

En otro orden de cosas, conviene notar, también, que la propuesta de Directiva busca la apertura a la competencia de los envíos inferiores a 50 g., tratando de garantizar al mismo tiempo la correcta prestación del servicio universal.

Una de las cuestiones más controvertidas sigue siendo la financiación del servicio postal universal. A este respecto, puesto que los Estados miembros se han comprometido a garantizar la correcta y sostenible financiación de este servicio, la propuesta aclara los diferentes sistemas que podrán utilizarse para la consecución de este fin. En primer lugar, se podrá sacar a licitación la prestación del servicio universal con arreglo a las normas de contratación pública, es decir con transparencia e igualdad de oportunidades para los eventuales oferentes. En segundo lugar, para el caso de que se considere por parte de un Estado que la prestación del servicio universal supone un coste neto y una carga financiera desleal para los proveedores del servicio, se podrá introducir un mecanismo de compensación con fondos públicos o repartir el coste entre los proveedores y/o los usuarios. En este último caso, se podrá constituir un fondo de compensación financiado con un canon aplicado a proveedores y usuarios, y que sería gestionado por un órgano independiente de los beneficiarios. Finalmente, los Estados miembros podrán condicionar la concesión de la autorización a los proveedores del servicio a la obligación de realizar una aportación financiera al citado fondo. Concretamente, en España, la Ley 24/1998 ya introdujo el Fondo de Compensación del Servicio Postal Universal estableciéndose en el artículo 27 de la citada Ley las formas de financiación del mismo.

Por último, desde el punto de vista de nuestro Derecho interno, conviene mencionar que la Comisión de Fomento y Vivienda del Senado aprobó, con fecha de 27 de junio de 2007, el proyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal. Actualmente en fase de tramitación, en virtud de este proyecto de Ley se crea la Comisión Nacional del Sector Postal, como órgano independiente y especializado que «contribuirá a garantizar el correcto funcionamiento del mercado postal y en particular de la prestación del servicio postal universal, en beneficio de los usuarios y trabajará para consolidar el proceso de liberación del mercado». Para el cumplimiento de su objeto, la Comisión «velará por la prestación del servicio postal universal a todos los ciudadanos en todo el territorio nacional a precios asequibles y con el compromiso de calidad que se establezca, siendo el órgano competente para resolver cualquier consulta, queja ordenación que los usuarios de estos servicios le formule».

A la Comisión Nacional del Sector Postal se le atribuyen, entre otras funciones, las de resolver los conflictos que surjan entre los operadores del sector postal; otorgar y revocar los títulos habilitantes para la prestación por los operadores de los servicios postales; velar para que los sujetos que actúan en el mercado postal lleven a cabo mi actividad respetando los principios de libre competencia y evitando posibles discriminaciones en el acceso a la red postal y en el ejercicio normal de su actividad; determinar, anualmente el coste neto que supone la prestación del servicio postal universal, gestionando, en su caso, el Fondo de Compensación del Servicio Postal Universal; fijar las condiciones de acceso a la red postal pública cuando los operadores no hubiesen llegado a un acuerdo sobre ello; dictar instrucciones a los operadores del sector postal, con el objeto de salvaguardar la pluralidad de oferta en el mercado postal; y ejercer la inspección de los servicios postales y la potestad sancionadora.

JOSÉ GARCÍA ALCORTA Y MANUEL LINARES TRUJILLO (*)

ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES EN EL ÁMBITO DE LAS RECLAMACIONES DERIVADAS DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS

Introducción

La mayoría de negocios jurídicos en los que se articula la prestación de servicios financieros se incardinan en el marco general de los contratos bancarios. Estos no sólo se ven afectados por el proceso evolutivo general de la contratación mercantil contemporánea, sino además, por el dinamismo específico de un sector en constante evolución acorde con la compleja realidad económica financiera actual. Ello determina que sea el principio de la autonomía de la voluntad el mecanismo que mejor puede adaptar tales negocios a la contratación bancaria que, se caracteriza por dos notas sobradamente conocidas: (i) el elevado volumen de contrataciones; y (ii) las exigencias de transparencia y celeridad. Respecto de la primera poco o nada cabe decir pues basta examinar cualquier estadística para ver acreditado un volumen anual de cientos de miles de contratos en el tráfico ordinario de cualquier entidad financiera: apertura de cuentas corrientes, depósitos, préstamos, etc. En cuanto a la segunda,

(*) Del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

tanto la rapidez en la formalización de las transacciones como la transparencia son obligados presupuestos para la generación de confianza en los clientes y factor clave para evitar o minimizar situaciones de crisis o turbulencias en los mercados.

