



**Autor: Vanessa Martí Moya**

**Professora Contractada Doctora. Dret Mercantil.**

**Universitat de València**

**Any 2013**

# **MATERIALS DOCENTS PRÀCTICS**

## **DRET MERCANTIL I**

### **ADAPTATS ALS GRAUS DE DRET I ADE/DRET**



## CASOS PRÀCTICS RESULTS DE PROPIETAT INDUSTRIAL I COMPETÈNCIA

### CAS PRÀCTIC 1. MARQUES

L'entitat mercantil Cellers Enterría SA és propietària de les marques registrades José Enterría Villalba, Vinya Enterría i Enterría, així com del nom comercial Cellers Enterría SA, la primera d'elles transmesa pel propietari original —Don José Enterría Villalba— mitjançant escriptura pública de l'1 d'octubre passat.

Amb posterioritat al registre d'aquests drets de propietat industrial, el fill del transmissor sol·licita en el Registre de Marques de l'Oficina Espanyola de Patents i Marques la marca Julián Enterría Luján, que coincideix amb el seu nom patronímic i que ha estat utilitzant normalment en el mercat.

Què pot fer Cellers Enterría SA?

[Es recomana la lectura de la Sentència del Tribunal Suprem de 20 de juny de 1994.]

### SOLUCIÓ CAS PRÀCTIC 1

Una vegada inscrita, només cal sol·licitar la nul·litat de la marca per incompatibilitat amb una marca registrada anterior, és a dir, perquè hi ha causa de nul·litat relativa segons l'article 52 de la Llei de Marques si es pot provar la semblança o identitat parcial, susceptibles d'induir a error o confusió en el mercat, entre les marques anteriors.

És cert que la marca registrada coincideix exactament amb el nom i cognoms del codemandat i recorregut. La pretensió d'un comerciant o empresari de vincular la seua empresa als cognoms és absolutament legítima en principi i és dret reconegut, però en ocasions pot contrariar un interès legítim anterior. Tanmateix, no es pot oblidar que és essencial a les marques servir de distintiu dels productes, amb les quals aspira l'empresari a distingir-los dels altres del mercat, i ser un mitjà de protecció als clients a través de la constant qualitat, i és a aquests clients als quals s'ha d'evitar la confusió o els errors, ja que el seu interès general també el protegeix el dret de marques.

Si, com fa la sentència de lectura recomanada, s'entén que és la paraula *Enterría* la identificadora del producte (vins), aleshores serà possible declarar la nul·litat de la marca registrada posteriorment.



Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using  
PDF Complete.

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

## E DOMINI

ALBANCO és una societat dedicada a la comercialització d'instruments electrònics, entre els quals es troba un "simulador de freqüència intermèdia", de referència RX-315.

CROMAX és una societat dedicada a la fabricació i comercialització d'equips electrònics, entre els quals es troba el simulador de freqüència intermèdia de referència RX-315. Comercialitza els seus productes tant a través d'empreses distribuïdores com directament.

El maig de 2011, la Generalitat Valenciana convoca una licitació per a la contractació del subministrament de material per a tallers formatius en què cal utilitzar el simulador de freqüència intermèdia de referència RX-315. ALBANCO resulta vencedora d'aquesta licitació.

Per tal de complir les ordres de la Generalitat Valenciana, l'1 de juny ALBANCO fa una comanda de 44 simuladors a una de les empreses distribuïdores de CROMAX a un preu de 150 €.

L'1 de setembre, CROMAX envia als seus distribuïdors una circular en què justifica els retards en el lliurament de simuladors per problemes de proveïment dels components d'aquests i en què apuja el preu a 200 €. ALBANCO decideix canviar de proveïdor i el dia següent contacta amb un altre distribuïdor (DPG) per fer la comanda dels 44 simuladors. CROMAX trasllada a DPG que el preu és de 250 €. ALBANCO no té més opció que acceptar les condicions si no vol incomplir el contracte amb la Generalitat.

El 20 de novembre, són lliurats a ALBANCO únicament 15 simuladors. El 10 de gener, la Generalitat comunica a ALBANCO la decisió de resolució parcial del contracte pel que fa als simuladors (lot 3) per incompliment.

Unes altres dades que cal considerar:

CROMAX és l'únic fabricant a Espanya del simulador de freqüència intermèdia RX-315. Els altres dos productors europeus es troben a Hongria i a Xipre. Encara que hi ha uns altres simuladors a Espanya amb característiques similars, cap d'ells reuneix les condicions tècniques exigides en la licitació pública.

### Qüestions

Com a assessor d'ALBANCO, determineu totes les opcions que l'ordenament us ofereix en defensa dels vostres interessos. Respongueu, entre altres, a les qüestions següents:

a) Com es defineix una posició de domini? Quins són els mercats de producte i geogràfic rellevants en aquest cas?

... i en algun d'ells? Per què?

... presa el fet de tenir una posició dominant?

d) Quin tipus de justificacions objectives pot esgrimir CROMAX per no subministrar el producte? Serien suficients per descartar la conducta abusiva?

*NB: Es recomana que consulteu la pàgina web de la Comissió Nacional de la Competència, on trobareu una varietat de resolucions sobre conductes anticoncurrencials que us poden servir d'orientació. <[www.cncompetencia.es](http://www.cncompetencia.es)>, apartat "Expedients i resolucions".*

## SOLUCIONS CAS PRÀCTIC 2

Abans de res, es recomana la lectura de la resolució de la Comissió Nacional de la Competència (CNC), de 21 de setembre de 2012 (EXP. S/0407/12 PROMAX), encara que algunes dades n'han estat modificades i, amb això, la possible solució al cas. Respecte de les possibilitats que té ALBANCO per a la defensa dels seus interessos, en són fonamentalment dues. En primer lloc, anar a la CNC i denunciar els fets perquè, si s'escau, es tramite l'expedient sancionador regulat en l'article 49 i ss. LDC. I, en segon lloc, acudir als tribunals per a rescabalar del dany patit. Els tribunals civils són competents per conèixer les infraccions del dret de la competència, fins i tot sense una resolució administrativa prèvia de la CNC, motiu pel qual el tribunal competent és el Jutjat del Mercantil (DA 1a LDC i article 86-ter 2. f) LOPJ).

A continuació, s'exposen les línies argumentatives més raonables per a la seua defensa.

### **a) Com es defineix una posició de domini? Quins són els mercats de producte i geogràfic rellevants en aquest cas?**

Una posició de domini es defineix com "una posició de força econòmica de què gaudeix una empresa que li permet impedir el manteniment d'una competència efectiva en el mercat rellevant que li permet comportar-se, en una mesura apreciable, independentment dels seus competidors i clients" (STJCE de 9 de novembre de 1983, Cas Michelin, entre altres).

Per obtenir aquestes definicions cal acudir a la Comunicació de la Comissió de 9 de desembre de 1997. Segons aquesta, el mercat rellevant de producte es defineix perquè comprèn "la totalitat dels productes o serveis que els consumidors consideren intercanviables o substituïbles per raó de les seues característiques, el seu preu o l'ús que se'n preveja fer" i el mercat geogràfic rellevant és format per la "zona en la qual les empreses afectades desenvolupen activitats de subministrament dels productes de referència, en la qual les condicions de competència són suficientment homogènies i que pot distingir-se d'unes altres zones geogràfiques pròximes a causa, en particular, del fet que les condicions de competència són sensiblement diferents".

una substituïbilitat entre el simulador objecte de les coses perquè no compleix les estrictes exigències de la licitació, podem dir que el simulador de freqüència intermèdia de referència RX-315 forma el mercat de referència a si mateix. Amb les escasses dades de què disposem, podem intuir que el mercat geogràfic s'ha de fixar, com a màxim, en el mercat nacional, fonamentalment per la llunyania geogràfica dels altres productors i les dificultats d'accés a aquests.

**b) Té CROMAX una posició de domini en algun d'ells? Per què? Evidentment, en ser CROMAX l'únic fabricant a Espanya del producte assenyalat, té una clara posició de domini en els mercats assenyalats en la pregunta anterior.**

**c) Quines implicacions té per a l'empresa el fet de tenir una posició dominant?**

La normativa europea i, per tant, l'espanyola, no prohibeix el domini, ni tan sols els monopolis, sinó que imposa a les persones que els ocupen uns especials deures que no regeixen per a la resta d'empreses, de manera que no puguin abusar de la seua especial condició. Una de les maneres d'abusar d'aquesta posició és "limitant la producció" i "rebutjant injustificadament subministrar o satisfer les demandes de compra", tal com disposa l'article 102 TFUE i l'article 2 de la nostra LDC, sobretot, com és el cas, quan es tracta d'empreses competidores en algun sector dels que opera la dominant. Sobre això és interessant veure el *leading case* Commercial Solvents contra Comissió Europea, de 6 de març de 1974.

