.

### **4. La concreción de las personas especialmente relacionadas con el deudor excluidas a efectos del cómputo del pasivo financiero.**

Sobre la determinación de a qué acreedores titulares de pasivos financieros debía considerárseles como personas especialmente relacionadas con el deudor a efectos de ser excluidos del cómputo, se

discutió si a pesar de la remisión expresa al art. 93.2 LC que se realiza en la DA 4ª.1 LC, cabe aplicar el mismo régimen respecto al resto de los acreedores que en el seno del concurso se consideran especialmente relacionados con el deudor. En concreto, a los acreedores especialmente relacionados con el deudor persona física previstos en el art. 93.1 LC y a los cesionarios o adjudicatarios del art. 93.3 LC. También se planteó el problema de la referencia temporal y si cuando la especial relación recae en el garante, se excluye o no el crédito financiero garantizado.

En concreto, las cuestiones planteadas fueron:

¿deben ser excluidos a efectos del cómputo de las mayorías los acreedores especialmente relacionados con el deudor del art. 93.1 y 93.2 LC? Sin acuerdo

¿Se aplica la referencia temporal de dos años prevista en el art. 93.2 LC? Y si es así, ¿cómo se computa? Sin acuerdo

Si el garante es persona especialmente relacionada, ¿se excluye el crédito financiero garantizado? Sin acuerdo

## **5. Necesidad de valoración de las garantías reales.**

Aunque no se alcanzaron conclusiones al respecto, se expuso que el legislador divide el pasivo del deudor que pretende la homologación de un acuerdo de refinanciación que haya alcanzado con sus acreedores en tres categorías: pasivo no financiero, pasivo financiero sin garantía real y pasivo financiero cubierto con garantía real. De modo que la inclusión de los acreedores en una u otra categoría incide directamente en la posibilidad de extenderles los efectos del acuerdo a través de la homologación. A los primeros no se les puede extender en ningún caso, a los segundos cuando el acuerdo haya sido aceptado por el 60% o el 75%, en función del efecto de que se trate, de los pasivos financieros, y a los terceros, si la adhesión alcanza un porcentaje mayor, concretamente, el 65% o el 80%, también dependiendo del efecto de que se trate.

Para incluir un pasivo en una u otra categoría se trazan dos líneas, sobre la base de dos elementos: el concepto de pasivo financiero y el valor de la garantía real, pues un crédito se incluirá en la tercera de las categorías indicadas solo por el importe que se encuentre cubierto por la garantía.

De este modo, cuando únicamente se pretende diferenciar entre pasivo financiero y pasivo no financiero (ya sea porque no se pretende la extensión de efectos a ninguno de los pasivos financieros, ya sea porque la extensión se solicita respecto de todos ellos con independencia de la

existencia de garantías reales) no es preciso deslindar entre la segunda y la tercera categoría y, por ello resulta inocua la valoración de las garantías reales. En cambio, cuando solo se pretende extender los efectos a los pasivos que no estén cubiertos con garantía real se hace ineludible trazar una línea delimitadora sobre la base del valor de la garantía real.

En este sentido, si bien el concepto de pasivo financiero no es definido de modo expreso por la Ley Concursal, la misma sí define qué ha de entenderse por valor de la garantía real, en el apartado segundo de la Disposición Adicional Cuarta que establece que *“(a) los efectos de la presente disposición se entenderá por valor de la garantía real de que goce cada acreedor el resultante de deducir, de los nueve décimos del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida dicha garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero ni superior al valor del crédito del acreedor correspondiente ni al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoratícia que se hubiese pactado”*. Tras esta delimitación, continúa el precepto explicando cómo se calcula el valor razonable del bien o derecho.

Por tanto, ni puede el deudor utilizar otro criterio, como pudiera ser la propia valoración efectuada por el acreedor, ni puede diferir a un momento posterior la delimitación, puesto que, hasta que se produzca la parte del pasivo no cubierta por el valor de la garantía real habrá recibido un tratamiento mejor que los restantes pasivos de la misma condición.

## **6. Tratamiento de los pasivos de derecho público extranjero.**

Tampoco se adoptó una conclusión expresa respecto del problema que supone la cuestión relativa al alcance de la exclusión que la Disposición Adicional Cuarta hace de los créditos de derecho público, pues se planteó en el Encuentro si la misma se refería exclusivamente a los nacionales o si también abarcaba a los extranjeros.

Ante tal disyuntiva, cabría o bien entender que la determinación del carácter público del crédito habría de apreciarse en función de que lo fuera según la legislación del Estado en el que nació el crédito o bien atender a la legislación nacional, en cuyo caso, la exclusión se limitaría los pasivos de derecho nacional, sobre la base de la definición descriptiva o por enumeración que ofrece el artículo 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, según el cual el sector público comprende: *“a) La Administración General del Estado; b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas; c) Las Entidades que integran la Administración Local; y, d) El sector público institucional”*, siempre y cuando se cumplieran los requisitos expuestos por el Tribunal

Supremo en su Sentencia 472/2013, de 16 de julio, es decir, que “i) sean titularidad de la Administración General del Estado o sus organismos autónomos; y ii) deriven de potestades administrativas”.