Pues bien, la praxis procesal también ha tenido que amoldarse a la lógica evolución del mercado financiero y a sus características actuales, provocando la adaptación de ciertos principios probatorios tradicionalmente rígidos en nuestro ordenamiento jurídico. Nos referimos, de una parte, a aquellos que rigen la prestación del consentimiento para armonizarla a su emisión por parte de personas jurídicas. De otra, a la acreditación por las partes litigantes de aquellos hechos que fundamenten las pretensiones de una demanda o las causas impeditivas o extintivas que se articulen vía contestación o reconvencción. A este respecto, como veremos, se ha producido un giro radical en el ámbito probatorio, consagrándose la inversión de la carga de la prueba sometida a determinadas circunstancias, en procedimientos litigiosos relativos al cumplimiento o incumplimiento de determinados contratos bancarios.

La sociedad mercantil como titular de los servicios financieros

El primero de los problemas a abordar es el relacionado con la representación de la sociedad mercantil, a través de sus administradores o apoderados.

Si bien conforme a los artículos 35 y 38 del Código Civil, toda sociedad mercantil puede ser titular de bienes de cualquier clase *«conforme a las leyes y reglas de su constitución»*, resulta obvio que son las personas físicas que detentan la representación de la sociedad quienes únicamente tendrán capacidad legal para suscribir en nombre de aquéllas los negocios jurídicos a celebrar con cualquier entidad financiera.

Tal y como establecen la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante LSA) y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL) serán los Estatutos Sociales los que deben recoger la forma en que una Sociedad puede ser representada o la manera en que debe ejercerse esa representación. En concreto los artículos 128 LSA y siguientes y 62 LSRL respectivamente establecen los regímenes de representación en cada tipo de sociedad distinguiendo aquellos casos en que nos encontremos ante un administrador único, varios administradores (solidarios o mancomunados) o un Consejo de Administración. Y asimismo los artículos 129 de la LSA y 63 de la LSL extienden el ámbito de la representación *«a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos»*.

El Bastanteo

Teniendo en cuenta la libertad de toda sociedad para revocar los poderes de sus representantes y apoderados, serán los departamentos jurídicos de las Entidades financieras los que deberán comprobar la suficiencia de la representación de quienes pretenden celebrar en nombre de una sociedad cualquier negocio jurídico. Mediante el procedimiento de Bastanteo procederán a verificar la suficiencia del poder del representante a la vista de las escrituras de constitución, de los Estatutos Sociales, de los apoderamientos y de los Acuerdos de sus órganos de gobierno elevados a público y debidamente inscritos. Una vez realizado este procedimiento darán las correspondientes instrucciones a sus propios apoderados para celebrar los contratos de servicios financieros con el representante legal correspondiente, indicando a su vez en el propio contrato quién podrá, acorde a la forma estatutariamente establecida o conforme a los acuerdos ad hoc adoptados, efectuar las operaciones derivadas de cada instrumento financiero (disponer del saldo de la cuenta corriente, ordenar la compra o la venta de valores, ... etc.). En definitiva, el Bastanteo determinará quien puede legalmente obligar a la compañía mercantil frente a las entidades de crédito.

Los problemas jurídicos derivados de la representación

Una de las cuestiones que genera mayor número de contenciosas en relación a la figura del representante legal de una sociedad mercantil es la correspondiente al cambio de la figura del administrador, en especial cuando el órgano de gobierno adopta un acuerdo por el que se destituye al representante legal o al apoderado que suscribió un determinado contrato bancario. Resulta indubitado, que el cambio en la figura del administrador no puede suponer una revocación de los negocios jurídicos suscritos por éste con anterioridad a su destitución. El problema surge cuando, con anterioridad a la inscripción y publicación de la revocación en el Registro Mercantil, el administrador destituido continua realizando operaciones que vinculan a la sociedad frente a la entidad financiera. Teniendo en cuenta la validez de todos los actos jurídicos que en nombre de la sociedad realiza el administrador desde el momento de la aceptación del cargo, cualquier incumplimiento de la obligación de inscribir en nada afecta a terceros de buena fe (artículo 129.2 LSA y 63.2 LSRL). Por lo tanto, si el administrador lleva a cabo actos lesivos para la sociedad o para las partes la responsabilidad recaerá exclusivamente sobre aquél, debiendo responder la sociedad