Sobre la denegació de subministrament, a més, no cal que hi haja una veritable negativa per part d'una empresa dominant: n'hi ha prou amb una "negativa constructiva". La negativa constructiva podria, per exemple, consistir a demorar indegudament el subministrament del producte o a imposar condicions il·lògiques a canvi del subministrament.

**d) Quin tipus de justificacions objectives pot esgrimir CROMAX per no subministrar el producte? Serien suficients per descartar la conducta abusiva?**

Per respondre aquesta qüestió és interessant llegir la Comunicació de la Comissió sobre Orientacions sobre les prioritats de control de la Comissió en l'aplicació de l'article 82 del Tractat CE a la conducta excloent abusiva de les empreses dominants, de 24 de febrer de 2009.

En aquest cas hi ha circumstàncies que fan especialment greu la conducta. En primer lloc, cal considerar l'alt grau de poder de mercat que té, i com més gran és el poder, més severitat en enjudiciar la conducta. En segon lloc, cal tenir en compte que la pràctica descrita en el cas pot ser considerada "depredadora", és a dir, amb ànim d'excloure o expulsar un competidor del mercat, el judici sobre les possibles justificacions ha de ser encara més estricte. En efecte, la Comissió remarca la salvaguarda del joc de la competència en el mercat interior i el fet de garantir que les empreses que gaudeixen d'una posició dominant no exclouen els seus competidors

guen la competència basada en els mèrits dels

Per això, serà difícil, excepte causa de força major (com un incendi al magatzem i pèrdua de tot l'estoc) que en un cas tan clar s'accepten al·legacions que permeten eludir la sanció corresponent. La Comissió avaluarà si la conducta en qüestió és imprescindible i proporcional al presumpte objectiu de l'empresa dominant. Al meu entendre, si es demostra que s'ha produït i distribuït per uns altres canals l'aparell, una justificació basada en la dificultat d'accés a la matèria primera, o similars, seran rebutjades. Vegeu la Comunicació esmentada, paràgrafs 75 i ss.

### CAS PRÀCTIC 3. PRÀCTIQUES COLUSÒRIES

Comentari de jurisprudència.

Llegiu i comenteu, i responeu a les qüestions plantejades, el recent Acte del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, de 7 de febrer de 2013, a l'assumpte C-117/12, La Retoucherie de Manuela SL c. La Retoucherie de Burgos SC, sobre restriccions a la competència en acords verticals, en concret, en contractes de franquícia, disponible en <curia.europa.eu>:

#### Qüestions

- a) Què són els denominats acords verticals i acords horitzontals?
- b) Quin tipus de restriccions són més perilloses per al funcionament del mercat, les contingudes en acords verticals o en acords horitzontals? Per què?
- c) Poden les restriccions contingudes en els acords verticals quedar exemptes de l'aplicació del Dret de la competència? Quina normativa regula, si s'escau, aquestes exempcions?
- d) Què és una clàusula vertical de no competència? Són admissibles les clàusules verticals de no competència postcontractuals? En quines condicions? En cas d'estar prohibides, tenen algun efecte sobre la validesa del contracte que les inclou?
- e) Com interpreta el tribunal els termes "locals i terrenys" en l'aplicació de l'article 5a del Reglament 2790/1999? En quins criteris es basa? Continua en vigor aquest Reglament?

Normativa que cal consultar:

1) Dret comunitari:

Article 101 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea (TFUE):  
<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:es:PDF>>.

a l'aplicació de l'article 101.3, del TFUE a determinades categories d'acords verticals i pràctiques concertades, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:102:0001:0007:ES:PDF>.

Directrius relatives a les restriccions verticals, 2010 / C 130/01, disponibles en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:ES:PDF>.

2) Dret nacional:

Llei 15/2007, de defensa de la competència (LDC):

[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Privado/l15-2007.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l15-2007.html).

RD 261/2008 que aprova el Reglament de Defensa de la Competència: [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Privado/rd261-2008.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rd261-2008.html).

## SOLUCIONS

**a) Què són els denominats acords verticals i acords horitzontals?**

**b) Quin tipus de restriccions són més perilloses per al funcionament del mercat, les contingudes en acords verticals o en acords horitzontals? Per què?**

Com sabem, el dret de la competència prohibeix "tot acord, decisió o recomanació col·lectiva, o pràctica concertada o conscientment paral·lela, que tinga per objecte, produïska o pugui produir l'efecte d'impedir, restringir o falsejar la competència en tot o part del mercat nacional o comunitari" (articles 1 LDC i 101 TFUE).

En aquest cas, ens trobem davant d'un acord de compra entre empreses no competidores que actuen en diferents baules de la cadena de producció (distribuïdor majorista-distribuïdor minorista), o el que és el mateix, un acord vertical (definició: article 1 Reglament UE 330/2010). Són, entre altres, els contractes de distribució, subministrament o agència. Aquests contractes poden contenir restriccions verticals (la prohibició que el comprador adquireixi productes de competidors o l'exigència que el proveïdor només vengui a un determinat comprador). Però també poden tenir efectes positius en millorar/fer més eficient la cadena de distribució. Per exemple, poden facilitar a un fabricant l'entrada en un mercat nou o evitar que un distribuïdor es beneficiï injustament dels esforços duts a terme per un altre distribuïdor per promocionar els seus productes.

Per contra, s'anomenen acords horitzontals aquells subscrits entre empreses que operen en la mateixa baula de la cadena de producció. És a dir, entre productors o comercialitzadors de productes competidors.

perilosos des del punt de vista de la competència, i oferta *inter-brand* (entre marques), fet que limita en major mesura les opcions del consumidor/client. Per contra, els acords verticals solen limitar generalment l'anomenada oferta *intra-brand* (intra-marca), això és, en el si d'un únic producte, de manera que els efectes sobre el mercat són menys lesius.

**c) Poden les restriccions contingudes en els acords verticals quedar exemptes de l'aplicació del Dret de la competència? Quina normativa regula, si s'escau, aquestes exempcions?**

El Reglament UE 330/2010, relatiu a l'aplicació de l'article 101.3 del TFUE a determinades categories d'acords verticals i pràctiques concertades (Reglament d'exempció per categories d'acords) aprovat per la Comissió, crea el que podria anomenar-se una "zona de seguretat" per a la majoria dels acords verticals. Mitjançant una exempció per categories, el REC fa inaplicable la prohibició de l'article 101 als acords verticals subscrits per empreses les quotes de mercat dels quals no excedisquen el 30% (sempre que no continguin les anomenades restriccions especialment greus o "clàusules negres").

Fins i tot per als acords que no recaiguen en l'àmbit del Reglament, la Comissió també ha publicat unes directrius relatives a les restriccions verticals, 2010 / C 130/01, que expliquen en quines condicions poden les restriccions verticals restar exemptes de la prohibició de l'article 1LDC/101 TFUE.

**d) Què és una clàusula vertical de no competència? Són admissibles les clàusules verticals de no competència postcontractuals? En quines condicions? En cas d'estar prohibides, tenen algun efecte sobre la validesa del contracte que les inclou?**

La clàusula de no competència, tal com ve definida en el Reglament 330/2010, és "qualsevol obligació directa o indirecta que prohibisca al comprador fabricar, adquirir, vendre o revendre béns o serveis que competisquen amb els béns o serveis objecte del contracte amb posterioritat a l'acabament d'aquest. Aquesta és una clàusula restrictiva no emparada pel REC (article 5.1.b), de manera que per determinar la seua conformitat ha de ser analitzada a la llum de les Directrius (paràgraf 68). Segons aquesta norma orientativa, aquestes clàusules no solen ser acceptades llevat que l'obligació siga indispensable per protegir els coneixements tècnics transferits pel proveïdor, se circumscriba al punt de venda des del qual s'haja operat durant el contracte i es limite a un any. Els coneixements tècnics han de ser substancials, és a dir, han d'incloure informació que és indispensable per a l'ús o revenda dels béns.

Per a determinar els efectes sobre la validesa del contracte de l'esmentada clàusula prohibida, així com de qualsevol altra, resulta d'utilitat la STS de 30 de juliol de 2009, RJ2009/4580. Com s'hi indica, l'existència d'aquestes clàusules pot donar lloc a la nul·litat parcial o total del contracte, depenent que siga o no possible separar els elements nuls de la resta de l'acord, i sempre tenint en compte el principi de la conservació del negoci. Això és una qüestió summament casuística i dependrà de la interpretació global del contracte que la continga.



57. Com s'interpreta el significat de termes “locals i terrenys” en l'aplicació de l'article 5a del Reglament 2790/1999? En quins criteris es basa? Continua en vigor aquest Reglament?