Al margen de lo anterior, cabría cuestionarse si, a la vista del derecho comunitario, debería efectuarse una interpretación que permitiera conciliar la literalidad de la norma con el derecho supranacional, atendiendo, entre otras, a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de octubre de 2016, que interpreta el artículo 39 del Reglamento europeo 1346/2000, de 29 de mayo sobre procedimientos de insolvencia.

## **7. Las operaciones con activos esenciales como contenido del acuerdo de refinanciación.**

En este bloque se planteó si es posible que se incluya como contenido de un acuerdo de refinanciación una operación con un activo esencial. Sobre esa cuestión hubo una posición prácticamente unánime, sin opinión en contra, considerando admisible como contenido del acuerdo homologado operaciones respecto a activos esenciales del art. 160 f LSC. Sin embargo, avanzando en el debate, no fue posible alcanzar acuerdos sobre otras cuestiones tales como si era necesario un acuerdo de la junta general previo a la homologación del acuerdo llegando a discutirse si la Disposición Adicional 4ª desplazaba la competencia de la junta general recogida en el art. 160 f LSC.

En concreto, las cuestiones planteadas fueron:

¿Es posible que se incluya como contenido de un acuerdo de refinanciación una operación con un activo esencial? Acuerdo en sentido afirmativo por unanimidad.

¿Sería necesario el acuerdo de la junta general previo a la homologación del acuerdo? Sin acuerdo

¿Cabría condicionar la eficacia total o parcial del acuerdo de refinanciación a la adopción del acuerdo por la junta? No tratada

¿y condicionar el acuerdo de la junta a la homologación del acuerdo de refinanciación? Y a la extensión de efectos? No tratada

## **CONCLUSIONES DE LA CUARTA MESA: “DERECHO CONCURSAL I: CONTRATOS Y LIQUIDACIÓN”**

Moderador:

D. Jacinto José Pérez Benítez

Magistrado de la Audiencia Provincial de Pontevedra

Ponentes:

D<sup>a</sup>. Marta Cervera Martínez

Magistrada Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona

D. Pablo Sócrates González-Carrero Fojón.

Magistrado de la Audiencia Provincial de A Coruña.

## **CONCLUSIONES DE LA MESA SOBRE CONTRATOS**

### **Resolución de contratos bilaterales en interés del concurso.**

***1.. El interés del concurso, en el marco de la resolución de contratos bilaterales del artículo 61. 2 de la LC ¿permite al Juez modular la indemnización de daños y perjuicios a que tiene derecho la parte in bonis, o solo opera para decidir la resolución misma?***

La opinión mayoritaria de los asistentes al Encuentro es que el interés del concurso no permite modular la indemnización a que tiene derecho la parte *in bonis*, sino únicamente justificar la conveniencia, en términos económicos, de resolver o no el contrato. No quiere ello decir que deban operar en este ámbito cláusulas contractuales que pre-liquidan la indemnización de daños y perjuicios para casos de incumplimiento o desistimiento del contrato. La referencia que el artículo 62 2, párrafo segundo, hace al valor pericialmente determinado del bien cedido en los casos de resolución en interés del concurso de contratos de arrendamiento financiero demuestra que la indemnización no debe exceder en ningún caso del valor real del daño (lucro cesante) que la resolución comporte a la parte *in bonis*.

***2. La resolución convenida o decidida judicialmente ¿es ya ineludible o puede el concurso valorar su procedencia, la conveniencia de activarla, en función del resultado del***

***incidente en el que se discutió el importe de los daños y perjuicios a abonar con cargo a la masa?***

La resolución contractual y la indemnización de daños y perjuicios están tan íntimamente ligadas que sólo anticipando o conociendo el importe de la indemnización que habrá que abonar con cargo a la masa será posible valorar si conviene al concurso la resolución. El artículo 61. 2 de la LC, sin embargo, aparentemente escinde o posibilita que se escindan esas dos decisiones con lo que el resultado del incidente puede ser uno muy alejado de las previsiones de la deudora en concurso o la administración concursal y eventualmente perjudicial, no beneficioso, para el concurso.