mercantil frente a los terceros de buena fe que han contratado guiados por la apariencia jurídica de estar negociando con representantes con poderes debidamente formalizados e inscritos. En este sentido es preciso traer a colación el artículo 133.2 de la LSL en virtud del cual son responsables solidarios todos los miembros del órgano de administración cuando en el ejercicio de su cargo realizan actos o adoptan acuerdos lesivos para la sociedad, exonerando a los terceros a dichas actuaciones por serlo de buena fe.

Igualmente el tercero de buena fe se encontrará exonerado de responsabilidad (i) cuando el contrato suscrito se aleje parcialmente del objeto social; y (ii) cuando es el administrador de hecho quien realiza el negocio jurídico en representación de la sociedad. En relación al primer punto, resultan destacables las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de mayo de 1999, de 5 de mayo de 2005, o de 10 de noviembre de 2006. En concreto, en la segunda de ellas, se debate la ineficacia del préstamo hipotecario celebrado por un administrador único en representación de la sociedad anónima sin consentimiento de la Junta General de socios. Pues bien, la Dirección General afirma que el problema de las limitaciones impuestas en los Estatutos en el ámbito de representación de los Administradores ha sido solventado en nuestro Derecho de forma que (i) *para los actos comprendidos en el objeto social, son ineficaces frente a terceros las limitaciones impuestas a las facultades de representación de los Administradores, aunque estén inscritas en el Registro Mercantil* (en este sentido arts. 129 de la LSA y 63 de la LSL) *haciendo ociosa incluso la enumeración de las mismas reflejadas en los Estatutos, rechazándose la inscripción de los mismos en el Registro Mercantil*» (art. 124.4 del Reglamento del Registro Mercantil de 1996). Y (ii) *«para los actos que no estén comprendidos en el objeto social, la sociedad queda obligada también frente a terceros de buena fe, recogiendo claramente la tendencia que ya se observaba en la doctrina de aproximarse al sistema germánico de protección de los terceros y de la seguridad del tráfico»*. Y en este mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2006 afirma que *«las personas jurídicas tienen capacidad en general para realizar cualquier acto que no esté expresamente prohibido en sus estatutos, de acuerdo con el artículo 38 del Código Civil»*.

Los deberes de información de las operaciones y el consentimiento tácito por la sociedad mercantil

El deber de información

Los servicios financieros más habituales, cuentas corrientes, depósitos monetarios o de valores, son

negocios jurídicos que dan lugar a multitud de operaciones que deben ser registradas y anotadas por la entidad financiera. Por ello, una de las obligaciones fundamentales contraídas por ésta es la remisión de forma periódica de extractos de los movimientos acaecidos en un determinado periodo de tiempo. Esta obligación, derivada de la transparencia exigida en el mercado financiero contemporáneo, no genera efectos exclusivamente en quien la transmite sino que puede generar consecuencias jurídicas para quien la recibe. Así, el segundo de los objetivos de esta remisión de información después de la transparencia es facultar a la contraparte para oponer frente a esta información cuantas objeciones considere el cliente necesarias por entender que no es conforme con las operaciones realmente efectuadas en ese periodo de tiempo. Esta facultad de impugnación se encuentra limitada en el tiempo, de manera que el cliente dispone de un plazo prudencial para oponerse a la información ofrecida por la entidad bancaria. En caso de que no exista objeción se entiende que el cliente ha prestado su conformidad tácitamente a los apuntes remitidos. En este sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1998, de 24 de septiembre de 2001 o 20 de junio de 2003.

Esta obligación, como muchas otras ha tenido su origen en el devenir histórico del contrato de cuenta corriente, el cual adquiere especial relevancia como fuente de numerosos usos bancarios. Así, muchas de las actuales condiciones generales de los contratos de servicios financieros que hoy se elaboran por las entidades bancarias han tenido su origen en ciertas costumbres del tráfico mercantil. Cuando estas costumbres adquieren un amplio grado de difusión y objetivización se asimilan por el propio sistema financiero e incluso el Banco de España las impone al resto de entidades en un efecto dominó que tiende a uniformizar la práctica bancaria en el ámbito de los servicios financieros.