El tribunal, en contra del que al·lega una de les parts, entén que l'expressió “locals i terrenys des dels quals el comprador haja operat durant el període contractual” es refereix únicament als llocs des dels quals es posen a la venda els béns o serveis contractuals i no a tot el territori en el qual aquests béns o serveis poden vendre en virtut d'un contracte de franquícia.

Aquesta interpretació restrictiva és d'acord amb la finalitat del dret de la competència i amb el caràcter excepcional dels límits a la prohibició. En les encertades paraules del TJ, “un reglament d'exempció per categories com el Reglament 2790/1999 ha de ser objecte d'interpretació restrictiva, per tal d'evitar que els seus efectes s'estenguen a acords o situacions que el reglament no preveu”.

També una interpretació literal avala aquest resultat. “Així, la paraula *local* (o *premises* en la versió anglesa, a la qual també al·ludeix l'òrgan jurisdiccional remitent) s'ha d'entendre, segons el seu sentit comú i en el context d'aquest article, com una part delimitada d'un immoble. La paraula *terrenys* (*land* en la versió anglesa) s'ha d'entendre en el sentit que es refereix a una parcel·la de terra.

El Reglament 2790/1999 no està en vigor ja que va ser substituït pel Reglament UE 330/2010.

#### CAS PRÀCTIC 4. COMPETÈNCIA DESLLEIAL

Els Srs. Francesc, Rosa i Antoni eren treballadors de la societat Essències de la Mediterrània SL, que té una vida de més de 30 anys, i s'ocupaven de tot el departament de vendes els dos primers i de l'administració, el Sr. Antoni. La societat es dedica a la fabricació, l'envasat i la distribució d'essències per a la llar i de sabons aromàtics, anomenats Aeroarte, que van envasats de manera individual i en caixes colors pastel rosa, verd, blau i groc. Estan especialitzats en la confecció d'envasos amb sabons i essències com a detall per obsequiar en esdeveniments.

El gener de 2012, el soci únic i administrador d'una societat competidora anomenada Sabons Preciosos SL, que té només 5 anys de vida i que vol dur a terme una expansió i una reorientació dels seus productes, es posa en contacte amb ells per oferir integrar-se a la seua empresa. Aquesta integració s'articulava mitjançant la seua entrada al capital com a socis amb un 10% cadascun d'ells i un lloc de treball equivalent al que ocupaven en Essències de la Mediterrània SL.

A canvi, havien d'incorporar a la nova empresa els seus coneixements per millorar-ne els productes. Després d'acceptar la seua proposta i abandonar Essències de la Mediterrània SL, comencen a fabricar uns *bouquets* de 3 sabons per a esdeveniments

o blau que anomenen Airearte. Per millorar les  
clients d'Essències de la Mediterrània SL per oferir-  
ios uns preus millors, ja que disposen de tota la informació a través d'Antoni, que es va  
emportar les llistes de clients i de preus en anar-se'n de l'empresa.

Per millorar la seua imatge, en els fullets que lliuren en fires i directament als clients, al  
costat de la foto dels productes Airearte afegeixen la frase "30 anys d'experiència en el  
mercat de les fragàncies". A l'hora de contactar els clients, Francesc i Rosa es  
presenten com a comercials del grup Essències de la Mediterrània SL, encara que això  
no consta per escrit en cap fullet.

Com a conseqüència de l'anterior, es va quedar sense xarxa de vendes, fet que va  
donar lloc a un important descens de les vendes d'Essències de la Mediterrània SL,  
motiu pel qual el director us contacta per consultar les possibles accions que pot  
emprendre.

#### SOLUCIONS CAS PRÀCTIC 4

La problemàtica plantejada en la present PEC se situa en el marc de la competència  
deslleial, àmbit molt diferent de la Defensa de la competència o Dret Antitrust. Així,  
amb l'últim es reprimeixen diferents conductes per tal d'aconseguir una estructura  
concurrencial del mercat que, en última instància, beneficia el consumidor perquè  
obté millors productes a millor preu fruit de la "lluita competitiva". Per contra, la  
competència deslleial imposa certes pautes de conducta a què s'han d'ajustar els  
competidors en aquesta "lluita": el Dret Antitrust diu que han de competir, i el dret de  
la competència deslleial diu que aquesta lluita ha de fer-se de bona fe, és a dir,  
utilitzant les armes correctes: l'esforç propi i no l'aliè. Com apunten les sentències del  
Tribunal Suprem de 26 d'octubre de 1995 i de 2 d'octubre de 2000, "la bona fe, com a  
principi general del dret, obliga a un comportament humà objectivament just, lleial,  
honrat i lògic".

Pel que fa als interessos que persegueix la norma, podem citar la Sentència de la  
Secció 9a de l'Audiència Provincial de València núm. 122/2006, de 22 de març de 2006:  
"D'aquí que la 'competència deslleial', considerada en la seua primera delimitació, té  
un paper només entre els ens concurrents en el mercat, i així va ser la inicial o històrica  
resposta de la seua normativa sancionada, en la seua anterior dispersa ordenació;  
tutelar interessos que perjudiquen per actes deslleials de la competència (els  
interessos dels operadors). En una fase posterior, es va projectar la disciplina en  
relació ja amb el destinatari del fenomen concurrent, al voltant dels interessos dels  
receptors de citada concurrència, els usuaris, ja que, era lògic que, sense aquesta  
tutela, patirien el risc o perjudici de la confusió per imitar com a autèntic el que no ho  
era. Tutela, per tant, de l'empresari concurrent, i l'usuari o consumidor són dos pols  
que subsumeixen el postulat de la legislació imperant com així ho reconeix la nostra  
Llei Especial 3/1991, de 10 de gener, i subratlla la seua Exposició de Motius que, fins i  
tot, incorpora com a novetat el tríptic de protecció, tant dels interessos privats dels  
empresaris com el col·lectiu dels consumidors, com al públic en general".

que, segons recull el preàmbul mateix, persegueix l'eficàcia deslleial estaria formada per l'interès privat dels empresaris, l'interès correctiu dels consumidors i l'interès públic de l'Estat al manteniment d'un ordre concurrencial degudament sanejat.

Per tot això, quan el comportament d'un competidor no s'ajusta a aquests canons, haurem d'acudir a la Llei 3/1991 de competència deslleial (LCD), d'acord amb la versió vigent després de la modificació soferta el 2009 per la transposició de la directiva 26/2005.

En aquesta Llei es tipifiquen certes conductes contràries a la bona fe, que no són ni exclusives ni excloents. Això és, pot haver-hi unes altres conductes deslleials diferents de les tipificades i per poder reprimir la llei inclou la clàusula general: "serà deslleial tot comportament que resulte objectivament contrari a les exigències de la bona fe".

Finalment, es tracta d'una matèria extremadament casuística, això és, molt lligada al cas i a les circumstàncies fàctiques d'aquest. Per això, no hi haurà una sola resposta encertada respecte de la licitud o il·licitud de l'acte, sinó que es podran al·legar argumentacions a favor o en contra, sempre que estiguen fonamentades. Les reproduïdes *infra* són només una possibilitat que pot servir de model.

## 1) Inducció a la infracció contractual

La inducció a la terminació regular d'un contracte és deslleial quan, bé es duga a terme amb la finalitat d'aprofitar-se de secrets industrials (per a això caldrà qualificar-los als llistats de clients com a secret, i ens remetem a l'apartat següent) o per eliminar un competidor del mercat.

En aquest segon sentit, la jurisprudència del TS (STS 143/2009, d'11 de març, i STS 559/2007, de 23 de maig), per apreciar aquesta conducta com un acte de competència deslleial tipificat en l'article 14.2 LCD, ha atès d'una banda a dos criteris: primer, inestabilitat econòmica de l'empresa demandant cronològicament coincident amb la incorporació dels seus treballadors a l'empresa demandada, i segon, caràcter massiu de la contractació per aquesta dels treballadors d'aquella. I, d'una altra, a més, ha argumentat que, respecte de l'element subjectiu o intencional de l'il·lícit concurrencial tipificat en el precepte (...), que la intenció de crear severes dificultats a un competidor, posant-lo a la vora de l'extinció, situació de crisi econòmica o greu disminució de la seua operativitat, pot integrar una circumstància analògica a l'examinada amb base en l'últim incís de l'article 14.2 de la Llei de competència deslleial".

Només si demostrem aquests extrems, podrem aconseguir la declaració de deslleialtat de la pràctica.