Para evitar disfunciones que podrían derivarse de una resolución judicial que decida aisladamente el aspecto indemnizatorio en términos tan alejados de las previsiones del deudor concursado y la administración concursal que la hagan económicamente inconveniente para el concurso, se propone mantener unidas las dos decisiones –resolución e indemnización– aun cuando las partes se hayan mostrado previamente dispuestas a convenir la resolución y sólo discutan la indemnización (la literalidad del precepto proporciona base para así entenderlo). La sentencia del juez del concurso decidirá así la contienda fijando los términos de la resolución contractual promovida. Será a continuación el concurso el que deberá valorar si, en esas condiciones, le conviene o no activar la resolución. En estos términos resolvió la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia **de 10 de noviembre de 2016**, al casar la sentencia de la AP y asumir la instancia: se declara la **procedencia** de la resolución bajo determinadas condiciones económicas para el caso de que la concursada (o la Administración concursal) **siguiera interesada en hacer efectiva la resolución**. Es decir, contempla la eventualidad de que el resultado final del pleito no convenga a la concursada o a la administración concursal y decida “no hacer efectiva la resolución”

**Contrato de préstamo participativo: ¿el del prestamista es un crédito ordinario o subordinado?**

La ST AP de A Coruña de 16 de marzo de 2017 lo clasifica como crédito subordinado por pacto del artículo 92 2º LC. A partir de la caracterización legal del préstamo participativo procedente del RD-Ley 7/1996, de 7 de junio, que prescribe que los préstamos

participativos en orden a la prelación de créditos, se situarán después de los acreedores comunes, dice la AP que lo que importe es que *"al asignar las partes al préstamo la consideración de participativo el prestamista voluntariamente se sitúa para el cobro de su crédito a continuación de los que, en el contexto normativo anterior a la Ley concursal, se denominaban en general acreedores comunes"*, y que *"...un crédito que, por voluntad de las partes, se relega frente a los demás del mismo deudor tiene su encaje en el n.º. 2º del artículo 92 de la Ley concursal que se refiere a los "créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el deudor"*. Al caracterizar las propias partes la operación como préstamo participativo, el prestamista asume y consiente la subordinación de su crédito en caso de concurrencia con otros del mismo deudor.

En contra, el Juzgado de lo Mercantil Núm 1 de Oviedo en su ST de 27 de mayo de 2013, que analiza los argumentos doctrinales favorables a su subordinación -por pacto, o por equiparación con intereses- y razona que *"En opinión de este juzgador debemos descartar de plano, tanto la equiparación a los intereses (no hay porqué dar el mismo tratamiento al principal del préstamo que a su retribución) como el reconocimiento de un supuesto extraconcursal (la enumeración es numerus clausus, luego, o es posible la subsunción en uno de los tipos del art. 92 o se impondrá calificar el crédito como ordinario, art. 89.3). La configuración como subordinado por pacto contractual no deja de suscitar dudas, pues la subordinación no obedece a la voluntad de las partes, sino a la voluntas legis, amén de que existe alguna resolución judicial que estima que la cláusula de subordinación no es elemento esencial del negocio (SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 6 de julio de 2009)"*.

La mayoría de los asistentes al Encuentro sostiene que el crédito del prestamista o acreedor participativo debe ser subordinado por pacto del artículo 92 2º LC en cuanto al principal, puesto que el acreedor ha consentido la relegación que la nota participativa de la operación comporta.

Está en cierta medida relacionado con el problema anterior -y con el de la determinación del momento en que se produce la pérdida de la condición de socio- el del crédito de reembolso del socio que se separa de la sociedad (artículo 348 bis del TRLSC) cuando su participación en ella era, antes de la separación, superior al 10% del capital social. Una reciente ST del Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de

A Coruña (31 de julio de 2017) lo clasifica como crédito subordinado del artículo 92 5º partiendo de que “el derecho de *reembolso* participa de la misma naturaleza del derecho del socio a participar en el patrimonio resultante de la liquidación, anticipado en el tiempo por cuanto la sociedad no se disuelve para ser liquidada sino que liquida la cuota del socio que no desea permanecer más en la sociedad que no reparte beneficios”

## **CONCLUSIONES DE LA MESA SOBRE LIQUIDACIÓN**

### **1. Sobre el plan de liquidación.**

**1.1. *¿Puede la Administración Concursal atribuir a los bienes una nueva valoración en el Plan de liquidación al margen de la que consta en el Informe del art. 75 o debe incluir la prevista en el informe puesto que tal variación sólo puede operar vía incidental del art. 96 LC?***

POR MAYORIA se acuerda que la AC no podría efectuar una nueva valoración de los bienes en el plan de liquidación puesto que la discusión sobre la misma debe dejarse para el trámite de impugnación del informe ex art. 96 LC, si allí no se ha discutido debe respetarse en liquidación el importe fijado en el inventario. Todo ello salvo cambio evidente y sobrevenido de las circunstancias o error evidente en el cálculo llevado a cabo por la AC, lo que debería llevar a cabo una corrección (reducción o aumento) del importe fijado por honorarios de la fase común.

En caso de error evidente imputable a la AC, el AAPB, secc. 15. 18/12/2013.