En este sentido nacieron del contrato de cuenta corriente usos bancarios como la liquidación de intereses con periodicidad semestral o la prestación tácita de la conformidad por el cliente una vez transcurrido un determinado plazo desde la notificación del extracto bancario.

La forma de ejercer el deber de información. Innecesaria comunicación fehaciente

Una de las estrategias que las sociedades mercantiles suelen emplear en los conflictos judiciales frente a las entidades de crédito es negar la validez del extracto

aportado por éstas en el procedimiento cuando no va acompañado del correspondiente certificado de haber sido remitido y entregado al destinatario. Sin embargo, las características propias del contrato y en especial de la actividad comercial de las entidades financieras hacen impracticable económica y operativamente esa posibilidad. Obligar a las entidades bancarias a conseguir el consentimiento fehaciente del titular del instrumento financiero supondría la paralización de la actividad financiera. Teniendo en cuenta que estos servicios se ofrecen en masa a miles de clientes el número de operaciones que estos generan hacen impracticable no sólo la comunicación notarial o el correo certificado; sino también el establecimiento de una cláusula de consentimiento expreso por el cliente de cada apunte contable. Así, destacamos las sentencias de 20 de junio de 2003, 14 de marzo de 1993 o 11 de mayo de 1989.

No obstante lo anterior, es necesario tener en cuenta que, si bien estas cláusulas generales no son consideradas abusivas por la práctica jurisprudencial, tampoco se entienden como una presunción *iure et de iure* de la aceptación por el cliente. De este modo, el cliente siempre podrá demostrar frente a la entidad bancaria el error existente en el concreto apunte contable. Es por ello que la reclamación judicial derivada, por ejemplo, de un descubierto en cuenta puede ser desvirtuada por el cliente. El consentimiento tácito no equivale por tanto a una verdadera declaración de voluntad negocial que hace inatacable esos movimientos una vez que ha transcurrido un periodo de tiempo prudencial. Es simplemente una consecuencia jurídica negativa que puede ser cuestionada con posterioridad. Así, destacamos la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2007 en virtud de la cual el cliente logró desvirtuar la presunción de veracidad del apunte contable al acreditar que la entidad financiera ejecutó una orden cuyo formato era distinto del que ordinariamente se producía para la disposición de fondos.

Consecuentemente, estas cláusulas temporales suponen un desplazamiento de la carga probatoria hacia una u otra parte contratante. En el caso que se impugne un determinado asiento contable o un saldo incluido en un extracto *dentro del periodo temporal establecido en el contrato para ello*, será la entidad bancaria la que deba demostrar la correspondencia del apunte con una determinada operación o la corrección del saldo comunicado. Por el contrario, *una vez transcurrido el periodo temporal*, la carga de la prueba se traspaasa desde la entidad financiera hacia el cliente, que deberá desvirtuar el apunte mediante la actividad probatoria que considere oportuna.

El cambio de domicilio

Otra de las obligaciones incluidas normalmente como condición general es la referente a la obligación del cliente de comunicar el traslado de domicilio. Por ello, las sociedades mercantiles utilizan como argumento complementario con el referido en el párrafo anterior el relativo al cambio de domicilio de la sociedad mercantil. Así, ésta suele alegar que, si la entidad financiera hubiera remitido por conducto notarial o correo los extractos de la operación impugnada habría tenido conocimiento de ese traslado. Sin embargo, al entender la jurisprudencia que la comunicación fehaciente de cada uno de los extractos a cada cliente supondría en la práctica una carga imposible, considera que la falta de comunicación del cambio de domicilio es una conducta negligente imputable al propio cliente.

En este sentido traemos a colación las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2000 y de 26 de marzo de 2002, las cuales claramente indican que no es exigible mayor diligencia a la entidad de crédito tras haber intentado localizar al demandado en el domicilio indicado en la póliza mercantil, en especial teniendo en cuenta la existencia en el clausulado general de una estipulación en la que se indicaba el domicilio a efectos de notificaciones, requerimientos y citaciones.