## 2) Violació de secrets

El secret industrial és definit com a "coneixements secrets de caràcter comercial, inclosos aspectes organitzatius de l'empresa, i que no són de domini públic perquè el seu titular s'esforça a evitar-ne la divulgació donat l'avantatge que li atorga sobre els

jurisprudència citada en el fonament jurídic segon

Doncs bé, aquest *know how* o secret comercial d'indubtable valor és protegible directament per mitjà de la LDC només quan ha sigut sostret il·legítimament o de manera legal per algú sobre qui requeia un deure de reserva (per exemple, els treballadors respecte de dades comptables, organitzatives, etc., per virtut de la bona fe que els és exigible per l'Estatut dels treballadors).

### 3) Actes de confusió i imitació

Tenim l'opció d'acudir al supòsit d'imitació de les iniciatives empresarials alienes. En aquesta matèria, no obstant això, s'ha de partir del principi de lliure imitabilitat de les prestacions i iniciatives empresarials alienes, excepte quan aquestes estan emparades per algun dret d'exclusiva, que no és el cas perquè no copia ni la marca ni el nom comercial (article 11 LCD). En efecte, la competència es basa en "inspirar-se" en allò que fan els altres per poder competir-hi: veig que al meu veí la perruqueria pintada de colors estridents i amb música rock li funciona, doncs ho faig jo també i afegisc alguna cosa més que atraga la clientela.

Però aquest principi té alguns límits: l'aprofitament indegut de l'esforç aliè, el risc d'associació i les conductes predadores.

Encara que resulta evident que la utilització de colors pastel pot ser considerada normal en la comercialització de sabons o essències, sembla que el conjunt d'actuacions de Sabons Preciosos es deriva que la imitació del model de negoci ha traspassat els límits d'allò que és acceptable perquè s'aprofita indegudament l'esforç aliè i crea un cert risc d'associació. L'associació implica que un client pugui pensar que hi ha algun tipus de relació empresarial entre un negoci i l'altre i això ajuda, sens dubte, les afirmacions relatives a la pertinença al mateix grup, o que té 30 anys d'experiència.

Seguint l'esmentada STS de 2005, es podria, a més d'incardinar-se en un supòsit d'imitació, invocar l'anomenada clàusula general, per la qual cosa s'han de valorar les actuacions del Sr. Pep de manera conjunta i global ja que, encara que separadament alguns dels seus actes siguin conformes a dret, del conjunt dels seus actes i de la suma d'aquests es deriva una clara infracció de la correcció professional, és a dir, l'estàndard de comportament exigible en el mercat.

Sobre la confusió, podria apreciar-se confusió amb les prestacions alienes donada la similitud fonètica/gràfica de les marques dels productes si impedeix que un consumidor mitjà (és a dir, raonablement informat, atent i perspicaç) pugui arribar a comprar d'una empresa pensant que està comprant d'una altra. Per a això s'ha de tenir en compte no només la similitud fonètica/gràfica del signe, sinó també la similitud de l'envàs i de la presentació (color, forma i nombre de sabons).

Cal tenir en compte que, si la marca Aeroarte estiguera registrada, estaríem emparats per la Llei de marques, i la seua protecció s'ha d'efectuar per les vies de la Llei de

competència deslleial, aquesta denominació similar a la que s'ha utilitzat anteriorment, ja que, com a conseqüència de la seva utilització, es produïa una confusió amb la resta d'actuacions dels demandats o quan la forma de presentació dels productes suposava un acte de competència deslleial, més enllà de la infracció o violació del dret de marques que no és matèria de la LCD.

#### 4) Aplicació de la clàusula general. Article 4 LCD

Sobre la importància d'incardinar els fets considerats il·lícits en el corresponent precepte i d'al·legar, si s'estima, la clàusula de tancament o general de l'article 4 LCD. Com expressa la STS 8836/2011, de 16 de desembre de 2011: cadascun dels il·lícits concurrencials de la Llei de competència deslleial té substantivitat pròpia i autonomia i dóna lloc a una modalitat d'acció, la qual ha de configurar —identificar-se i individualitzar— de manera precisa i concreta. La delimitació fàctica i jurídica de cadascun dels supòsits que permeten la incardinació dels tipus legals, general o específics, d'il·lícit concurrencial correspon a qui demanda, sense que li siga factible fer una relació de fets històrics, per a continuació diferir al Tribunal la selecció del tipus que estima adequat al cas (STS, de 22 de novembre de 2010). Això no forma part de la funció jurisdiccional, ni es compagina amb el principi de rogació, ni en definitiva ho permet la defensa de l'altra part, la qual, davant tal remissió genèrica, es veuria forçada a raonar el rebuig, per al cas, de tots i cadascun dels tipus legals, fins i tot el de tancament recollit en l'article 5 LCD. L'elecció d'una acció o d'una altra, o de diverses acumulades, correspon a la part interessada sempre que demostre la concurrència dels requisits de l'il·lícit corresponent. No és assumible l'opinió, perquè òbviament no ho permeten l'article 218 LEC, ni el principi *iura novit curia*, que el Tribunal pugui aplicar un tipus diferent de l'indicat per la part quan la indicació està equivocada, ni que pugui suplir la falta d'esment del precepte, llevat que en aquest cas fluïska de manera natural i inequívoca de la descripció efectuada per l'interessat.

La facultat concedida al Tribunal de corregir el desencert de la part a la cita o al·legació de la norma ex article 218.1 LEC no autoritza a canviar o corregir els plantejaments de les parts, ni a suplir en tal aspecte la seua incúria o el seu desconeixement jurídic, i menys encara quan afecta a les pretensions exercitades, en la selecció i delimitació que han realitzat els interessats, i per això s'exigeix la direcció processal de Lletrat.

Sobre l'al·legació de la clàusula general de bona fe, el TS també ha assenyalat (Sentència de 15 de desembre de 2008) que "la infracció de l'article 5 LCD obliga a identificar les raons en què es fonamenta la deslleialtat de la conducta (STS de 24 de novembre de 2006), sense que hi haja prou de citar el precepte en els fonaments de dret de la demanda (STS de 19 de maig de 2008)".

#### Accions a l'abast del demandant

L'article 32 de la LCD disposa que: "contra l'acte de competència deslleial es poden exercir les accions següents:



Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using  
PDF Complete.

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

altat de l'acte, si la pertorbació creada per aquest

2) ACCIÓ DE CESSACIÓ DE l'acte, o de prohibició d'aquest, si encara no s'ha posat en pràctica.

Ambdues accions són necessàries per les vendes ja realitzades i per les que s'han projectat per part de la demandada.

3) ACCIÓ DE REMOCIÓ dels efectes produïts

Pot obligar a redecorar i canviar la imatge del negoci per distingir-la del nostre client.

4) ACCIÓ DE RECTIFICACIÓ de les informacions enganyoses, incorrectes o falses. Es pot fer a través de la publicació de la sentència, a través de circulars, etc.

5) ACCIÓ DE RESCABALAMENT dels danys i perjudicis ocasionats per l'acte, si hi ha intervingut dol o culpa de l'agent".

### **Competència objectiva i territorial**

En matèria de competència deslleial, d'acord amb el que estableix l'article 86 bis de la Llei orgànica del poder judicial, correspon la competència objectiva per conèixer del procediment principal al Jutjat del Mercantil. El precepte atribueix competència als jutjats del mercantil per conèixer: "de totes les qüestions siguen de la competència de l'ordre jurisdiccional civil, respecte de: a) Les demandes en què s'exerciten accions relatives a competència deslleial, propietat industrial, propietat intel·lectual i publicitat, així com totes aquelles qüestions que dins d'aquest ordre jurisdiccional es promoguen a l'empara de la normativa reguladora de les societats mercantils i cooperatives", i l'article 52.12 de la Llei d'enjudiciament civil les regles sobre competència territorial: "En els judicis en matèria de competència deslleial és competent el tribunal del lloc en què el demandat tinga l'establiment i, a falta d'aquest, el seu domicili o lloc de residència, i quan no el tinga en territori espanyol, el tribunal del lloc on s'haja dut a terme l'acte de competència deslleial o on es produïsquen els seus efectes, a elecció del demandant".

## CASOS PRÀCTICS RESULTATS DE DRET DE SOCIETATS

### CAS PRÀCTIC 1

La societat mercantil Plantes Lope SL té un capital social de 100.000 €. Les participacions són de 1.000 € cadascuna, fet que confereix a cada participació un vot. Els seus socis són titulars de les següents: Joan (20), Lluís (20), Pau (20), Maria (20) i Eva (20). En els Estatuts socials es va establir que Pau, expert jardiner, donaria assessorament tècnic a la societat a canvi de 1.000 € mensuals.