**1.2. *Si se ha producido un cambio evidente de circunstancias desde el informe hasta la presentación del plan, ¿Que trámite hay que seguir para el cambio de valoración, en las observaciones al plan o en un trámite independiente?***

POR MAYORIA se acuerda que ante esta circunstancia las alegaciones deben realizarse en el traslado del plan de liquidación donde el AC corrige la valoración del citado bien, sin necesitar un trámite independiente ni un nuevo incidente

concurzal. Cabe la posibilidad de que sea un tercero quien ponga de manifiesto el cambio de circunstancias, aportando incluso nuevas tasaciones, debiendo cerrarse la discusión en dicho trámite de alegaciones, a los efectos de poner a aprobar el plan de liquidación con los valores definitivos de los bienes a enajenar, puesto que es el instrumento que le va a permitir al AC llevar a cabo las ventas.

*1.3. ¿De qué forma se podría modificar el plan de liquidación? ¿Sería posible cambio de valoración después de aprobar el plan, justo antes de la venta?*

POR MAYORIA se acuerda que es posible, como venimos indicando, que tras la aprobación del PL se produzca un cambio de circunstancias durante la tramitación del procedimiento o que se haya aprobado una previsión absurda del AC, en estos casos el plan de liquidación puede ser modificado concediendo, a la petición de modificación, nuevo traslado de 15 días ex art. 148 LEC, adoptándose la resolución por auto susceptible de recurso de apelación.

## **2. Control judicial de la fase de venta directa.**

***2.1. ¿Debe el AC fijar un precio mínimo a partir del cual se autoriza la venta? ¿Debe establecerse un porcentaje en el plan de liquidación?***

No se alcanzó acuerdo.

***2.2. ¿Cómo controlamos que se han dado las publicidades oportunas que respeten el derecho de concurrencia de los todos interesados en el procedimiento de venta? ¿Debemos permitir la personación en el procedimiento de los ofertantes interesados en la compra?***

No se alcanzó acuerdo concreto al respeto pero se discutió que para evitar cualquier queja de falta de transparencia en la fase de venta directa de los bienes en liquidación, falta de conocimiento de las condiciones o de publicidad insuficiente, sería aconsejable requerir expresamente a los AC que informen al juzgado de los medios o vías de publicidad que han utilizado y de las ofertas recibidas,

permitiendo la personación a los terceros interesados en la compra de activos para facilitar el traslado de los documentos y conocimiento de todos los extremos del proceso de venta.

**2.3. ¿Debe preverse en el plan de liquidación que para el caso de que haya varios postores es obligatorio llevar a cabo una subastilla? ¿Ésta debería ser en el juzgado?**

Por MAYORIA se acordó que para el supuesto que concurren por lo menos dos ofertas deberán preverse en el plan de liquidación que, de solicitarlo las partes, debe convocarse una subastilla para la presentación de mejoras, tomando como tipo de partida la oferta más alta, a celebrar en el juzgado en sobre cerrado y ante la presencia del LAJ.

**3. Venta por entidad especializada.**

**3.1. ¿Los honorarios de la entidad especializada deben preverse en el plan de liquidación? ¿Serán con cargo a la masa activa del concurso o a cargo de los honorarios de la AC?**

POR MAYORIA se acuerda que esta fórmula viene prevista en la LEC (artículo 641) y obliga a que el plan de liquidación prevea expresamente qué persona o entidad se va a ocupar de la venta, si lo hace en régimen de exclusiva, plazo de duración y el porcentaje que sobre la venta va a percibir por su encargo. De esta forma los acreedores podrán discutir tales extremos mediante las alegaciones al plan de liquidación.

En cuanto al régimen de retribución a la persona o entidad especializada, que puede ser un porcentaje sobre el precio de venta, una escala de porcentajes en función del precio final de venta, o una cantidad fija, debe incluirse en el plan expresamente que esa comisión o retribución se detraería del precio. En las normas supletorias del artículo 149.1 LC se indica que la retribución a los intermediarios es por cuenta de los honorarios de la administración concursal. Al ser norma supletoria nada impide que el plan prevea otro sistema de pago. AAP Barcelona 2/05/2017, AAP Madrid 11/04/2016 y AAP Málaga 26/4/2016.

