



Avenida de Burgos, 17 3º  
28036 Madrid  
Tel.+34 91 561 51 01  
Fax.+34 91 561 50 66  
[www.riverogustafson.com](http://www.riverogustafson.com)

## NEWSLETTER MARZO 2018

Esta Newsletter contiene:

### PROCESAL:

- ❖ ELEMENTOS CLAVES DEL CAMBIO DE JURISPRUDENCIA RELATIVO A LA HIPOTECA MULTIDIVISA

### MERCANTIL:

- ❖ REAL DECRETO-LEY 18/2017, DE 24 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE MODIFICAN EL CÓDIGO DE COMERCIO, EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL Y LA LEY 22/2015, DE 20 DE JULIO, DE AUTORÍA DE CUENTAS.

## LABORAL:

- ❖ EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA HA DETERMINADO QUE LA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE LA SEGURIDAD Y LA SALUD DE LAS TRABAJADORAS EMBARAZADAS NO CONTRAVIENE LA NORMATIVA ESPAÑOLA QUE PERMITE LA INCLUSIÓN DE UNA TRABAJADORA EMBARAZADA EN UN DESPIDO COLECTIVO.

## PROCESAL

### ELEMENTOS CLAVES DEL CAMBIO DE JURISPRUDENCIA RELATIVO A LA HIPOTECA MULTIDIVISA

La Jurisprudencia europea se ha pronunciado en relación con el préstamo de interés variable con garantía hipotecaria, comúnmente conocido como **hipoteca multidivisa**:

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de diciembre de 2015 estableció un antes y un después en la interpretación de las cláusulas de las hipotecas multidivisas, disponiendo que la finalidad de estas operaciones no es llevar a cabo una inversión, ya que el prestatario únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2017 establece que la transparencia del contenido del contrato no debe ser solo formal, sino también material, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él.

- En cuanto a los Tribunales españoles en esta materia:

El Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha dictado la sentencia de 15 de noviembre de 2017, modificando algunos aspectos de su interpretación anterior sobre el préstamo de interés variable con garantía hipotecaria, casando las Sentencia de la Audiencia Provincial y acordando la nulidad parcial al contrato de préstamo multidivisa, así como la conversión del principal del préstamo a euros desde su comienzo, eliminando cualquier vinculación con la cotización cualesquiera divisas extranjeras.

Además, dicha Sentencia declara que la hipoteca multidivisa no es un «*instrumento financiero*» a los efectos de la normativa MIFID y las entidades financieras que conceden estos préstamos no están obligadas a realizar las actividades de evaluación del cliente y de información prevista en la normativa del mercado de valores. No

obstante lo anterior, cuando las entidades bancarias ofertan y conceden préstamos representados o vinculados a divisas extranjeras, estén sujetas a las obligaciones que resultan del resto de normas aplicables, como son las de transparencia bancaria. Y si el prestatario tiene la consideración legal de consumidor, además, la operación está sujeta a la normativa de protección de consumidores y usuarios, y, en concreto, a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

## ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD FRENTE AL ADMINISTRADOR DE SOCIEDADES DE CAPITAL

Comenzamos el análisis de la acción individual de responsabilidad contra administrador de una sociedad mercantil haciendo referencia a los deberes que, conforme a la Ley de Sociedades de Capital, a éste le corresponden: el deber de diligencia y el deber de lealtad.

### ➤ Respecto al deber de diligencia:

El artículo 225 establece que un administrador debe cumplir las obligaciones impuestas por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario. Entre ellas se encuentra el deber de **supervisar la sociedad de una manera activa y continuada, adoptando las medidas precisas para el efectivo control de la actividad de la sociedad**, siendo los administradores los encargados de vigilar la actuación de los órganos y personas en quienes deleguen sus facultades.

Por otro lado, el artículo 226, bajo el epígrafe «Protección de la discrecionalidad empresarial» reconoce por primera vez en nuestro ordenamiento el denominado principio de protección de la discrecionalidad empresarial o regla del juicio empresarial disponiendo lo siguiente: *«En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado».*

En base a lo anterior, se debe tener en cuenta que el concepto de buena fe establecido por la doctrina general es el siguiente: *«la inexistencia de interés personal en el asunto objeto de decisión; suficiencia de la información y adopción de la decisión conforme a un procedimiento adecuado. Lo relevante es sólo que la decisión estratégica adoptada haya sido fruto de un procedimiento de decisión adecuado y conforme».*

### ➤ En referencia al deber de lealtad:

El artículo 227 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital recoge, a modo de cláusula general, el deber de lealtad de los administradores sociales, esto es, desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en

el mejor interés de la sociedad. A continuación, el artículo 228 de la misma ley enumera una serie de obligaciones básicas que integran el deber de lealtad del administrador, entre las que podemos encontrar:

a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.

b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo.

c) Evitar aquellas situaciones en que pueda producirse un conflicto de interés entre el administrador y la sociedad.

➤ En cuanto a la acción individual de responsabilidad de los administradores sociales:

Ésta se presenta como modalidad de responsabilidad por ilícito orgánico, entendida como la responsabilidad contraída por los administradores en el desempeño de las funciones de su cargo, constituyendo un supuesto especial de responsabilidad extracontractual integrada en el marco societario.

La jurisprudencia ha exigido de forma reiterada que para que nazca la responsabilidad de los administradores a título individual es necesario que concurran los siguientes requisitos:

1º Que se haya producido un daño al socio o acreedor, que ha de consistir en una lesión directa de su patrimonio.

2º Que se hayan producido actos u omisiones negligentes por parte de los administradores, por incumplimiento de la obligación de proceder como un ordenado empresario.

3º Que exista relación de causalidad entre la conducta y el daño.

4º Que el daño ocasionado al socio, acreedor o tercero sea directo, lo que permite diferenciar la acción individual de responsabilidad de la acción social.

La doctrina reitera que no **puede aplicarse de forma indiscriminada la vía de la responsabilidad individual de los administradores por cualquier incumplimiento en el marco de las relaciones obligatorias que nacen de los contratos**, pues ello implicaría contravenir uno de los principios esenciales de las sociedades de capital, que es el hecho de que las mismas ostentan personalidad jurídica independiente a la de los socios.

Al acreedor demandante no le bastará con alegar que su crédito ha resultado incobrado, se le debe exigir además, en palabras del Alto Tribunal, un mayor esfuerzo argumentativo, que permita deducir la responsabilidad individual del administrador por ser su conducta causante directa del daño ocasionado al acreedor.

## MERCANTIL

### **REAL DECRETO-LEY 18/2017, DE 24 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE MODIFICAN EL CÓDIGO DE COMERCIO, EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL APROBADO POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2010, DE 2 DE JULIO, Y LA LEY 22/2015, DE 20 DE JULIO, DE AUTORÍA DE CUENTAS, EN MATERIA DE INFORMACIÓN NO FINANCIERA Y DIVERSIDAD.**

El pasado 25 de noviembre entró en vigor el Real Decreto-Ley 18/2017, de 24 de noviembre, por el que se modifican el Código de Comercio, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Autoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad, mediante el que se incorpora al Derecho español la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos.

Con esta normativa europea, el Parlamento Europeo y el Consejo se hacen eco de la importante necesidad de aumentar y mejorar la transparencia y divulgación de la información no financiera, de contenido social y medioambiental, facilitada por las empresas, las cuales deberán presentar nuevas mejoras en relación a la Responsabilidad Social que desarrollen.

El principal objetivo de la nueva norma consiste en identificar riesgos para la sostenibilidad y aumentar la confianza de los inversores, los consumidores y la sociedad en general. La divulgación de dicha información contribuye a medir, supervisar y gestionar el rendimiento de las empresas y su impacto en la sociedad siendo esto esencial para gestionar la transición hacia una economía mundial sostenible que combine la rentabilidad a largo plazo con la justicia social y la protección del medio ambiente.

En este sentido, para conseguir una mayor coherencia y mejorar la comparabilidad de la información no financiera divulgada, las empresas afectadas por esta norma deberán preparar e incluir en el informe de gestión anual un “Estado de Información No Financiera” que contenga la información necesaria para comprender la evolución, los resultados, la situación del grupo y el impacto de su actividad respecto a cuestiones sociales y medioambientales, así como relativas al personal, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno.

Las empresas obligadas, a la hora de realizar el “Estado de Información No Financiera”, podrán basarse en marcos nacionales, marcos de la Unión Europea o en marcos

internacionales reconocidos y, a su vez, dicho “Estado” deberá incluir, al menos, las siguientes características:

- Descripción del modelo de negocio.
- Descripción de las políticas (vinculadas a las cuestiones sociales y medioambientales) que se apliquen, incluyendo los procedimientos de diligencia adoptados respecto a la identificación y evaluación de riesgos y a la verificación y control de los mismos, así como las medidas que se hayan llevado a cabo.
- Resultados de las políticas adoptadas.
- Principales riesgos existentes y/o con posibilidad de que se materialicen en relación a las actividades del grupo.
- Información detallada sobre los efectos actuales y previsibles de las actividades de la empresa en el medio ambiente, la salud y la seguridad, el uso de energía renovable y/o no renovable, las emisiones de gases de efecto invernadero, el consumo de agua y la contaminación atmosférica.
- Información relativa a las cuestiones sociales y al personal, tales como medidas adoptadas para garantizar la igualdad de género, la aplicación de convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, condiciones de trabajo, el diálogo social, el respeto del derecho de los trabajadores a ser informados y consultados, el respeto de los derechos sindicales, la salud y la seguridad en el lugar de trabajo.
- Información relativa a la prevención de las violaciones de los derechos humanos y las medidas que se han adoptado para mitigar, gestionar y reparar los posibles abusos cometidos, en el caso de haber sido necesario.
- Instrumentos existentes que sean adoptados por la empresa para luchar contra la corrupción y el soborno.

Por su parte, las sociedades obligadas a elaborar el citado “Estado de Información No Financiera” serán las que cumplan los siguientes requisitos:

- Sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada y sociedades comanditarias por acciones que, de forma simultánea, tengan la consideración de entidades de interés público.
- Número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio que se trate superior a 500.
- Que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, al menos, dos de las siguientes circunstancias:

1. Total de partidas del activo consolidado superior a 20.000.000 de euros.
2. Importe neto de la cifra anual de negocios consolidada superior a 40.000.000 de euros.
3. Número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio que se trate superior a 250.

Quedarán exentas de la obligación de realizar el “Estado” aquellas sociedades dependientes de un grupo, siempre y cuando esa sociedad y sus dependientes queden incluidos en el informe de gestión consolidado de otra sociedad, haciendo referencia, a su vez, en el informe de gestión que realice, a la sociedad dominante y al Registro Mercantil u otra oficina pública donde deben quedar depositadas sus cuentas junto con el informe de gestión consolidado (o, en su defecto, sobre donde se encuentra disponible la información consolidada de la sociedad dominante).

Asimismo, junto con las novedades anteriormente expuestas, con la finalidad de facilitar la comprensión de la organización empresarial y de los negocios propios de la empresa, la nueva norma amplía el contenido exigido en el informe anual de gobierno corporativo que deben publicar las sociedades anónimas cotizadas, debiendo estas divulgar las políticas de diversidad de competencias y los puntos de vista que apliquen a su órgano de administración respecto a factores como la edad, sexo, discapacidad, formación y experiencia profesional.

En relación con lo anterior, como consecuencia de la trasposición de la Directiva, se han visto afectados, en los mismos términos, los siguientes preceptos:

- El artículo 49 del Código de Comercio:
  1. Modifica su apartado 5.
  2. Añade nuevos apartados: 6, 7 y 8.
- El artículo 262 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital:
  1. Nueva redacción de su apartado 5.
  2. Añade un nuevo apartado 6.
- El artículo 540. 1. c) 6º queda modificado.
- El artículo 35 de la Ley 22/2015 de Auditoría de Cuentas queda modificado.

## LABORAL

**EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA HA DETERMINADO QUE LA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE LA SEGURIDAD Y LA SALUD DE LAS TRABAJADORAS EMBARAZADAS NO CONTRAVIENE LA NORMATIVA**

## ESPAÑOLA QUE PERMITE LA INCLUSIÓN DE UNA TRABAJADORA EMBARAZADA EN UN DESPIDO COLECTIVO

La justicia europea falló el pasado 21 de febrero de 2018 a favor de que una trabajadora embarazada pueda ser incluida en un Despido Colectivo, siempre que el embarazo no sea la causa del despido y el mismo esté basado en motivos objetivos justificados.

El pronunciamiento del Tribunal se produce como consecuencia de la decisión prejudicial de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la que solicitaba la determinación de si la normativa española traspone correctamente el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de fecha 19 de octubre de 1992, que prohíbe, salvo en casos excepcionales, el despido de trabajadoras embarazadas, en relación con el artículo 1, apartado 1 de la Directiva 98/59 del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los Despidos Colectivos.

Concretamente, la solicitud que realiza el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se produce con motivo del despido de una trabajadora de Bankia que resultó afectada en el marco de un Expediente de Regulación de Empleo que se llevó a cabo en noviembre de 2013.

En la carta de despido, la empresa justificaba que el mismo se debía a un profundo ajuste que necesitaba la Compañía e indicaba a su vez el criterio de elección que habían tenido en cuenta a la hora de seleccionarla a ella como afectada del Despido Colectivo, el cual había sido sus bajos resultados, en comparación con los demás trabajadores de la misma zona.

Para la resolución de esta cuestión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea realiza una interpretación del artículo 10.1 de la Directiva 92/85, y considera que el mismo no se opone al despido de una trabajadora en periodo de gestación en el marco de un Procedimiento de Despido Colectivo, siempre y cuando la extinción contractual no esté motivada por el estado de la trabajadora y se indiquen en la carta de despido los criterios objetivos de designación del trabajador afectado.

Por tanto, la interpretación que realiza el Tribunal Europeo es que la protección que realiza tanto la legislación española como la Directiva Europea sobre las trabajadoras embarazadas no impide que las mismas puedan resultar afectadas en el marco de un Expediente de Regulación de Empleo, siempre que la motivación del despido obedezca a causas objetivas que no guarden relación con su estado de gestación y se fijen los criterios objetivos que la empresa ha seguido para designar a los trabajadores afectados por el despido.

En el caso de que el despido realmente guarde relación con la situación personal de la trabajadora embarazada, la calificación que merece el mismo es la nulidad, y por consiguiente, la readmisión de la trabajadora a su puesto de trabajo.



Sin embargo, a pesar de que el Tribunal Europeo considera que la normativa española no transgrede a la europea y permite la posibilidad de incluir a una trabajadora embarazada en los Despidos Colectivos, realiza una advertencia clave en relación con la protección que ofrece la normativa española para este colectivo.

De este modo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala que la normativa española carece de una protección adecuada para las trabajadoras embarazadas, ya que se establece simplemente un mecanismo de reparación frente al despido, por cuanto que la respuesta que ofrece es la declaración de nulidad del mismo una vez éste se ha producido, y la consiguiente readmisión de la trabajadora al puesto de trabajo que ocupaba.

En cambio, lo conveniente sería implantar un mecanismo preventivo, que opere antes de que se produzca el hecho en sí, ya que el despido de una trabajadora embarazada puede suponer un riesgo para su estado físico y psíquico que no se solucionaría posteriormente con la readmisión.

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece que con el fin de garantizar tanto la fiel transposición del artículo 10 de la Directiva 92/85 como la protección de las trabajadoras embarazadas, los Estados miembros no pueden limitarse a establecer únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando no esté justificado, sino que se debería contemplar la prohibición del despido de este colectivo, por los riesgos que el mismo puede generar en el estado de salud de la trabajadora.

### **EL RECONOCIMIENTO MÉDICO PARA VERIFICAR EL ESTADO DE SALUD DE LOS TRABAJADORES ES UNA FACULTAD DEL EMPRESARIO EN LA DIRECCIÓN Y CONTROL DE LA ACTIVIDAD LABORAL**

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia 62/2018 de fecha 25 enero, analiza la posibilidad de que una empresa contrate a un servicio externo para controlar las ausencias derivadas de enfermedad o accidente de los trabajadores.

La problemática se produce con motivo de la decisión empresarial de que el seguimiento y control de las ausencias en el trabajo se llevará a cabo por una empresa externa y no por los servicios de la Mutua correspondiente.

Para ello, la empresa publicó un cuestionario en el que se explicaba el protocolo a seguir para el control de las ausencias de los trabajadores.

El asunto debatido parte del artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores, el cual establece que el empresario podrá verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico.

Respecto a este control sobre las ausencias en el trabajo, el Convenio Colectivo aplicable, Convenio Colectivo Estatal de Contact-Center, no impone la obligación a la

empresa de utilizar los servicios médicos de la Mutua para realizar esta labor, por lo que en este caso no existe inconveniente en que el control pueda ser realizado por una empresa externa.

Por otro lado, se discute sobre la validez de que los actos de comprobación se puedan realizar inmediatamente después de que se produzca la falta de asistencia, resolviendo el Tribunal Supremo que el Convenio Colectivo aplicable no exige a la empresa un determinado plazo para que active el control de las ausencias.

Ante esta falta de regulación en el texto convencional, las únicas limitaciones aplicables al ejercicio de la potestad del empresario para comprobar que el estado de salud de los trabajadores justifica la inasistencia al trabajo, serán respetar los parámetros de buena fe, razonabilidad, proporcionalidad y adecuación que deben regir cualquier otra decisión de la empresa.

En relación con lo anterior, es perfectamente lícito que este control se realice en el momento que el trabajador hace saber a la empresa que su estado de salud justifica la inasistencia, de este modo, el empresario está facultado para verificar la realidad de esa situación, sin necesidad de que se deba esperar a que se cumpla el plazo de 72 horas que establece el Convenio Colectivo aplicable para que el trabajador aporte el justificante de la ausencia.

Por último, respecto al modo de realizarse ese control médico, el Tribunal Supremo establece que ni el art. 20.4 del Estatuto de los Trabajadores ni el Convenio Colectivo aplicable, establecen como debe realizarse ese reconocimiento por parte de los servicios médicos designados por la empresa, y como su finalidad no es asistencial sino exclusivamente de control y justificación de la inasistencia al trabajo, corresponde al empresario establecer la metodología que considere más adecuada en el ejercicio de esa facultad de dirección y organización de la actividad laboral, siempre con respeto de los derechos de los trabajadores.

Por tanto, es un derecho de control del empresario quien puede organizarlo como considere oportuno siempre que se realice de buena fe, se respete la finalidad y se aseguren los derechos de los trabajadores, especialmente el respeto a su salud e intimidad.