El mes d'abril, s'adonen que ja tenen tancat l'exercici i els socis volen comprovar els resultats per a repartir-se, en el seu cas, els beneficis. A més a més, fins a aquest moment Joan i Lluís s'han encarregat de l'administració de manera conjunta i volen fer-ho de manera solidària per a ser més àgils. Joan i Lluís van al vostre despatx perquè volen:

#### **Qüestions**

- 1.- Redactar la convocatòria de la Junta general.
- 2.- Saber com s'assabentaran la resta de socis de la convocatòria.
- 3.- Arribada la data fixada, la Junta se celebra i us demanen que redacteu la llista d'assistents. *(Per a aquest fi, inventeu les dades que siguin necessàries.)*

Tres anys després de l'acte fundacional, una gran empresa fa una oferta de treball a Pau que, si l'acceptara, es veuria obligat a canviar de residència i, per tant, no podria continuar amb la seua tasca d'assessorament. Joan, Lluís i Eva no estan disposats a acceptar la renúncia de Pau.

D'altra banda, la relació personal entre els socis és insostenible. La societat es troba paralizada perquè duen dos anys sense aprovar, ni tan sols, els comptes anuals en Junta general. Joan vol convocar una Junta general per a solucionar aquests problemes. No obstant això, Maria, que ara és l'administradora única, s'hi nega.

#### **Qüestions**

- 1.- Pot convocar Joan una Junta general amb l'oposició de Maria?
- 2.- Eva i Joan volen que Maria cesse com a administradora. Si aconseguiren aprovar aquest acord, seria possible inscriure la separació al Registre Mercantil? I el nomenament d'un administrador nou?
- 3.- Què poden fer la resta de socis si Pau es nega a complir amb la seua obligació d'assessorament?

## 1.- Redactar la convocatòria de la Junta general.

Hi ha variades normes d'estil per a redactar la convocatòria, i totes seran vàlides sempre que respecten el text legal (Art. 174, 175 i 272 LSC). Ací proposem una de les moltes possibilitats:

### **JUNTA GENERAL ORDINÀRIA DE LA SOCIETAT PLANTES LOPE SL**

Es convoca els Senyors socis de la societat Plantes Lope SL a la Junta general que se celebrarà el proper dia 4 de maig de 2009, al domicili social ubicat a Alzira, C/ de la Mar, núm. 13, a les 16.00 hores, amb el següent

#### **ORDRE DEL DIA**

- 1.- Lectura i, aprovació, en el seu cas, dels comptes anuals, censura de la gestió social i destinació dels resultats de l'exercici 2011.
- 2.- Canvi del sistema de l'administració social de la societat, de dos administradors mancomunats a dos administradors solidaris.
- 3.- Precs i preguntes.

Es recorda als senyors socis que, de conformitat amb l'article 272 LSC, poden obtenir de la societat, de manera immediata i gratuïta, els documents que han de ser sotmesos a l'aprovació de la Junta, així com l'informe de gestió i el de l'auditor de comptes, en el seu cas.

Signat. Els administradors.

*(Ací hem de fer l'aclariment següent, només es pot modificar l'estructura de l'òrgan d'administració sense haver de modificar els Estatuts, si els Estatuts han previst de manera expressa l'alternança entre diverses formes (articles 23.e i 22.2 LSC).)*

## 2.- Com informaran la resta de socis de la convocatòria?

Per tal d'informar els socis, els administradors tenen diverses possibilitats previstes en la llei (article 173 LSC):

—Si la societat té pàgina web (de conformitat amb l'article 11 bis LSC), la publicació de la convocatòria mitjançant aquesta pàgina web serà suficient.

—En cas contrari, és necessari publicar-la mitjançant el BORME i un dels diaris de més circulació en la província del domicili social, en aquest cas, València.



comunicació individual i per escrit als socis, però Estatuts. Aquesta és la manera més ràpida, segura i econòmica d'assabentar-se de la convocatòria, però tornem a dir que serà possible només quan els Estatuts la reconeguen.

### **3.- Arribada la data fixada, la Junta se celebra i us demanen que redacteu la llista d'assistents. (Per a aquest fi, inventeu les dades que siguen necessàries.)**

La redacció de la llista d'assistents ha de respectar el contingut dels articles 192 LSC i 98 RRM.

## **JUNTA GENERAL ORDINÀRIA DE LA SOCIETAT PLANTES LOPE SL**

### **LLISTA D'ASSISTENTS**

1. En Joan Llopis Llopis (DNI) Titular, propietari de 20 participacions (Signatura)
2. En Lluís Martí Martí (DNI) Titular, propietari de 20 participacions (Signatura)
3. En Pau Sabater Sabater (DNI) Titular, propietari de 20 participacions (Signatura)
4. Na Maria Millán Millán (DNI) Titular propietari de 20 participacions (Signatura)
5. N'Eva Gil Gil (DNI) Titular propietària de 20 participacions (Signatura)

Es troben representades 100 participacions que equivalen al 100% del capital social amb dret de vot.

### **1.- Pot convocar Joan una junta general amb l'oposició de Maria?**

Sí, i en aquest sentit Joan té diverses opcions.

En primer lloc, hem de recordar que la celebració de la Junta ordinària una vegada a l'any és obligatòria (articles 164 i 167 LSC) i, per tant, si els administradors no la convoquen, qualsevol soci pot demanar la convocatòria judicial ex article 169 LSC.

A més, Joan té el 20% del capital social, xifra que supera el llindar legal mínim per a poder fer ús del dret de la minoria a demanar la convocatòria de la Junta en qualsevol moment previst en l'article 168 LSC. En aquest cas, Joan pot proposar que es tracte qualsevol assumpte i no només l'aprovació dels comptes.

a societat romanguera paralizada, és a dir, sense l'article 366 LSC també dóna la facultat al soci de demanar la dissolució judicial per existir la causa de l'article 363.1.d) LSC.

## **2.- Eva i Joan volen que Maria cesse com a administradora. Si aconseguiren aprovar aquest acord, seria possible inscriure la separació al Registre Mercantil? I el nomenament d'un administrador nou?**

Com sabem, la votació sobre el cessament de l'administrador pot fer-se en qualsevol junta de socis encara que no haja sigut inclòs com a punt de l'ordre del dia (article 223 LSC). Per tant, podrien aprofitar qualsevol de les juntes que es poden celebrar segons l'apartat anterior per proposar-ho.

La majoria necessària per a l'adopció és l'ordinària de l'article 198 LSC, sempre que els Estatuts no hagen previst una majoria diferent que en cap cas podrà ser superior als 2/3 dels vots totals (article 223.2 LSC).

Una vegada adoptat, i malgrat el tancament del Registre Mercantil per falta de dipòsit dels comptes ex article 282 LSC, l'acord sí que seria inscrivible per virtut de l'excepció prevista en l'epígraf segon d'aquest article. Aquest epígraf segon permet la inscripció, exclusivament, dels títols relatius al cessament o la dimissió d'administradors, gerents o liquidadors, el nomenament de liquidadors i la resta d'inscripcions ordenades per autoritat judicial o administrativa. En conseqüència, el nomenament del/s nou/s administrador/s no tindria accés al Registre, amb tots el perjudicis de funcionament que açò pot implicar per a la societat.

## **3.- Què poden fer la resta de socis si Pau es nega a complir amb la seua obligació d'assessorament?**

Segons la redacció del cas, l'obligació personal de prestar un servei a favor de la societat va ser inclosa en els Estatuts i, per tant, forma una prestació accessòria per part de Pau, ex article 86 LSC, en aquest cas retribuïda.

Donat que aquesta prestació forma part del contingut essencial del negoci societari sobre el qual van donar el seu consentiment tots els socis, i tal com s'explica en l'article 89 LSC, la seua modificació i extinció anticipada s'ha de prendre en Junta de socis respectant els requisits previstos per a la modificació dels Estatuts, amb el consentiment exprés de Pau.

Donat que en aquest cas l'incompliment es deu a un acte voluntari (ni força major ni cas fortuït), aleshores podem aplicar l'article 350 LSC, que preveu l'exclusió per al soci incomplidor. En conseqüència, la Junta podrà decidir l'exclusió de Pau i, donat que el percentatge posseït per Pau és inferior al 25% del capital social, no es requereix resolució judicial ferma per a fer-la efectiva si Pau s'hi oposara. L'exclusió dóna dret a Pau a obtenir el valor raonable de les seues participacions que, a falta d'acord entre ell

**Puntualitzacions:** A continuació, us expose algunes qüestions generals que vull destacar, a les quals us recomane fer atenció a l'hora de contrastar les vostres respostes amb el model de resolució.

Respecte de la Convocatòria de JG:

1. No heu d'utilitzar mai normativa derogada (LSL o LSA).
2. Els socis de la SL no són mai accionistes.
3. Si l'òrgan d'administració el formen dos administradors conjunts, no pot convocar un Consell d'administració!
4. Si no s'inclou referència al dret d'informació del soci (articles 272 i 287 LSC), la convocatòria (i la junta) podran ser anul·lades!
5. L'assistència del soci a la Junta és sempre lliure, no és mai una obligació.
6. L'exercici social, excepte disposició contrària dels Estatuts, comença l'1 de gener i finalitza el 31 de desembre. És el més usual.
7. Respecte de la manera de convocar, la darrera versió de l'article 173 LSC data de la reforma de 22 de juny de 2012.

## **CAS PRÀCTIC 2: RECERCA DE DOCUMENTS I QÜESTIONS**

Accediu al portal del Butlletí Oficial del Registre Mercantil (<[http://www.boe.es/diario\\_borme/](http://www.boe.es/diario_borme/)>) i busqueu en la secció "Fusions i absorcions", un acord de fusió en què la resultant siga una SA:

### **Qüestions**

- 1) És tècnicament correcte denominar la secció "Fusions i absorcions"? Per què?
- 2) Determineu si la fusió s'ha dut a terme mitjançant el procediment ordinari o es tracta d'una fusió simplificada i per què.
- 3) Determineu si l'anunci inclou alguna menció al dret d'oposició dels creditors. Quins creditors podrien oposar-se a la fusió?

## SOLUCIONS CAS PRÀCTIC 2

- **1) És tècnicament correcte denominar la secció “Fusions i absorcions”?**  
**Per què?**

Podríem dir que no és correcta la utilització d'aquest terme perquè la fusió per absorció és un tipus (el més habitual) de fusió. Per tant, no han de ser utilitzats de manera alternativa o disjuntiva: el tot inclou la part.

- **2) Determineu si la fusió s'ha dut a terme mitjançant el procediment ordinari o es tracta d'una fusió simplificada i per què.**

Hi ha més d'un tipus de fusió simplificada, que és aquella fusió que es pot dur a terme seguint un procediment més àgil i ràpid que l'ordinari. Els pressupostos poden ser, bé que la fusió afecte societats d'un mateix grup, sempre que les filials siguin participades almenys al 90% d'acord amb els articles 49 i ss. LME, o que l'acord de fusió es prengui per unanimitat dels socis de totes les intervinents (article 42 LME). L'ús d'aquestes vies és molt habitual perquè es facilita molt l'operació en reduir notablement el nombre de documents que cal redactar.

- **3) Determineu si l'anunci inclou alguna menció al dret d'oposició dels creditors. Quins creditors podrien oposar-se a la fusió?**

Sabem que la fusió dóna dret d'oposició als creditors, i aquests han de ser informats d'aquest dret segons imposa l'article 43 LME, ja sigui mitjançant el BORME i un diari provincial, sigui per comunicació individual i escrita.

Els beneficiaris d'aquest dret són tots els creditors el crèdit dels quals haja nascut abans de la data d'inserció del projecte de fusió en la pàgina web de la societat o del dipòsit del projecte al RM i no estiga vençut en aquest moment. Aquest dret els dóna la facultat d'oposar-se A LA REALITZACIÓ DE LA FUSIÓ, és a dir, a la seua inscripció mentre els seus crèdits no siguin garantits. En tot cas, a conseqüència de l'última modificació de la LME per la Llei 1/2012, aquest dret s'ha vist molt desvirtuat per la introducció del paràgraf següent:

“Si la fusió s'ha portat a terme no obstant l'exercici, dins el termini i en la forma escaient, del dret d'oposició sense prestació de garantia per part de la societat, el creditor pot sol·licitar del Registre Mercantil que, per mitjà de nota al marge de la inscripció practicada, es faci l'exercici d'aquest dret.

La nota marginal si el sol·licitant acredita haver exercit, el dret d'oposició mitjançant comunicació fefaent a la societat de la qual siga creditor. La nota marginal es cancel·la d'ofici al cap de sis mesos de la seua data, llevat que amb anterioritat s'haja fet constar, per mitjà d'anotació preventiva, la interposició de demanda davant el Jutjat Mercantil contra la societat absorbent o contra la nova societat en la qual se sol·licite la prestació de garantia del pagament del crèdit d'acord amb el que estableix aquesta Llei".

### CAS PRÀCTIC 3

L'Entitat Tèxtil Export-roba SL té un capital social de DOS-CENTS VINT-I-CINC MIL € i quatre socis:

- Francesc, que té participacions per valor de 50.000 €;
- Vicenç, que té participacions per un valor de 50.000 €;
- Josep, que té participacions per un valor de 100.000 € i
- Antoni, que té participacions per un valor de 25.000 €.

Els Estatuts d'aquesta societat s'han elaborat segons les previsions establertes en la Llei de societats de capital sense introduir-hi cap modificació o alteració.

Maria, administradora única de la societat, adquireix mitjançant document públic les participacions de Josep i la transmissió s'inscriu en el llibre registre de socis.

Posteriorment, el dia 5 de febrer es convoca una Junta general ordinària mitjançant carta certificada dirigida a tots els socis, que se celebra el 15 del mateix mes.

En la Junta general, a la qual acudeixen tots els socis, no s'aproven els comptes anuals.

Francesc i Vicenç es troben descontents per l'actuació de l'administradora única, entre altres coses perquè la desídia de Maria, en no presentar la documentació dins de termini, ha fet que la societat perdera una subvenció que havia percebut amb regularitat en exercicis anteriors.

Els creuen que han de cessar l'administradora i exigir responsabilitat, i estan segurs de poder comptar amb el vot d'uns altres socis, cosa que els donaria una representació de més del 50% del capital social per a iniciar les accions oportunes.

### Qüestions

- a) En Francesc es pot oposar a la transmissió de les participacions duta a terme per Josep a favor de Maria?
- b) És possible impugnar els acords de la Junta general?

ria en el càrrec?

el cas contra Maria?

### SOLUCIONS CAS PRÀCTIC 3

#### **a) En Francesc es pot oposar a la transmissió de les participacions duta a terme per Josep a favor de Maria?**

Com estableix l'article 107 LSC, la transmissió de participacions a persones no sòcies o familiars està sotmesa a les limitacions estatutàries, i si no hi ha previsions estatutàries sobre aquesta matèria, a les normes legals. Aquestes normes reconeixen un dret de preferència a la resta de socis o la societat, si s'escau, segons un procediment de comunicació prèvia. Tota transmissió contrària a aquestes regles no pot produir efectes enfront de la societat (article 112 LSC).

#### **b) És possible impugnar els acords de la Junta general?**

Els acords poden ser impugnats, d'una banda, per defecte de convocatòria, ja que s'incompleix el termini de quinze dies establert en l'article 176 LSC. De l'altra, si Maria participara en la votació, podríem impugnar l'acord perquè, de conformitat amb l'argument de l'apartat anterior, ella no pot ser considerada sòcia.

#### **c) Com poden cessar l'administradora en el càrrec?**

És possible cessar l'administrador en qualsevol moment en Junta general, encara que no es faci constar en la convocatòria i sense necessitat d'al·legar justa causa (*ex article 223 LSC*). Els Estatuts poden exigir una majoria reforçada, però en cap cas no podrà superar els dos terços dels vots corresponents al capital social.

#### **d) Quina acció poden interposar en el cas contra Maria?**

La societat (i si s'escau, els socis) té al seu abast l'acció social de responsabilitat. Aquesta acció pretén reparar el dany causat al patrimoni social i imposar la seua reintegració a costa de l'administrador. En el present cas, el dany serà equivalent a la quantitat deixada d'ingressar per culpa de l'actuació de l'administrador contrària al deure de diligent administració i de lleialtat dels articles 225 i 226 LSC.

La primera legitimada per a interposar-la serà la societat mateix mitjançant el corresponent acord de la Junta adoptat per majoria ordinària (article 238 LSC). Si la societat no adoptara l'acord o decidira renunciar-hi, Francesc i Antoni podrien exercir

ten més del cinc per cent del capital social (article

Recordem que, atès que el subjecte perjudicat és la societat, la indemnització del dany la rep la societat mateix i no ells directament.

#### CAS PRÀCTIC 4

Joan, Roser, Josep, Lluís, Pere i Mateu són socis de la societat Distribucions de Calçat del Llevant SL, el capital social de la qual està dividit de la manera següent:

Joan (6%), Roser (20%), Josep (20%), Lluís (30%), Pere (14%) i Mateu (10%).

Encara que els Estatuts no ho imposen, la societat sempre ha convocat la Junta mitjançant el BORME i un diari provincial, i sempre n'ha donat avís per correu electrònic als socis.

El maig de 2013 és convocada la Junta general ordinària amb anunci en el BORME i en el diari provincial, sense donar-ne avís ulterior per correu electrònic als socis. **En cas que se celebrara la Junta sense l'assistència de Joan, podria aquest impugnar els acords adoptats?**

En tot cas, Joan aconsegueix assabentar-se de la convocatòria llegint el diari i, 10 dies abans que se celebri, acudeix al domicili social i reclama que li deixen examinar la comptabilitat, ja que és l'únic dels socis que no forma part del Consell d'administració de la societat i, per tant, no ha intervingut en la seua formulació. Tanmateix, els administradors li neguen l'accés. **Què pot fer al respecte? I si la junta aprovara finalment els comptes?**

Distribucions de Calçat del Llevant SL està exonerada d'auditar els comptes anuals, ja que compleix els requisits de l'article 263.2 LSC, però **disposa Joan d'alguna manera d'imposar una auditoria? En aquest cas, qui nomenaria l'auditor i qui hauria de fer-se càrrec del cost?**

Si l'informe d'auditoria, una vegada dut a terme, adverteix la necessitat de corregir la valoració de determinades partides comptables per oferir la imatge fidel, **podrà la Junta de socis procedir a la introducció d'aquestes modificacions?**

A més d'aquest enfrontament concret, Joan ha estat patint la situació següent: la societat fa deu anys que obté ingents beneficis i els acords de la Junta sempre són contraris a la distribució de dividendes entre els socis. Cal recordar que tots els socis, exceptuant Joan, són membres del Consell i obtenen grans remuneracions. **Joan us consulta si pot fer alguna cosa al respecte.**

Atès que la voluntat de la resta de socis és continuar amb la política de capitalització de la societat i no distribuir dividendes, la Junta acorda la transformació de la societat

ateix, Joan no hi està d'acord. **Disposa d'alguna**

## SOLUCIONS CAS PRÀCTIC 4

**En cas que se celebri la Junta sense l'assistència de Joan, podria aquest impugnar els acords adoptats?**

En aquest cas, Joan podria impugnar la Junta i els acords en ella adoptats al·legant un frau de llei, ja que es pot considerar que l'activitat dels administradors va ser furtiva malgrat la seua aparent publicitat i, per tant, possiblement fraudulenta. Segons la STS de 2 de maig de 1984, en un cas similar, el frau de llei s'ha d'aplicar per a "impedir que los textos de la Ley, estimados literalmente, puedan servir para amparar actos o situaciones contrarias a la realización de la Justicia".

**Què pot fer al respecte? I si la junta aprovara finalment els comptes?**

Tal com explica l'article 272 LSC, i llevat de disposició en contra dels Estatuts, el soci o socis que representen almenys el cinc per cent del capital social podran examinar al domicili social, per ells mateixos o amb un expert comptable, els documents que servisquen de suport als comptes. Si els administradors li neguen aquest dret d'informació, un dels drets més importants dels que componen l'Estatut del soci, Joan també podrà impugnar el corresponent acord, ja que la violació d'aquest dret implica la nul·litat de l'acord pres en Junta i també la possibilitat d'exigir responsabilitat als administradors dels danys causats (en el seu cas). Vegeu, entre moltes altres, la STS de 23 de febrer de 2000.

**Disposa Joan d'alguna manera d'imposar una auditoria? En aquest cas, qui nomenaria l'auditor i qui hauria de fer-se'n càrrec del cost?**

Donat que Joan és titular de més d'un 5% del capital social, pot fer ús del dret de minoria establert en l'article 265.2 LSC. L'auditor seria nomenat pel Registre Mercantil i els seus honoraris anirien a càrrec de la societat.

Si l'informe d'auditoria, una vegada dut a terme, adverteix la necessitat de corregir la valoració de determinades partides comptables per oferir la imatge fidel, **podrà la Junta de socis procedir a la introducció d'aquestes modificacions?**

Aquesta possibilitat no ha de quedar exclosa, com preveu la STS de 23 d'abril de 2007, RJ 2007, 2420, que accepta que la Junta general incorpore una partida de despeses reflectida en l'informe d'auditoria.



cret, Joan ha estat patint la situació següent: la Junta sempre són contraris a la distribució de dividends entre els socis. Cal recordar que tots els socis, exceptuant Joan, són membres del Consell i obtenen grans remuneracions. Joan us consulta si pot fer alguna cosa al respecte.

Llegir la STS de 7 de desembre de 2011 JUR/2012/61949, que explica de manera clara que “aunque nuestro ordenamiento no regula de forma expresa la impugnación de acuerdos por falta de Reparto de beneficios (...) privar al socio minoritario sin causa acreditada se presenta como actuación abusiva que no puede obtener el amparo de los Tribunales, (...) de notòria il·licitud, (...) pues significaría un imperio despòtico de la mayoría”. Per tant, en determinades ocasions, davant d’un manifest exercici abusiu del dret, la impugnació seria possible.

No hem d’oblidar que l’article 348-bis, on s’establia el dret de separació per aquesta causa, ha quedat suspès fins al 31 de desembre de 2014.

**Atès que la voluntat de la resta de socis és continuar amb la política de capitalització de la societat i no distribuir dividends, la Junta acorda la transformació de la societat en una societat cooperativa. Tanmateix, Joan no hi està d’acord. Disposa d’alguna alternativa?**

Els socis que no hagen votat a favor de la transformació poden separar-se de la societat en el termini d’un mes des de la publicació de l’acord. Articles 15 LME i 348 LSC.

### I. NUL·LITAT DE LA SOCIETAT

Sentència del TS de 5 de Juliol de 2012 sobre la nul·litat de la societat i el frau de llei en l'aportació inicial dels socis. En aquest sentit és molt interessant reflexionar sobre les causes de nul·litat previstes en la Llei: si es tracta d'un llistat tancat o, per contra, cap declarar la nul·litat per unes altres causes no previstes.

**Qüestions:** En què consisteix el frau de dret en el present cas? Quan ha de donar-se la causa de nul·litat de la societat? I quines conseqüències es deriven del frau si no es declara la nul·litat de la societat?

#### **SOLUCIÓ:**

FETS: En aquesta interessant sentència s'entrellacen elements de Dret matrimonial i elements de Dret societari, en versar sobre les aportacions de guanys realitzades a favor de societat mercantil. En instar la dissolució del matrimoni, una de les parts al·lega que aquestes aportacions van ser fetes de manera fraudulenta i que, per tant, han de formar part de l'inventari, la liquidació ha de realitzar-se pel Jutjat de Primera Instància coneixedor del divorci.

En primera i segona instància, es va entendre que el marit va tramir un pla per defraudar els drets de la dona sobre els guanys. Aquest pla consistia a constituir una societat a la qual aporta els guanys objecte de controvèrsia, en la qual dona entrada a un tercer. D'aquesta manera, s'atorga a cada cònjuge un 48% del capital social i al tercer (que actua en connivència amb el marit) un 4%, fet que distorsiona la legal distribució dels guanys. La primera instància estima la rescissió de les aportacions i la restitució dels béns al patrimoni de guanys i en segona es confirma aquesta decisió.

COMENTARI: els arguments del demandat, que pretenia la nul·litat sobrevinguda de la societat van ser desestimats pel TS, que aclareix que "els supòsits de rescissió de les aportacions posteriors a la constitució i inscripció de les societats no constitueixen causes de nul·litat sobrevinguda, sinó de dissolució de les societats en el cas que el capital social quedi reduït per sota del mínim legal", ja que "les causes de nul·litat o bé concorren en el moment de la constitució, o ja no poden produir amb efectes retroactius al moment de constituir-la societat", recordant un supòsit de constitució de societat en frau de creditors. Per tant, és decisió dels administradors la destinació de la societat, una vegada restituïdes les aportacions, sense que es puguin acollir al règim més avantatjós de la nul·litat.

Sentència del TS de 16 de gener de 2012 sobre el dret d'informació, un dels drets més importants del soci perquè el faculta per a prendre decisions amb ple coneixement de causa, en Junta però també fora (vendre o no les seues accions o participacions, per exemple).

**Qüestions:** Té algun límit el dret d'informació del soci? Hi ha alguna diferència en el contingut d'aquest dret segons es tracte d'una SL o d'una SA?

## SOLUCIÓ

FETS: Dos dels nou socis d'una SA, aquells aliens a l'administració, sol·licitaren amplíssima informació economicocomptable amb anterioritat a la celebració de la Junta general ordinària. Entre aquesta informació, per exemple, l'exhibició de diversos llibres majors, relació de béns i assegurances de la companyia, i els models d'IRPF. A més, durant la celebració de la Junta van formular diverses i detallades qüestions relatives a les dades comptables contingudes en els documents anteriorment sol·licitats. La qüestió a considerar era si és pot considerar un ús abusiu del dret d'informació.

COMENTARI: En aquest sentit, és interessant veure si aquest dret es configura de manera diferent en la SA i i la SL i quins trets característics té en cadascuna d'aquestes societats.

Recorda la Sala diversos postulats amb els quals estem totalment d'acord. En primer lloc, l'autonomia del dret d'informació respecte dels altres drets, inclòs el de vot, ja que el té fins i tot qui no pot o no vol votar.

Però, al seu torn, aquest dret a la "interpel·lació" té alguns límits: les informacions han de tenir connexió amb els punts de l'ordre del dia, estar formulades en el moment legalment establert i la seua divulgació (fins i tot en el restringit àmbit dels socis) no ha de posar en risc l'interès social. L'últim límit, aquest no estrictament legal és que el seu exercici no ha de ser abusiu. Aquest últim extrem és, sens dubte, el més complicat d'establir pel seu caràcter íntimament casuístic.

En aquest cas, els socis, a més dels documents que componen els comptes anuals, la Sala legitima la petició de qualsevol referència i explicació sobre els imports detallats en les mateixes que possibiliten el vot reflexiu i més, "tots aquells documents que imposa el deure de transparència en la gestió social i que permeten el control del compliment dels deures dels administradors", cosa que ha d'enjudiciar de conformitat amb el cas concret. En aquest cas, el que determina que el Tribunal accepte tal àmplia sol·licitud d'informació és, precisament, el caràcter tancat de la SA (9 socis, un d'ells amb el 49,768% del capital) i la situació d'especial dificultat en què es troben els minoritaris per poder desinvertir "fet que exigeix potenciar la seua transparència i el



**PDF Complete**  
Your complimentary use period has ended.  
Thank you for using PDF Complete.

[Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features](#)

pa en la gestió” i que l’aproxima a una SRL. De fet, l’informació comptable concedit al soci a la SRL.

### III. PROHIBICIÓ DE COMPETÈNCIA DE L’ADMINISTRADOR

Sentència del TS núm. 1166/2008, de 5 desembre sobre la prohibició de competència de l’administrador.

**Qüestions:** cal al·legar justa causa per a cessar un administrador? Com es regula el conflicte d’interessos avui en la LSC?

### SOLUCIÓ

És ben sabut que el dret privat ha mostrat sempre una especial preocupació per evitar que els que tenen la representació d’interessos aliens caiguen en la temptació d’abusar dels seus poders per beneficiar-se personalment. Aquesta preocupació s’ha manifestat especialment en la parcel·la del Dret de societats, ja que aquestes, per la seua naturalesa, es revelen un camp abonat per a aquestes pràctiques.

El tema del conflicte d’interès es troba estretament vinculat amb el deure de lleialtat dels administradors, recollit de manera general en l’article 226 LSC, i que exigeix a l’administrador l’exercici del càrrec “com un representant lleial en defensa de l’interès social” i amb obligació de complir els deures imposats per les lleis i els Estatuts.

La regulació general de la situació de conflicte d’interessos en què es poden trobar els administradors es troba en l’article 229 LSC i és comú tant per a la SRL com per a la SA. Aquest article estableix una doble obligació: la de comunicació i la d’abstenció. D’una banda, estableix el mer deure de comunicar l’existència del conflicte d’interès a la resta d’administradors, ja siga aquest conflicte personal o de les persones a aquest vinculades (segons l’article 231 LSC), i un deure de comunicar la participació directa o indirecta en societats “competidores”, novament ja siga personal o de les persones a aquest vinculades, així com els càrrecs que hi té.

Pel que fa a la separació de l’administrador, l’article 223 LSC preveu la separació *ad nutum*, és a dir, sense necessitat d’al·legar justa causa i en qualsevol moment la Junta es considera facultada de separar l’administrador.

### IV. RESPONSABILITAT DE L’ADMINISTRADOR



**PDF Complete**  
Your complimentary use period has ended.  
Thank you for using PDF Complete.

[Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features](#)

le 2012, que tracta sobre la responsabilitat de

**Qüestions.** Feu un breu comentari en què esmenteu les diferències entre la responsabilitat per pèrdues i la responsabilitat per incompliment dels deures inherents al càrrec d'administrador.

## SOLUCIÓ

L'administració concursal de la societat creditora reclama una responsabilitat individual dels administradors socials de la societat deutora, juntament amb responsabilitat per deutes per falta de dissolució de la societat si hi ha causa obligatòria; a més, reclama la responsabilitat del liquidador únic de la societat. Consta acreditada l'existència d'uns fons propis negatius durant successius exercicis socials fins a una posterior ampliació de capital que tampoc va cobrir el dèficit existent. Després es va procedir a la dissolució i liquidació de la societat i, com que no hi havia actiu suficient per fer el pagament de la resta deutes pendents, el crèdit resulta impagat.

Entre les diferents qüestions tractades en el recurs s'al·ludeix a la irretroactivitat de les normes de la responsabilitat dels administradors (vegeu *ex* article 105 LSRL en relació amb l'actual article 367 LSC), en relació amb la limitació de la responsabilitat als deutes posteriors a la causa de dissolució. Tal consideració és rebutjada per l'Alt Tribunal. Com encertadament assenyala la Resolució, no es tracta d'una norma sancionadora, per la qual cosa, en no tenir la responsabilitat dels administradors de naturalesa punitiva, en resulten aplicables les regles generals sobre la retroactivitat de les normes. En segon lloc, el termini bimensual per a la convocatòria de la Junta general amb la proposta de dissolució de la societat per pèrdues no ha de computar necessàriament a partir del tancament de l'exercici, tot i que és llavors quan es coneix el resultat comptable, sinó des que els administradors efectivament hagen de conèixer la concurrència de causa de dissolució. D'aquesta manera, l'obligació de convocatòria es vincula al deure dels administradors d'informar-se diligentment sobre la marxa de la societat. Quant al fons de l'assumpte el Tribunal considera l'extemporaneïtat de l'ampliació, quan els fons propis van ser negatius durant diversos exercicis, la seua insuficiència, en relació amb els recursos aportats a la societat i el capital necessari per remoure la causa de dissolució. A més s'estén la responsabilitat a l'ulterior liquidador, ja que si els actius no eren suficients per pagar la totalitat dels creditors, hauria d'haver presentat al concurs, de manera que es permetera la concurrència de tots ells (*ex* article 114 LSRL en relació amb l'actual article 375.2 LSC).

Les diferències entre la responsabilitat per danys i la responsabilitat pels deutes socials és en aquest cas molt clara. La primera s'enquadra dins del règim general de responsabilitat civil per danys que exigeix la concurrència de tres pressupostos generals: dany, culpa i relació de causalitat. La natura del segon tipus de responsabilitat dels administradors es una qüestió més conflictiva, ja que ha sigut qualificada, siga de responsabilitat quasi-objectiva, siga de responsabilitat *ex-lege* o sanció legal. En qualsevol cas, la falta de dissolució implica la responsabilitat de

## V. OPERACIÓ ACORDIÓ

Comentari de la resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat (Mercantil), de 2 de març de 2011, que podeu trobar en la base de dades Westlaw amb la referència RJ\2011\2608, o en unes altres bases de dades.

### Qüestions:

- Què és una operació acordió?
- Quines mesures de protecció de socis i tercers preveu la Llei en el cas de reducció de capital per pèrdues?
- Quins arguments s'utilitzen per eximir la societat de la verificació del balanç per un auditor?
- Esteu d'acord amb els criteris de la DGRN?

### SOLUCIÓ

La Direcció General dels Registres i del Notariat s'ocupa de la interpretació de l'exigència que l'article 323 de la Llei de societats de capital (LSC) estableix pel que fa a la prèvia verificació per l'auditor de comptes de la societat (o si la societat no està obligada a la verificació dels seus comptes, per un auditor nomenat amb aquesta finalitat pels administradors de la societat) del balanç que servisca de base a la reducció de capital per pèrdues. Ho fa en el marc d'una operació acordió: reducció de capital a zero i simultani augment del capital, en aquest cas per compensació de crèdits.

Evidentment, no hi ha necessitat de protegir els creditors quan es produeix un augment de capital per compensació de crèdits, sinó que la necessitat de l'informe dels administradors i, només en la SA, també l'informe de l'auditor, són mesures previstes en tutela del soci.

La Direcció General opta per la flexibilitat a fi d'evitar un formalisme injustificat que atacaria directament la llibertat d'empresa i la racionalitat i eficiència que ha d'impregnar tota la legislació mercantil". Atès que no hi ha interès la tutela del qual justifiqui en aquest cas l'exigència de verificació del balanç, perquè la xifra de capital supera el capital anterior i aquest augment suposa un benefici per als creditors, serà innecessari justificar l'operació a l'efecte de la seua inscripció. S'entén que l'informe de l'auditor és una garantia renunciable per part dels socis sempre que es produïska el requisit de la unanimitat, com és el cas. A aquesta solució també s'arriba emprant el principi de l'analogia amb preceptes com l'article 353 LSC o l'article 34 LME.



**PDF**  
Complete

*Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using  
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)