## **CONCLUSIONES DE LA QUINTA MESA: "DERECHO CONCURSAL II. VENTA DE BIENES AFECTOS A CRÉDITO CON PRIVILEGIO ESPECIAL"**

Moderador:

D. José Manuel de Vicente Bobadilla

Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid

Ponentes:

D. Francisco Pañeda Usunariz

Magistrado de la Audiencia Provincial de Valladolid

D. Víctor Fernández González

Magistrado Juzgado Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca

### **Cuestiones planteadas por el ponente D. Víctor Fernández**

**1.- ¿Puede el plan de liquidación obviar las previsiones que contiene el artículo 155 LC respecto del pago de los créditos privilegiados especiales?. ¿Es posible que el plan contemple – y se apruebe por el Juez del Concurso- la venta directa del bien afecto al pago del crédito con privilegio especial, sin la aceptación del titular del privilegio especial?**

Es un hecho notorio que, con las sucesivas reformas de la ley concursal, no se puede hacer una identificación de las garantías reales con los privilegios especiales. Al mismo tiempo, esa "poda de privilegios" no supone la cancelación registral de las garantías, las cuales subsisten. Los Magistrados reunidos debatieron acerca de si esa restricción del privilegio especial, también podía implicar una restricción de las previsiones del art.155 LC

El punto de partida residía en la STS de 23 de julio de 2013 y en la de 13 de abril de 2016 conforme a las cuales los derechos que al acreedor hipotecario reconoce el artículo 155 LC deben observarse con independencia

de que pueda existir o no un plan de liquidación.

La mayoría de los Magistrados presnetes acordaron aplicar el sentido antedicho, de tal forma que los planes de liquidación no pueden obviar las previones que el art.155 LC, debiendo respetarse, expresamente, las reglas del apartado 4.

## **2- Régimen de la conformidad de los acreedores con privilegio especial en la transmisión de unidades productivas en fase de liquidación: art. 149.2 LC.**

En el marco de este precepto se suscitaron dos problemas prácticos:

- A) Si cuando el precepto hace referencia a los acreedores con derecho a ejecución separada, se deben identificar éstos con los que tengan derecho a ejecución separada en los términos del art.57.3 LC o con cualquier acreedor que ostente la condición de privilegiado (con independencia de cumplirse con los requisitos del art.57.3 LC). Una parte de los asistentes entendió que, en una interpretación sistemática y a sensu contrario del párrafo primero y segundo de la letra a) del art. 149.2 LC, teniendo en cuenta que en la normativa concursal existen acreedores con garantía real, acreedores privilegiados especiales y acreedores que ostentan un derecho de ejecución separada, y que todos estos conceptos legales no tienen porqué coincidir en el titular del crédito, la referencia a acreedores con derecho a ejecución separada se debe identificar con los términos del art.57.3 LC. Por el contrario otro grupo alcanzó la conclusión de incluir en los acreedores con derecho a ejecución separada, cualquiera que tuviera reconocido un privilegio especial
- B) En cuanto al supuesto que en la venta de la unidad productiva el precio a percibir no alcanzase el valor de la garantía, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94 en que el precepto impone que sea necesario que manifiesten su conformidad a la transmisión los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada, que representen al menos el 75 por ciento del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma

clase, según determinación del artículo 94.2, de forma unánime se concluyó que esa conformidad implica un derecho de veto que ostenta el titular de ese tipo de crédito, sin que pueda moderarse de ninguna forma por el Tribunal. Si el acreedor formula oposición la venta no podrá llevarse a término

### **3.- Interpretación del concepto "del precio obtenido" a efectos del importe a percibir por los acreedores privilegiados como consecuencia de la transmisión de una unidad productiva sin subsistencia de la garantía.**

En este punto se analizó el alcance de la dicción "precio obtenido", en el sentido que ya había expuesto el auto del Juzgado de lo Mercantil nº5 de Barcelona de 23 de marzo de 2005. En concreto se discutió que podría darse una distinta interpretación:

- a) interpretación restrictiva de "precio obtenido": incluye solo precio en sentido estricto, dinero efectivo
- b) interpretación moderada de "precio obtenido": incluye no sólo dinero en efectivo sino también subrogaciones legales o asunción de obligaciones con terceros (deudas laborales y de la seguridad social, déficit de postconcurso de funcionamiento de la unidad, etc.)
- c) interpretación extensa de "precio obtenido": se incluye no sólo dinero en efectivo sino también cantidades retenidas para subrogaciones legales o asunción de obligaciones con terceros así como renuncia a créditos/préstamos realizados por el adquirente.

En esta cuestión no se alcanzó una mayoría suficiente para su aprobación como conclusión.

### **4. Cláusula de imposición del adquirente del pago de los gastos e impuestos generados por la transmisión del bien sujeto a hipoteca.**

Se defendió que, a partir del dictado de los autos de 11 de abril y 20 de mayo de 2016 y 13 de enero de 2017 de la sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, no había problema en admitir que fuera el adquirente de los activos del concurso el que se hiciera cargo de los gastos y honorarios derivados de la realización. Se parte de la consideración de que el apartado primero del artículo 149 LC, en el que se incluye la previsión de que los gastos que genere la intervención de la entidad especializada serán a cuenta de la retribución de la administración concursal, tiene carácter

supletorio, de manera que sólo sea aplicará en el caso de que no se apruebe el plan de liquidación o en lo no previsto en él.