La prueba en las reclamaciones judiciales frente a las entidades financieras

Es el momento de analizar como juegan los principios anteriormente expuestos en relación a la carga de la prueba que correspondería a la entidad bancaria y a la sociedad mercantil titular del instrumento financiero. Para ello, hay que tener en consideración el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) en virtud del cual *«corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición. Y asimismo continua el precepto «Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior».*

El referido precepto cuyo antecedente es el derogado artículo 1214 del CC recoge uno de los principios fundamentales para el desarrollo de los procedi-

mientos así como una de las reglas procesales relativas a la prueba más importantes. Y en este sentido la propia Exposición de Motivos de la LEC declara que *«las normas de carga de la prueba, aunque sólo se aplican judicialmente cuando no se ha logrado certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes en cada proceso, constituyen reglas de decisiva orientación para la actividad de las partes. Y son asimismo reglas que, bien aplicadas permiten al juzgador confiar en el acierto de su enjuiciamiento fáctico, cuando no se trate de casos en que, por estar implicado un interés público resulte exigible que se agoten de oficio las posibilidades de esclarecer los hechos»*.

En el supuesto que nos incumbe en el que la sociedad mercantil impugna un determinado apunte bancario o un saldo contable, corresponderá a la sociedad mercantil probar la certeza del error cometido por la entidad de crédito. Y asimismo también corresponderá a ésta no sólo negar los hechos de la demanda sino oponer otros hechos para desvirtuar impedir o extinguir la reclamación. Surge entonces la problemática relativa a los medios de prueba que pueden utilizar tanto la sociedad mercantil como la entidad financiera a la hora de ejercitar sus pretensiones u oponer sus excepciones.

La obligación de guarda y custodia de documentación por la entidad de crédito

En muchas ocasiones el cliente que pretende denunciar la veracidad de un apunte contable o un saldo ha perdido o extraviado la documentación que en su día le remitió la entidad bancaria. Es por ello que haciendo uso de la obligación de información que recae sobre ésta se solicitan justificantes de operaciones una vez transcurrido un periodo de tiempo muy prolongado. Sin embargo el volumen de archivo de las entidades bancarias es tan grande que suelen limitar la conservación de los extractos al periodo de tiempo que les obliga la Ley.

Varias son las normas que establecen el deber legal de conservación de documentos que afectan a las entidades de crédito. La primera que debe ser mencionada por su carácter general es el artículo 30 del Código de Comercio, la cual resulta aplicable a las entidades financieras al ser también consideradas empresario a efectos del Código de Comercio. En virtud de este artículo todos los empresarios deben conservar los documentos y justificantes concernientes a su negocio relativos a los seis años anteriores. Este mismo plazo es el establecido en la redacción vigente de los artículos 2 y 16 del Real

Decreto 925/1995 de 9 de junio que desarrolla la Ley 19/1993 de 28 de diciembre sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, en virtud de los cuales las entidades de crédito se encuentran sujetas a la obligación de conservar *«durante seis años los documentos acreditativos de las operaciones que superen los 30.000 euros, o su contravalor en moneda extranjera»*. Y asimismo, la Regla 23 de la Orden HAC 1300/2002 de 23 de mayo, en materia de Contabilidad para la Administración del Estado, y el artículo 49 de la Ley 14/2000 de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social se refieren también al plazo de 6 años en materia de archivo y conservación documental. Por último, en el contexto internacional, las Recomendaciones de Basilea en materia de debida diligencia de entidades bancarias con la Clientela en materia de Conservación de documentos establece un periodo de 5 años durante el cual se deben conservar los documentos justificativos de las operaciones en las que intervengan.

En consecuencia, como señala el propio Banco de España en la Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2005 el derecho a obtener información no puede suponer una carga desproporcionada para la entidad bancaria que la obligue a soportar un coste económico excesivo para hacer frente a las labores de archivo y así solventar la negligencia de los titulares de los instrumentos financieros.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencia de 31 de mayo de 2007 al entender que *«si bien la facilidad probatoria puede hacer que se traslade al demandado (Entidad financiera) la citada carga, ello no supone una inversión total de la misma [...] Es más no hay que olvidar que fue la pasividad de la parte recurrente la que generó la dificultad probatoria puesto que, a pesar de recibir cada tres meses, aproximadamente la correspondiente información dejó transcurrir más de siete años [...] más allá por tanto del plazo fijado en el artículo 30 del Código de Comercio para la conservación por los empresarios de lo libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio»*. Pero incluso existen pronunciamientos del alto Tribunal que disminuyen de facto ese periodo temporal a dos o tres años destacando las sentencias de 20 de junio de 2003 y de 15 de julio de 2004 en las que el Tribunal considera realizadas con mala fe las reclamaciones contra la entidad financiera cuando no se han efectuado manifestaciones contrarias a los extractos comunicados durante el referido periodo temporal.