De igual forma, en lo que refiere a los tributos, no existe una inversión del sujeto pasivo (el obligado tributario frente a la administración sería el que fijase la normativa tributaria correspondiente), sino que, a partir de los art.1455 y 1456 CC, cabría incluir la cláusula de impuestos y de gastos al adjudicatario.

Este punto se aprobó por mayoría, aunque algunos asistentes plantearon dudas respecto a la imputación de gastos de la transmisión cuando el adquirente es el acreedor con privilegio especial, tal y como recoge el auto de 11 de febrero de 2015 de la Audiencia Provincial de Barcelona.

## **Cuestiones planteadas por el ponente D. Francisco Pañeda Usunariz**

### **1º) Interpretación del art. 155.5 LC.**

Se planteó la problemática de la interpretación del concepto "deuda originaria" que utiliza el precepto, lo que implícitamente obliga a pronunciarse sobre el alcance de las limitaciones al privilegio especial que se incluyen en los arts. 90.4 y 94.5 LC al regular el valor de la garantía, así como el correcto ámbito de aplicación del art. 155.5 LC.

Los magistrados presentes en el encuentro se decantaron por unanimidad por la tesis que defiende que las limitaciones establecidas en los artículos 90.4 y 94.5 LC en la determinación del alcance del privilegio especial sólo resultan relevantes para la formación de la lista de acreedores y la fijación de los derechos de voto de cara a un eventual convenio de acreedores y su posterior cumplimiento, pero no se extienden a otros supuestos distintos, como sería la realización en fase de liquidación o la enajenación del activo en venta anticipada.

Consecuencia de lo anterior, se concluyó que el art. 155.5 LC es perfectamente aplicable a los supuestos de realización de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial dentro del proceso concursal, sin que

existan argumentos para restringir su aplicación únicamente a los supuestos de ejecución separada extra muros del concurso.

Se consideró que esta interpretación era la más acorde con la finalidad de los arts. 140.4.II y la propia DA 4ª apdo. 11º LC, tal y como expresa la EM de la Ley 9/2015, y la que mejor se compadece con la ubicación sistemática del precepto.

### **2ª Conclusión: sobre la naturaleza del precepto introducido por la Ley 9/2015**

Se decidió (también por unanimidad) que la introducción del apartado 5 del art. 155 LC tuvo la vocación de aclarar un aspecto confuso de la norma, como era la cuestión relativa a la aplicabilidad de las limitaciones establecidas en los artículos 90.4 y 94.5 LC en la determinación del alcance del privilegio especial, resolviendo con ello los problemas interpretativos generados por la Exposición de Motivos del RDL 11/2014, de 5 de septiembre.

En este sentido, se consideró que se trató de una reforma meramente aclaratoria o interpretativa del régimen normativo aplicable (en los términos que refiere la STS de 10 de febrero de 2012, y las que en ella se citan), por lo que podría considerarse que la nueva regulación ya estaba comprendida en el precepto, y sería posible su aplicación retroactiva.

### **3ª Conclusión: sobre la extensión del concepto “deuda originaria” en supuestos de realización de bienes con garantía real**

En relación con el alcance de este concepto, se mantuvo (por unanimidad) que era preciso distinguir si la realización tiene lugar en el seno del concurso, lo que no generaría propiamente una duda interpretativa, pues no hay propiamente costas y gastos de la ejecución; de aquellos otros supuestos en los que la realización del bien se produce en una ejecución singular extra muros del concurso, en los que se entiende que procede la inclusión en el concepto de “deuda originaria” de los mismos conceptos que

contempla el art. 692 LEC, esto es, no solamente el principal e intereses, sino también las costas y gastos devengados en la propia ejecución.

### **CONCLUSIONES DE LA SEXTA MESA: "DEFENSA DE LA COMPETENCIA: ACCESO A LA INFORMACIÓN"**

Moderadora:

D.<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Arantzazu Ortiz González

Magistrada Audiencia Provincial de Palma de Mallorca

Ponentes:

D. Raúl Nicolás García Orejudo

Magistrado Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona

D. Jorge Montull Urquijo

Magistrado Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid

#### **Petición de medidas de acceso a las fuentes de prueba, Real Decreto 9/2017 26 de mayo 2017**

##### **Quién**

En cuanto a la petición de medidas de acceso a fuentes de prueba, **el art 283 bis a) LEC** permite también solicitarlas al demandado y a tenor del precepto, procede aún en el caso de que el demandante no las haya pedido.

##### **Cuándo**

Respecto a la posibilidad de pedir las con anterioridad a la presentación de la demanda, en los supuestos derivados de una decisión de la autoridad de la competencia, al haberse notificado la resolución sobre el cartel y/o requerimientos previos a la demanda se podrían cumplir los requisitos que exige la LEC.

En los supuestos en los que las ha pedido el demandante con anterioridad o en la demanda, el demandado podrá pedir el acceso a fuentes de prueba durante el plazo para contestar la demanda; éste quedaría en suspenso reanudándose con los días que resten para contestar. No dan lugar al nuevo cómputo desde el inicio.

¿Hasta cuando pueden solicitarse las medidas **283 bis e)**? Cuando haya hechos nuevos, podrá suspenderse la audiencia previa, si bien el Juez resolverá durante la misma, en la medida de lo posible.

### **Cómo**

La Propuesta inicial de la Comisión de Codificación establecía que se debía respetar con la solicitud el principio de instrumentalidad, de tal manera que el solicitante deberá justificar que las fuentes de prueba serán necesariamente introducidas después como medios de prueba útiles y pertinentes, estableciéndose así una relación de instrumentalidad con los medios de prueba y los principio de pertinencia y utilidad que rigen estos medios. Además la Propuesta inicial de la CDC exigía expresamente que el solicitante justificara que no podía obtener las fuentes de prueba por sí mismo y sin auxilio del tribunal.

Estos principios no se recogen de una manera explícita en el **art. 283 bis a)**, aunque pudieran extraerse de los restantes principios y de la consideración de que ha de establecerse un paralelismo entre fuente de prueba y medio de prueba, como hace la propia Exposición de Motivos del RD y la Definición de la Directiva, en el sentido de que toda fuente de prueba ha de ser introducida como medio de prueba.

Respecto a los dictámenes periciales y más concretamente la asistencia de los expertos al Tribunal: En este sentido, en el acto de juicio (antes de dar comienzo propiamente pero documentado como tal) el Juez, cuanto la complejidad del caso lo requiera, podría requerir a los peritos para que identifiquen las discrepancias entre los dictámenes.

## **CONCLUSIONES DE LA SÉPTIMA MESA: "COMPETENCIA DESLEAL: CUESTIONES NOVEDOSAS"**

Moderador:

D. Ildefonso Jerónimo Barcala Fernández de Palencia

Magistrado Audiencia Provincial de Burgos

Ponentes:

D. Luis Shaw Morcillo

Magistrado Audiencia Provincial de Jaén

Doña Carmen González Suárez

Magistrada del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid

### **¿Cuándo es abusiva una imitación ex artículo 11.2?**

La cuestión hace referencia a la diferencia entre los actos de imitación del artículo 11.2 y la cláusula general del artículo 4 cuando el acto es contrario a la buena fe. Se ha planteado si, aunque la imitación es libre y el artículo 11.2 solo sanciona los actos de imitación en los que hay un riesgo de imitación o un aprovechamiento del esfuerzo ajeno (esto último supone que la prestación a imitar tenga alguna ventaja competitiva) se pueden sancionar otros actos de imitación por resultar contrarios a la buena fe.

### **Protésicos contra odontólogos**

Se han puesto de relieve los procedimientos que han enfrentado a estos dos sectores, a cuenta en primer lugar de una campaña publicitaria del Colegio de Odontólogos y de la libertad de elección de protésico.

En relación con la primera cuestión hay dos sentencias contradictorias, una de la AP Castellón sección 3ª de 18 de marzo de 2016 y otra de la AP Valencia sección 9ª de 18 de junio de 2016. La primera considera ilícita la campaña publicitaria del Colegio de Odontólogos y la segunda la considera legal.

En relación con la segunda cuestión se trae a colación una sentencia de la AP Baleares sección 5 de 4 de junio de 2015, que desestima una demanda la formula el Colegio Oficial de protésicos dentales contra un odontólogo porque en el tratamiento efectuado a una determinada paciente no le informó de su derecho a la elección de protésico dental.

Los problemas están relacionados con el artículo 3 de la Ley 29/2006 de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (antiguo artículo 4 de la Ley del medicamento) que establecía la incompatibilidad del ejercicio clínico de la medicina, odontología y de la veterinaria serán incompatibles con cualquier clase de intereses económicos directos derivados de la fabricación, elaboración y comercialización de los medicamentos y productos sanitarios. Este artículo ha sido derogado por la Ley Ómnibus Ley 25/2009 que traspuso la Directiva de servicios 2006/123, y que impuso a los Estados la obligación de no someter la prestación de servicios a la obtención de una autorización. Esta cuestión se tratará más adelante en la ponencia sobre los asuntos Uber y Cabify.

### **Problemas del artículo 15 LCD**

Se trataron varios problemas a que daba lugar la aplicación del artículo 15.

- **Necesidad de rango de ley del artículo 15.1.** El artículo 15.1 habla de infracción de leyes de las que resulte una ventaja competitiva. Pero la ventaja competitiva puede resultar de la infracción de otras normas como los estatutos de un colegio profesional o la infracción de un convenio colectivo o de las normas de calidad.
- **Mera infracción para considerar desleal en el supuesto del artículo 15.2.** El artículo 15.2 sanciona la infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. Se plantea si basta la infracción o es necesario que de ello resulte también una ventaja competitiva, como en el caso del artículo 15.1. En relación a esta cuestión se examina la sentencia del TS de 17 de mayo de 2017 en relación a la competencia desleal de empresas que se dedican al sector del juego on line, una de las cuales había actuado durante años sin la necesaria autorización. Según el TS no basta la mera infracción, sino que es necesario tener en cuenta el conjunto de circunstancias en las que se ha llevado a cabo la infracción.

- **¿Cuáles son las normas que regulan la actividad concurrencial?** En relación con el artículo 15.2 se plantea la cuestión de si la infracción de los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia es constitutiva de competencia desleal o si solo son sancionables en el ámbito de la Ley de Defensa de la Competencia Ley 15/2007. En ese último caso el artículo 15.2 se reservaría para los actos a que hace referencia el artículo 3 de la Ley 15/2007 y para cuya persecución el artículo 3 confiere facultades a los órganos encargados de la defensa de la competencia.

### **Vinculación de las resoluciones dictadas al amparo de la Ley de Defensa de la Competencia en los tribunales civiles. Posibilidad de reclamación por los perjudicados**

Se trata la cuestión de la posibilidad de reclamar, sobre todo en los casos de engaño a los consumidores o de infracción de normas del artículo 15, por la Ley de Competencia Desleal o con base a las acciones civiles del Derecho de la Competencia. La posibilidad de reclamar por esta segunda vía ya estaba prevista en el Reglamento UE 1/2003 pero recientemente la cuestión ha renovado su actualidad por la publicación del RDL 9/2017 que traspone la Directiva de la Unión Europea en materia de ejercicio de acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia.

Se hace mención a las demandas en el asunto Volkswagen de trucaje del dispositivo para detectar gases contaminantes. Aunque el asunto puede tener encaje en una demanda por competencia desleal se constata que todas las demandas se han fundado en el incumplimiento del contrato de compraventa.

### **Asunto UBER**

Es una plataforma que pone en contacto a conductores particulares con personas que quieren realizar una carrera urbana. Tanto Uber como sus conductores operan sin las licencias administrativas necesarias para prestar servicios de transporte.

**Primera cuestión:** determinar si las prestaciones ofrecidas por UBER se benefician del principio de libre prestación de servicios en tanto que «servicios de la sociedad de la información» o si están incluidas en el ámbito del transporte regulado por la normativa de transporte.

**Segunda cuestión:** si se llegara a la conclusión de que UBER es una empresa de transporte y por lo tanto necesita autorización administrativa para operar ¿se podría apreciar la concurrencia de un ilícito concurrencial del art. 15.1 o del art. 15.2 LCD?

### **Asunto CABIFY**

El supuesto de hecho es distinto, puesto que Cabify (y Uber tras un cambio de estrategia) operan bajo el paraguas de la autorización de los servicios de arrendamiento de vehículos con conductor (licencias VTC).

Se reprocha a Cabify la infracción de la normativa administrativa aplicable a este tipo de licencias y en concreto:

- La normativa que exige que para que este tipo de vehículos pueda circular, es necesario que se justifique que están prestando un servicio contratado previamente (art. 182 RD 1211/1900 de 28 de septiembre)
- La prohibición de aguardar o circular en vías públicas en busca de clientes, así como la prohibición de recoger a gente que previamente no haya contratado el servicio y la prohibición de que abandonen el lugar en que habitualmente se encuentren guardados o estacionados, sin la documentación acreditativa del contrato de arrendamiento (art. 23 orden de 9 de enero de 2008 que desarrolla el Reglamento de la LOTT)

**Primera cuestión:** ¿se puede reprochar a la plataforma incumplimientos de normas sectoriales? ¿Cabify es un simple intermediario, o dado que detenta su control, al igual que UBER, debe ser considerado el prestador del servicio de transporte? ¿Desde esta perspectiva, podría reprocharse a Cabify el incumplimiento de la normativa administrativa?

**Segunda cuestión:** de haberse acreditado la infracción ¿se podría apreciar un ilícito concurrencial del art. 15.1 o del art. 15.2 LCD?

### **Asunto BLABLACAR**

Blablacar es una plataforma que pone en contacto a usuarios que van a realizar un viaje en su vehículo particular, tienen asientos libres y quieren compartir los gastos del viaje, con usuarios que quieren realizar el mismo viaje.

- **Cuestión:** determinar si las prestaciones ofrecidas por BLABLAR se benefician del principio de libre prestación de servicios en tanto que «servicios de la sociedad de la información» o si están incluidas en el ámbito del transporte regulado por la normativa de transporte. ¿La actividad de los usuarios que comparten su vehículo es un transporte público o privado?