La contabilidad desordenada como prueba en contra de la sociedad mercantil

Analizada la práctica jurisprudencial en relación a la obligación de custodia de información por las entidades de crédito es el momento de traer a colación las solicitudes de exhibición documental planteadas en contra de las entidades financieras en el seno del procedimiento judicial.

Como señala el artículo 328 LEC, «Cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos que no se hallen a disposición de ella y que se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba».

En virtud de esta norma suele ser frecuente que en el seno de un procedimiento judicial la sociedad mercantil que niega el contenido de los extractos bancarios solicite de la entidad financiera la exhibición de la documentación relativa a tales extractos. Sin embargo, cuando la práctica de la exhibición resulta negativa para la Actora, no se aplica rigurosamente el artículo 329 de la LEC en virtud del cual «en el caso de negativa injustificada a la exhibición del artículo anterior, el tribunal, tomando en consideración las restantes pruebas podrá atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que del contenido del documento hubiese dado». Y es que en estos casos, tan obligada está la entidad financiera a la conservación y custodia de la documentación contable como la propia sociedad reclamante. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1996 no se pueden trasladar a terceros (entidades financieras) cuantas vicisitudes a lo largo del tiempo afectan a la empresa incluso aunque se denuncie la nulidad o los vicios en el consentimiento como consecuencia, por ejemplo, de la falta de apoderamiento. Resultaría abusivo por el titular del instrumento financiero exigir y pedir lo que le resultaría exigible a éste, en especial teniendo en cuenta que el propio empresario viene obligado a la conservación de la contabilidad por imperativo legal.

Así, la Ley impone a todo empresario, sea persona natural o jurídica, la llevanza de una contabilidad ordenada y adecuada a la actividad de la empresa (artículo 25 del CoCo), un deber legal aplicable a toda sociedad con independencia del sector económico en que desarrolle su actividad o su dimensión. En todo caso el empresario debe registrar su contabilidad de forma ordenada. Si por el contrario nos encontramos ante una contabilidad desordenada no será posible lograr ese doble fin que la Ley exige: el seguimiento cronológico de todas las operaciones y la elaboración periódica de balances e inventarios (artículo 25.1 del Código de Comercio).

Por ello, en los supuestos en que la sociedad mercantil demandante no aporte ningún libro oficial ni haya constancia de ellos, ni se acredite el cumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 27 del Código de Comercio de forma que resulte imposible verificar la realidad contable y jurídica de la sociedad, la jurisprudencia entiende que nos encontramos ante una situación de incumplimiento que hace prueba en contra de la propia sociedad mercantil.

De este modo el deber legal de llevanza de la contabilidad se convierte en un arma probatoria a favor de la entidad financiera. La razón fundamental reside en el deber del propio empresario de reconstruir la información contable en el supuesto de que se haya extraviado. Así, son los administradores de las sociedades mercantiles o el propio empresario individual quien directamente o a través de apoderados deben cumplir esta obligación legal. De hecho la sentencia de la Audiencia provincial de Madrid de 28 de julio de 2005 apunta que es al administrador a quien debe preocupar e interesar el cumplimiento legal de conocer en todo momento la verdadera situación de la mercantil para que se puedan elaborar periódicamente sus cuentas y balances. Es más, en materia concursal las repercusiones al empresario cuya contabilidad resulta desordenada son muy graves. En este sentido el concurso se calificará como culpable en aquellos supuestos en los que el deudor legalmente obligado a la llevanza de la contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación (artículo 164 LC) con las consecuencias perjudiciales y las responsabilidades civiles que ello generaría al administrador.

En definitiva la jurisprudencia penaliza a aquellos empresarios que incumplan el deber de conservar en todo momento la imagen fiel de la compañía al no llevar los libros exigibles para presentarlos como prueba en contra del extracto o saldo contable impugnado. Y tanto la falta de presentación de datos o libros de la sociedad como el desorden y la falta de cumplimiento de las obligaciones contables suponen una prueba en contra de las propias compañías que inclinan la balanza del Tribunal Supremo hacia la desestimación íntegra de sus pretensiones (en este sentido las sentencias de 17 de septiembre de 2003 o de 30 de septiembre de 2004).

Conclusiones

Las características de la contratación bancaria contemporánea ha obligado a modificar la aplicación

de algunos principios procesales y civiles en relación a los servicios financieros. La contratación masiva de estos instrumentos financieros unida a las exigencias de información y transparencia han generado una serie de obligaciones y deberes para las partes que han tenido que ser interpretados por nuestra jurisprudencia, en especial en los supuestos en que una de las partes contratantes es una sociedad mercantil.

El Tribunal Supremo toma en consideración: (i) el mayor número de operaciones realizadas por la entidad de crédito; y (ii) la condición de empresario profesional de toda sociedad mercantil. Y en este sentido impone al empresario unos deberes adicionales de diligencia y custodia contable de forma que sanciona mediante instituciones como la aceptación tácita o la responsabilidad frente a terceros de buena fe las conductas negligentes.

Y en consecuencia, en los conflictos judiciales planteados por las sociedades mercantiles en relación a la inexactitud de la contabilidad de las operaciones desarrolladas en el marco de los servicios financieros contratados, la sociedad mercantil debe desarrollar una actividad probatoria mayor frente a la entidad bancaria para poder desvirtuar la presunción de veracidad que existe en relación a su actividad contable.

EDUARDO TRIGO SIERRA y SERGIO SERNA CABRERA (*)

LAS NOVEDADES DE LA NUEVA LEGISLACIÓN ESTATAL REGULADORA DEL SUELO

1 · Introducción

Que nadie espere cambios espectaculares en la gestión del suelo a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo (en adelante, la «Ley de Suelo»). A pesar de los sustanciales cambios que introduce la nueva Ley de Suelo estatal, dado que son las Comunidades Autónomas las que han asumido la competencia de urbanismo con carácter exclusivo, el día a día de la actividad urbanística seguirá, en gran medida, la reglas marcadas por las normas urbanísticas autonómicas. Ha de recordarse, al efecto, que todas las Comunidades Autónomas, salvo las Islas Baleares, han aprobado completos códigos urbanísticos y que buena parte

de estas leyes de suelo tienen un carácter prolijo y pretensiones de exhaustividad, encontrándonos en la actualidad en una auténtica segunda etapa de esta evolución normativa, marcada por la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, que motivó la eclosión en la producción de leyes autonómicas sobre suelo, caracterizada por la aprobación de reglamentos de las leyes autonómicas.

Nos encontramos ante el enésimo cambio en la normativa estatal reguladora del suelo. Esta mutabilidad del Derecho estatal aplicable a un sector económico tan relevante como el de la gestión del suelo, materia prima del sector inmobiliario, no puede ser considerada como positiva. La seguridad jurídica queda afectada por los sucesivos cambios de política de suelo que hemos sufrido en los últimos años, abocándonos a una aplicación permanente del Derecho transitorio, puesto que la normas aprobadas tienen tan poco recorrido vital que el Derecho transitorio se convierte en la clave del Derecho urbanístico. Y no parece que con la nueva Ley de Suelo estatal esta situación vaya a cambiar, habida cuenta que se anuncia la elaboración de un texto refundido, imaginamos que para integrar los artículos que quedan vigentes del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, labor de integración para la que se podría haber aprovechado la elaboración de la propia ley estatal.

En el presente artículo, huimos de un análisis exhaustivo de la nueva Ley de Suelo estatal, para centrarnos en el análisis de las cuestiones que en nuestra opinión resultan mas relevantes.

2 · Un nuevo enfoque de la regulación del suelo: los derechos y deberes de los derechos y deberes de los ciudadanos

La Ley de Suelo hace especial hincapié en justificar que pretende cambiar la orientación que hasta el momento mostraba la legislación urbanística estatal, basada en la regulación del derecho de propiedad, para ampliar la perspectiva a la relación de los ciudadanos con el suelo. Con acierto, la exposición de motivos de la Ley de Suelo afirma que, en el marco del urbanismo, el Estado no sólo es competente para regular las condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales en relación con el derecho de la propiedad, sino que también hay otros derechos afectados, tales como el de participación ciudadana en los asuntos públicos, el de libre empresa, el derecho a un medio ambiente adecuado y, sobre todo, el derecho a una vivienda digna y adecuada.

(*) Abogados del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid)