



RESEÑA DE NOVEDADES | GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO MERCANTIL

Febrero de 2013

LEGISLACIÓN

NORMATIVA COMUNITARIA

REGLAMENTO UE SOBRE LA PATENTE UNITARIA	3
PLAN DE ACCIÓN CE: DERECHO DE SOCIEDADES EUROPEO Y GOBIERNO CORPORATIVO	4

NORMATIVA INTERNA

LEVANTAMIENTO DE LA PROHIBICIÓN SOBRE VENTAS EN CORTO	6
GUÍA DE CNMV PARA LA VERIFICACIÓN DE PROGRAMAS DE PAGARÉS	6
MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE OPV/OPS, FOLLETOS Y TRANSPARENCIA	9
NUEVO REGLAMENTO DE FACTURACIÓN	9
CIRCULAR 4/2012 DE BANCO DE ESPAÑA	9

JURISPRUDENCIA¹

SSTS DE 8 Y 9 DE ENERO DE 2013, Nºs 811/2012 Y 797/2012: LOS CRÉDITOS DERIVADOS DE PERMUTAS DE TIPOS DE INTERÉS SON CONCURSALES	9
STS DE 26 DE DICIEMBRE DE 2012, Nº 781/2012: CONFLICTO DE INTERESES Y VOTO POR ADMINISTRADOR DE SU DISPENSA DE PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA	10
STS DE 7 DE DICIEMBRE DE 2012, Nº 723/2012: DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO DE MALA FE EN CASO DE RESCISIÓN	12

¹ Todas las sentencias del Tribunal Supremo que se citan en esta Reseña son de la Sala Primera, salvo que se indique otra cosa.

STS DE 9 DE OCTUBRE DE 2012, Nº 572/2012: PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS BASES DE DATOS. CASO "RYANAIR"	12
STS DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2012, Nº 539/2012: ACUMULACIÓN ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD Y ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES EN EL JUZGADO DE LO MERCANTIL	13
STS DE 2 DE JULIO DE 2012, Nº 413/2012: NULIDAD DE PRENDAS POR VULNERAR LA PROHIBICIÓN DE ASISTENCIA FINANCIERA	15
SAP DE MADRID (SECC. 28ª) DE 7 DE DICIEMBRE DE 2012, Nº 384/2012, Y SAP DE BARCELONA (SECC. 15ª) DE 4 DE OCTUBRE 2012, Nº 313/2012: CONCEPTO DE GRUPO EN LA LC	16
SAP DE MADRID (SECC. 28ª) DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2012, Nº 357/2012: EL FIRMANTE DE UN PACTO PARASOCIAL QUE IMPUGNA UN ACUERDO SOCIAL ADOPTADO CONFORME A AQUEL INCURRE EN ABUSO DE DERECHO	21
SAP DE BARCELONA (SECC. 15ª) DE 14 DE SEPTIEMBRE 2012, Nº 294/2012: PRESCRIPCIÓN DE RESPONSABILIDAD SOCIAL DE ADMINISTRADORES CON CARGO CADUCADO	22
RRDGRN DE 2 Y 3 DE ENERO DE 2013: PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO EN GARANTÍA DE DISTINTAS OBLIGACIONES	23
RDGRN DE 19 DE DICIEMBRE DE 2012: CLÁUSULA ESTATUTARIA EN SL DE ASISTENCIA A LA JUNTA Y DELEGACIÓN DE VOTO POR VIDEOCONFERENCIA	25
RDGRN DE 17 DE DICIEMBRE DE 2012: IMPOSIBILIDAD DE INSCRIBIR EL NOMBRAMIENTO DE LIQUIDADOR EN SOCIEDAD DECLARADA DISUELTA POR FINALIZACIÓN DEL CONCURSO SIN BIENES	26
RDGRN DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2012: VALORACIÓN DE LA APORTACIÓN NO DINERARIA A UNA SL DE BIENES INMUEBLES HIPOTECADOS	27
RRDGRN DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2012: MANTENIMIENTO DEL RANGO EN LAS NOVACIONES DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CON AMPLIACIÓN DEL PLAZO TRAS LA LEY 41/2007	29

LEGISLACIÓN

NORMATIVA COMUNITARIA

PATENTES: APROBACIÓN DEL REGLAMENTO SOBRE LA PATENTE UNITARIA Y DEL REGLAMENTO SOBRE LAS DISPOSICIONES APLICABLES EN MATERIA DE TRADUCCIÓN

El Reglamento nº 1257/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente ("[Reglamento 1257/2012](#)") y el Reglamento nº 1260/2012, de 17 de diciembre de 2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente en lo que atañe a las disposiciones sobre traducción ("[Reglamento 1260/2012](#)") entrarán en vigor el 1 de enero de 2014, aunque no serán aplicables en España ni en Italia.

Hasta la fecha, la protección de las invenciones se circunscribía a tres ámbitos: nacional, internacional (mediante el procedimiento de solicitud internacional que proporciona el Tratado de Cooperación en materia de patentes) y europeo (mediante la solicitud de una patente europea con validez en aquellos Estados, miembros de la Organización Europea de Patentes, designados por el solicitante).

En caso de solicitar una patente europea, todo el procedimiento desde la presentación de la solicitud hasta la concesión de la patente se sustancia ante la Oficina Europea de Patentes conforme a las normas del Convenio de la Patente Europea. Sin embargo, para que la patente europea, una vez concedida, tenga efectos en los Estados designados por el solicitante, este debe llevar a cabo el trámite de validación nacional en cada uno de ellos, con los gastos administrativos y de traducción que ello conlleva. Una vez realizado el trámite de convalidación, la patente europea se convierte en un haz de patentes nacionales, sometidas en cuanto a su validez y efectos, al derecho nacional correspondiente.

Frente a este sistema, la patente unitaria otorgará protección uniforme y desplegará efectos equivalentes en todos los Estados miembros de la Unión Europea, excepto en España e Italia, y coexistirá con el sistema actual de patentes nacionales y de patente europea. El interesado en obtener la protección unitaria deberá solicitar una patente europea ante la Oficina Europea de Patentes y, una vez concedida esta, podrá solicitar que la patente europea tenga efecto unitario en los 25 Estados miembros de la UE que participan en el Reglamento 1257/2012². Esta patente europea con efecto unitario solo podrá limitarse, transferirse, revocarse o extinguirse respecto de todos los Estados miembros que participan en el Reglamento.

Por otra parte, según lo dispuesto en el Reglamento 1260/2012, la solicitud de patente europea podrá ser presentada bien en cualquiera de las tres lenguas de procedimiento de

² El hecho de que España e Italia hayan quedado fuera del Reglamento de la patente unitaria no implica que un nacional italiano o español no pueda solicitar una patente europea con efecto unitario. La consecuencia de esta exclusión es únicamente que la patente europea con efecto unitario que sea titularidad de una persona física o jurídica de nacionalidad española o italiana solo podrá hacerla valer en los 25 Estados miembros de la UE restantes, pero no en España o en Italia. En estos dos Estados tendrá, en su caso, la titularidad de una patente nacional con origen en una patente europea.

la Oficina Europea de Patentes (alemán, inglés o francés), bien en cualquier otra lengua, siempre y cuando, en este último caso, la solicitud se acompañe de una traducción en una de estas tres lenguas oficiales de la Oficina Europea de Patentes. No obstante, el Reglamento prevé que la Oficina Europea de Patentes establezca un sistema de compensación para el reembolso, hasta un límite máximo, de todos los costes de traducción en que incurran los solicitantes que presenten su solicitud de patente en una de las lenguas oficiales de la Unión que no sea lengua oficial de la Oficina. Una vez concedida la patente europea, se publicará el folleto de patente en la lengua del procedimiento incluyendo una traducción de las reivindicaciones en las otras dos lenguas oficiales de la Oficina. Las peticiones de efecto unitario deberán presentarse en la lengua de procedimiento elegida por el solicitante para la tramitación de su patente europea.

El sistema de la patente con efecto unitario se completará con la creación de un sistema unificado de resolución de litigios en materia de patentes para las patentes europeas y las patentes europeas con efecto unitario. Para ello los Estados miembros participantes deberán ratificar el Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes, una vez que hayan aprobado el Texto consolidado presentado en Bruselas el 14 de noviembre de 2012.

PLAN DE ACCIÓN CE: DERECHO DE SOCIEDADES EUROPEO Y GOBIERNO CORPORATIVO

La Comisión Europea publica un plan de acción que resume las futuras iniciativas en los ámbitos de Derecho de sociedades y gobierno corporativo

El 12 de diciembre pasado la Comisión Europea publicó su plan de acción para modernizar el Derecho de sociedades y las disposiciones de gobierno corporativo en la UE con el objetivo de fomentar la participación de los accionistas, aumentar el nivel de transparencia entre las sociedades y sus accionistas, y simplificar las operaciones transfronterizas de las empresas europeas. Puede consultarse dicho plan en:

http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm

A continuación apuntamos aquellas iniciativas que nos parecen más interesantes para nuestra práctica. Es importante advertir que las disposiciones en materia de gobierno corporativo solo se aplicarán a las sociedades cotizadas de la UE mientras que la reforma del Derecho de sociedades afectará a todas las sociedades anónimas de la UE.

MODIFICACIÓN DE LA DIRECTIVA CONTABLE (2013)

Refuerzo de las obligaciones de información en relación con la política de diversidad del consejo y la gestión de riesgos. Con ello se pretende que las sociedades incrementen la diversidad de competencias y puntos de vista entre sus consejeros.

LEGISLACIÓN SOBRE MERCADO DE VALORES MOBILIARIOS (2013)

Mayor información sobre la identidad de los accionistas con el fin de que mejore el diálogo entre la sociedad y sus accionistas.

POSIBLE INICIATIVA NO LEGISLATIVA (2013)

Mejora de la calidad de las explicaciones que deben facilitar las sociedades cotizadas que se desvíen de las disposiciones del código de gobierno corporativo.

Posiblemente en el contexto de la Directiva sobre derechos de los accionistas (2013)

1. Divulgación de las políticas de votación e implicación de los accionistas y de los datos sobre votaciones por parte de los inversores institucionales.
2. Mejora de la transparencia de las políticas de remuneración y de la remuneración de los administradores. Concesión a los accionistas del derecho de voto sobre la política de remuneración.
3. Mejora del control de los accionistas sobre las transacciones con partes vinculadas.
4. Mejora de las normas aplicables a los asesores de voto (*proxy advisors*) en materia de transparencia y conflictos de intereses. En relación con esta materia, el pasado 18 de diciembre ESMA emitió su informe final tras su estudio de la situación de la industria de los *proxy advisors*. La principal conclusión del informe es que no debe regularse la actividad de estos asesores sino que se debe animar a la industria a que se autoregule.

ORIENTACIONES (2013)

En colaboración con ESMA y con las distintas autoridades nacionales, se pretende emitir unas pautas que permitan conocer a los accionistas cuándo pueden intercambiar información y cooperar entre sí. Actualmente, no existe certeza sobre los supuestos en los que dicha cooperación puede conllevar riesgos en materia de OPAs y transparencia.

ESTUDIO Y POSIBLE INICIATIVA (2013)

Normas sobre traslado transfronterizo del domicilio social.

POSIBLE MODIFICACIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE FUSIONES TRANSFRONTERIZAS (2013)

Revisión de la normativa sobre fusiones transfronterizas y regulación de la escisión transfronteriza.

INICIATIVA POR DETERMINAR (2014)

Mejora de la información disponible sobre grupos y reconocimiento del concepto de "interés de grupo".

Junto a estas iniciativas, el plan de acción prevé la refundición de las grandes directivas sobre Derecho de sociedades en un único instrumento con el fin de hacerlo más accesible y comprensible. Está previsto que en 2013 se presente la propuesta de esta nueva directiva.

NORMATIVA INTERNA

LEVANTAMIENTO DE LA PROHIBICIÓN SOBRE VENTAS EN CORTO

El pasado 31 de enero de 2012 CNMV decidió no prorrogar la prohibición sobre la realización de ventas en corto. En aplicación del Reglamento 236/2012/UE, las posiciones cortas netas significativas sobre acciones de sociedades cotizadas se deben notificar a la CNMV.

GUÍA DE CNMV PARA LA VERIFICACIÓN DE PROGRAMAS DE PAGARÉS

La CNMV ha publicado una guía, de carácter no normativo, con un doble objetivo (i) orientar las emisiones y admisiones a negociación de pagarés; y (ii) reforzar la protección al inversor minorista.

El pasado 15 de enero de 2013 CNMV ha publicado una guía para la verificación de programas de pagarés (la "**Guía**"). La Guía recoge una serie de pautas para los emisores en relación con la operativa del mercado de pagarés y trata de reforzar la protección de los inversores minoristas como destinatarios habituales de las ofertas públicas de pagarés. Destacan, entre otros, los siguientes aspectos:

CRITERIOS ORIENTADORES PARA LA EMISIÓN Y ADMISIÓN A NEGOCIACIÓN DE PAGARÉS

1. El Folleto de emisión

El Folleto contendrá la información fundamental sobre la emisión³. La Guía aclara que modelos de Folleto, que deberá verificarse siempre como Folleto de emisión, son aplicables a los programas de pagarés. Además, el Folleto de base deberá contener la información sobre el emisor, que podrá incorporarse por referencia a un Documento de registro previo. Los Folletos de base se completarán con las certificaciones complementarias referidas a cada emisión.

Para pagarés con vencimiento superior a 12 meses, el Folleto se ajustará: (i) al anexo V del Reglamento 809/2004⁴ cuando los pagarés tengan denominación individual inferior a 100.000 €; o (ii) al anexo XIII para aquellos con denominación individual igual o superior a 100.000 €. Si además los pagarés están garantizados, se deberá aportar un anexo VI del Reglamento 809/2004 con la información oportuna sobre las garantías. El garante deberá contar también con un Documento de registro en vigor.

³ Como mínimo, el Folleto incluirá: (i) una referencia al límite máximo de endeudamiento al que, en su caso, está sujeto el emisor que, en virtud del art. 405 LSC, no podrá ser superior al capital social desembolsado más las reservas que figuren en el último balance aprobado; (ii) una tabla de referencia con los distintos tipos de interés y plazos de devengo; (iii) el plazo máximo, de 15 años, para reclamar el reembolso del principal; (iv) los plazos máximos y mínimos de la emisión que no podrán exceder de 731 días o ser inferiores a 3 días, respectivamente; (v) los vencimientos, que el emisor deberá intentar concentrar en 4 al mes, excepto en emisiones con nominal inferior a 100.000 € dirigidas a minoristas, que serán de 1 al mes; y (vi) la imposibilidad de amortización anticipada.

⁴ Reglamento (CE) nº 809/2004 de la Comisión, de 29 de abril de 2004, relativo a la aplicación de la Directiva 2003/71/CE del Parlamento y del Consejo, en cuanto a la información contenida en los folletos así como el formato, incorporación por referencia, publicación de dichos folletos y difusión de publicidad.

Para los programas de pagarés con valor nominal unitario inferior a 100.000 € el Folleto contendrá también un Resumen. El Resumen deberá seguir el formato estandarizado⁵, no podrá contener referencias a otras partes del Folleto y estará redactado en un lenguaje claro y no técnico. Deberá recoger cualquier advertencia que hubiera formulado CNMV respecto de la emisión.

En el caso de que el emisor sea una entidad de crédito se incluirá, tanto en el Folleto como en el Resumen, la información necesaria para diferenciar los pagarés de los depósitos bancarios, advirtiendo expresamente de que los pagarés no están garantizados por el Fondo de Garantía de Depósitos.

Para los pagarés con vencimiento inferior a 12 meses, aunque fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2003/71/CE⁶, la CNMV recomienda también utilizar los modelos de los anexos V o XIII. Será posible usar el modelo Red 3 de la Circular 2/1999⁷ sin perjuicio de que los emisores deberán seguir el correspondiente modelo del Reglamento 809/2004 para preparar el Documento de registro oportuno.

No será necesario que el Folleto incluya la información relativa al emisor cuando se trate de emisiones de entidades de crédito y siempre que estas hayan depositado en la CNMV sus estados financieros auditados de los dos últimos ejercicios.

2. Requisitos adicionales para la emisión y admisión a negociación de los pagarés

Las condiciones de emisión y admisión serán diferentes en función del nominal con el que se emitan los pagarés:

- Los pagarés con nominal inferior a 100.000 € dirigidos a minoristas, deberán tener condiciones estandarizadas y los precios de emisión de los pagarés dentro de una misma oferta pública no podrán diferir. Deberán admitirse a negociación y se negociarán exclusivamente en la plataforma SEND.

El emisor deberá suscribir un contrato de liquidez. La Guía establece el contenido mínimo del contrato que deberá describirse en el Folleto⁸. La entidad de liquidez estará obligada a dar liquidez, como mínimo, hasta el 10% del importe de la emisión y deberán identificarse los supuestos en los que quedaría exonerada de sus obligaciones. En caso de resolución del contrato, la entidad de liquidez seguirá obligada bajo el contrato en tanto el emisor no haya encontrado otra entidad sustituta.

⁵ La Guía incluye información detallada sobre cómo elaborar el Resumen, la extensión, el orden de los apartados, etc. En todo caso se incluirá la información prevista en el anexo XXII del Reglamento 809/2004.

⁶ Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores.

⁷ Circular 2/1999, de 22 de abril, por la que se aprueban determinados modelos de folletos de utilización en emisiones u ofertas públicas de valores, vigente hasta el 17 de noviembre de 2005.

⁸ La Guía de CNMV especifica, por ejemplo: (i) los criterios para la formación de los precios de compra y venta (cuya diferencia no podrá exceder en un 10% en términos de TIR, con un máximo de 50 puntos básicos, ni del 1% en términos de precio); (ii) la previsión de circunstancias excepcionales en las que los precios podrían apartarse de los límites fijados; o (iii) los medios para la cotización de los precios, que no podrán ser exclusivamente telefónicos.

Cuando estos pagarés se emitan con vencimiento superior a 12 meses, el emisor deberá presentar un informe de experto independiente que determine que las condiciones de la emisión son equiparables a las que tendrían una emisión similar dirigida a inversores institucionales. Si la CNMV considera que las condiciones de la emisión son desfavorables incluirá una advertencia expresa en las condiciones finales.

- Los pagarés con nominal igual o superior a 100.000 € (o asimilados⁹) se podrán colocar en emisiones en las que las partes fijarán las condiciones de la emisión. No se requerirá la suscripción de un contrato de liquidez y estos pagarés podrán negociarse en AIAF. Los pagarés con nominal inferior a 100.000 € dirigidos a clientes profesionales participarán de un régimen similar aunque solamente podrán negociarse en la plataforma SEND.

ELEMENTOS DE PROTECCIÓN A LOS INVERSORES. INFORMACIÓN EXIGIBLE A LAS ENTIDADES COLOCADORAS Y DEPOSITARIAS

Al ser un producto de inversión dirigido, cada vez más, a minoristas, la CNMV ha considerado esencial reforzar la protección del inversor en la comercialización de estos productos. Además de las medidas para ampliar la transparencia (incluyendo la valoración de la emisión por un experto independiente) y garantizar la liquidez, la Guía incluye una serie de obligaciones de información que deben cumplir las entidades colocadoras y depositarias de pagarés.

Las entidades colocadoras deberán facilitar a sus clientes, con la suficiente antelación y por escrito (a través de un documento breve que podrá consistir en una ficha o tríptico), información suficiente sobre:

- las características de los valores y de la emisión;
- las diferencias entre los pagarés y los depósitos bancarios ordinarios, precisando que la inversión en pagarés no está garantizada por el Fondo de Garantía de Depósitos;
- cualquier advertencia que la CNMV hubiera realizado sobre la emisión;
- el valor de mercado o razonable del pagaré antes de cursar una orden, y si existiera, sobre el rango de precios ofrecido por la entidad de liquidez.

⁹ Aquellos dirigidos a inversores que adquieran pagarés de la misma emisión con un desembolso mínimo de 100.000 € por inversor.

ENLACES A LAS ÚLTIMAS NOTAS MONOGRÁFICAS DE NOVEDADES LEGISLATIVAS ELABORADAS EN EL DESPACHO: para acceder a las notas presione la tecla "control" y pinche en el título del documento

[MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE OPV/OPS, FOLLETOS Y TRANSPARENCIA](#)

[NUEVO REGLAMENTO DE FACTURACIÓN A PARTIR DE 1 DE ENERO DE 2013](#)

[NUEVA OBLIGACIÓN PARA PERSONAS FÍSICAS Y JURÍDICAS DE COMUNICAR SUS TRANSACCIONES ECONÓMICAS Y SALDOS DE ACTIVOS Y PASIVOS FINANCIEROS CON EL EXTERIOR](#)

JURISPRUDENCIA

SSTS DE 8 Y 9 DE ENERO DE 2013, N^{OS} 811/2012 Y 797/2012: LOS CRÉDITOS DERIVADOS DE PERMUTAS DE TIPOS DE INTERÉS SON CONCURSALES

El TS clarifica la calificación concursal de los contratos de permuta de tipos de interés y los califica como créditos concursales por no cumplir con el requisito del sinalagma funcional que se predica de las obligaciones recíprocas.

Las dos sentencias tienen su origen en los recursos planteados por Banco Santander ante las decisiones de la AP de Barcelona (secc. 15^a) en las que se afirmaba que (i) la operación de cobertura no cae dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto Ley 5/2005¹⁰ (el "RDL 5/2005") porque esta norma exige una pluralidad de operaciones financieras incluidas o afectadas por el acuerdo de compensación contractual, cosa que no sucede en los casos enjuiciados en los que existe una única operación financiera; y que (ii) no nos hallamos ante obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento¹¹. Como consecuencia de lo anterior, la AP calificó tanto los créditos correspondientes a la liquidación del trimestre que finalizó con posterioridad al concurso como los que se generaran por las liquidaciones de los trimestres aun no vencidos como concursales¹².

La entidad financiera en el desarrollo de su recurso sostiene que el propio contrato marco hace referencia al carácter recíproco de las obligaciones y que la interpretación dada por la AP quiebra las previsiones de los arts. 1195 Cc (compensación) y 5 y 16 del RDL 5/2005 (contenido de los acuerdos de compensación contractual y liquidación anticipada). Entiende, asimismo, que, por tratarse de obligaciones recíprocas, las prestaciones a las que esté obligado el concursado deben realizarse con cargo a la masa (art. 61.2 LC).

¹⁰ Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

¹¹ Aquí, son distintas las argumentaciones de la AP: en una de las sentencias entiende que no se aprecia la existencia de interdependencia funcional entre las obligaciones de las partes, lo que impide aplicar el art. 61.2 LC; en la otra, que dicho artículo no resulta aplicable porque se trata de un contrato aleatorio en el que la prestación depende de un hecho futuro e incierto.

¹² Contingente, en el supuesto considerado como contrato aleatorio.

El TS considera que el recurso no se han cuestionado los términos utilizados por los contratantes, lo que hace muy difícil argumentar la existencia de un posible error en la interpretación del contrato, ni se ha razonado por qué existe una infracción de las normas antes citadas, en particular, del RDL 5/2005. En su opinión, lo que debe ser objeto de debate es la naturaleza de las obligaciones que dimanen de este tipo de acuerdos, naturaleza que, en ningún caso, quedará vinculada por la denominación dada por las partes.

Así, recuerda que la jurisprudencia ha concretado qué debe entenderse por obligaciones recíprocas, ya que ni la LC, ni el Cc definen este término. Con cita de varias SSTs diferencia entre "sinalagma genético", por el que la prestación de cada una de las partes constituye para la otra causa de la propia (contravalor o contraprestación), y "sinalagma funcional", en el que ambas prestaciones están tan íntimamente enlazadas que deben cumplirse simultáneamente. Concluye que en los contratos objeto de litigio no existe reciprocidad funcional, ya que únicamente surgen obligaciones para una de las partes, de forma que -en palabras de la AP- "el intercambio de flujos forma parte de un mecanismo de cálculo de una única obligación para una de las partes" y "las prestaciones pendientes de cumplimiento para una de las partes no guardan relación causal con las que pudieran derivarse en el futuro para la otra".

A la vista de lo anterior, el TS desestima los recursos y confirma la calificación de crédito concursal dada por la AP.

STS DE 26 DE DICIEMBRE DE 2012, Nº 781/2012: CONFLICTO DE INTERESES Y VOTO POR ADMINISTRADOR DE SU DISPENSA DE PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA

La prohibición de voto respecto a un acuerdo de dispensa de competencia del art. 190 Ley de Sociedades de Capital ("LSC") aplica, tanto si el conflicto de intereses existe respecto del socio, como si existe respecto del representante del socio que ejerce, en concreto, el derecho de voto.

Los antecedentes de hecho de la sentencia que sirven para una mejor comprensión del caso son los siguientes: (i) Proyecto Alvargómez, S.L. (la "**Sociedad**") es una sociedad dedicada al sector inmobiliario, constituida por cinco sociedades-socias dedicadas, también, al mismo sector; (ii) en una junta general se nombran administradores mancomunados de la Sociedad a tres personas que, a su vez, son administradores de tres sociedades-socias; (iii) otras dos sociedades socias impugnan, entre otros, un acuerdo social por el que se autoriza a los administradores de la Sociedad para que puedan ejercitar, por cuenta propia o ajena, el mismo análogo o complementario género de actividad que constituye el objeto social de la Sociedad. El acuerdo es adoptado con el voto favorable de las tres sociedades-socias administradas por los administradores de la Sociedad afectados. El motivo de la impugnación es la prohibición de voto prevista en el art. 52.1 LSRL (hoy, art. 190 LSC), aplicable a los acuerdos de dispensa de competencia referidos a un administrador-socio.

El juzgado de primera instancia estima la demanda de impugnación al entender que las tres sociedades-socias se ven afectadas por un conflicto de intereses en la adopción del

acuerdo que dispensaba de competencia a los administradores de la Sociedad y, en consecuencia, deberían haberse abstenido de votar dicho acuerdo.

La AP de Madrid, por su parte¹³, entiende que las tres sociedades-socias no se ven afectadas por ningún conflicto de intereses que les impida votar en junta. En opinión de la Audiencia, no se puede identificar a las personas físicas de los administradores de la Sociedad a las que afecta el acuerdo, con las sociedades-socias a las que pertenece el derecho de voto y que, como tales, no están obligadas a abstenerse en la aprobación del acuerdo por más que en su respectivo capital o administración participen las personas físicas que ostentan la administración de la Sociedad. Además, la Audiencia señala que el comportamiento de las sociedades demandantes es contrario a la buena fe ya que, cuando se constituyó la Sociedad, "existía plena conciencia por parte de todas las sociedades partícipes de la demandada, incluidas las demandantes, de dedicarse a análogo o complementario género de actividad que la sociedad que estaban constituyendo por lo que no es de recibo cuestionar ahora indirectamente a través de los administradores esa prohibición de competencia que se había venido vulnerando consciente y voluntariamente por la totalidad de las partícipes desde la constitución de la sociedad".

El TS, sin embargo, casa la sentencia de la Audiencia y estima la impugnación del acuerdo adoptado en junta afirmando que los tres administradores deberían haberse abstenido en la votación que les afectaba. El TS comienza su razonamiento recordando la prohibición de competencia del actual art. 230 LSC (antes, art. 65.1 LSRL) y la prohibición de voto del socio-administrador cuando el acuerdo social en la junta general se refiere a la dispensa de la prohibición de competencia (art. 190 LSC; antes, art. 52.1 LSRL). A partir de ahí, el TS afirma que, aunque, en principio, para que se dé el conflicto de intereses que excluya el voto es necesario que el socio sea, a su vez, el administrador al que se dispensa de la prohibición de competencia, lo cierto es que "el deber de abstención es aplicable tanto si el conflicto de intereses existe respecto del socio como si existe respecto de la persona que ejercita en concreto el derecho de voto. Esta interpretación se extrae de la ratio de la norma (art. 190 LSC), que pretende evitar el conflicto con el interés social que se ocasiona cuando en la votación que acuerda la dispensa al administrador de la prohibición de competencia, interviene el propio administrador afectado, ya sea porque es el socio que ejercita directamente el voto, ya sea porque actúa como representante del socio. Lo relevante es que no puede intervenir en una votación sobre un asunto (su dispensa como administrador de la prohibición de competencia), quien detenta el interés extrasocial en conflicto con el interés social".

El TS estima, también, la demanda de cese de los administradores solicitada por las sociedades demandantes, al considerar que la destitución es automática ante la solicitud de cualquier socio por aplicación del art. 230.2 LSC. El iter de su argumentación es el siguiente: una vez estimada la impugnación del acuerdo de dispensa de competencia, deja de existir la autorización expresa que la ley exige para enervar la prohibición de competencia, lo que determina la apreciación de dicha prohibición de competencia "sin que pueda admitirse [...] una autorización tácita derivada del conocimiento que los socios tenían de la actividad desarrollada por los administradores".

¹³ SAP Madrid (Secc. 28ª) de 12.02.2010, nº 34/2010.

STS DE 7 DE DICIEMBRE DE 2012, Nº 723/2012: DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO DE MALA FE EN CASO DE RESCISIÓN

La apreciación de mala fe a efectos de subordinación del crédito de la contraparte a la restitución en caso de rescisión exige, además de conocer la situación de insolvencia o proximidad a la insolvencia del deudor, la concurrencia de un aspecto subjetivo (conciencia de que se afecta negativamente –perjuicio- a los demás acreedores) y de un aspecto objetivo (valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que esta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico).

El interés en reseñar esta sentencia reside en la doctrina del TS sobre el concepto de mala fe a los efectos de calificación como subordinado del crédito de la contraparte a la restitución con ocasión de la rescisión de un acto perjudicial para la masa activa.

El TS explica que, en caso de rescisión, el crédito de la contraparte a recibir la contraprestación entregada al deudor concursado al perfeccionar el negocio que se rescinde es un crédito contra la masa (art. 84.2.8º de la Ley Concursal -“LC”-) y debe ser abonado por la administración concursal simultáneamente a la reintegración de los bienes objeto del acto rescindido (art. 73.3 LC). Excepcionalmente, para el caso de que la contraparte hubiera actuado de mala fe, el crédito será concursal subordinado (arts. 73.3 y 92.6º LC). La mala fe va referida a la realización del negocio. El art. 73.3 LC cuando se refiere a la mala fe ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores. La mala fe está compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo requiere “la conciencia de que se afecta negativamente –perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos”, y “se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico”¹⁴.

Apreciada la mala fe, debe operar la sanción que supone la subordinación del crédito, sin que pueda mitigarse este efecto aplicándolo solo a una parte del crédito.

STS DE 9 DE OCTUBRE DE 2012, Nº 572/2012: PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS BASES DE DATOS. CASO “RYANAIR”

Esta sentencia analiza el concepto de base de datos y los requisitos para que una base de datos pueda gozar de protección mediante derecho de autor o bien pueda ser tutelada mediante el derecho sui generis previsto en la Ley de Propiedad Intelectual.

La compañía aérea RYANAIR LIMITED demandó a la agencia de viajes on line ATRAPALO S.L. por considerar que esta, al acceder a la página web de RYANAIR mediante una herramienta informática denominada “screen scraping”, que le permite introducirse en los patrones de búsqueda de RYANAIR y proyectar el resultado de la búsqueda solicitada

¹⁴ Cita a estos efectos las SSTS 16.9.2010 (nº 548/2010) y 27.10.2010 (662/2010).

por el cliente en la propia web de ATRAPALO, esta había (i) incumplido las condiciones y términos de uso de la página web de RYANAIR; (ii) vulnerado su derecho sui géneris sobre sus bases de datos; (iii) vulnerado sus derechos de propiedad intelectual sobre el software desarrollado para generar información sobre precios y vuelos; y (iv) cometido actos de competencia desleal.

En primera y en segunda instancia las pretensiones de RYANAIR fueron desestimadas. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo lo desestima, confirmando la argumentación de la sentencia de instancia, que concluyó que propiamente no existía base de datos en este caso, sino únicamente un programa de ordenador que permitía obtener la información solicitada, al generarla sobre parámetros previamente introducidos. En cualquier caso, se consideró que, aun admitiendo que se trataba de una base de datos, no cabía reconocerle originalidad en su estructura, pues la selección y disposición de contenidos no había sido fruto de una creación intelectual de su autor, sino que derivaba del programa de ordenador y la originalidad, en todo caso, solo podía predicarse del software.

Del mismo modo, la Audiencia Provincial aclaró que, aunque se hubiera admitido la existencia de una base de datos, tampoco procedía su tutela por vía del derecho sui géneris de los fabricantes de bases de datos. Y ello porque, a juicio del tribunal de instancia, no concurría el requisito de "inversión sustancial" exigido por el artículo 133 de la Ley de Propiedad Intelectual para conferir esta protección. Según este precepto, el derecho sui géneris sobre una base de datos protege la inversión sustancial, evaluada cualitativa y cuantitativamente, que realiza el fabricante ya sea de medios financieros, empleo de tiempo, esfuerzo, energía u otros de similar naturaleza para la obtención, verificación o presentación de su contenido. Sin embargo, en este caso, se consideró que RYANAIR no había llevado a cabo propiamente una recopilación de datos, sino que las inversiones que en su caso hubiera podido realizar habían sido dirigidas a la creación de un software que permitiera generar la información sobre la base de unos parámetros, esto es, la inversión se refería a la generación de la información, pero no a su recopilación y presentación, ya que el dato que se solicitaba y se suministraba al cliente no preexistía como tal en la base de datos.

STS DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2012, Nº 539/2012: ACUMULACIÓN ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD Y ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES EN EL JUZGADO DE LO MERCANTIL

El TS resuelve las dudas que han surgido desde la implantación de los juzgados de lo mercantil, con una interpretación que, asentada en el derecho a la tutela judicial efectiva, trasciende el tenor literal de la ley. Las acciones contra la sociedad, por incumplimiento de una obligación ante un acreedor, y contra sus administradores, para reclamarles el importe de la deuda por no promover la disolución, han de acumularse ante el juzgado de lo mercantil. En el caso concreto, sin embargo, estima que el pleito, iniciado antes de la creación de los juzgados de lo mercantil, fue correctamente tramitado ante los juzgados de primera instancia.

Un acreedor demandó a una sociedad, reclamando el importe de una deuda, antes de la creación de los juzgados de lo mercantil. Con posterioridad a dicha creación, sin embargo, amplió la demanda, para reclamar la deuda ante el administrador, fundada en el incumplimiento de sus deberes resolutorios, ante el mismo juzgado de primera instancia que estaba conociendo la primera.

La atribución de competencia objetiva a los juzgados de lo mercantil, “de todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas” (art. 86.ter Ley Orgánica del Poder Judicial –“LOPJ”-), ha dado lugar a criterios dispares en las Audiencias provinciales, entre los que destaca el consistente, sobre la base de la interpretación literal de las normas, en obligar al inicio de dos procedimientos, ante el juzgado de primera instancia (demanda de cumplimiento) y, posteriormente, ante el juzgado de lo mercantil (acción de responsabilidad). La posibilidad de acumulación parece estar vedada en la ley procesal.

El TS reconoce que las reglas legales de acumulación no amparan su pertinencia, puesto que el citado artículo 86.ter LOPJ contiene una norma de atribución objetiva de competencia, por lo que, en virtud del art. 73 Ley de Enjuiciamiento Civil –“LEC”-, no resulta posible la acumulación en uno de los juzgados.

Sin embargo, considera desproporcionada la carga derivada de la duplicidad de procesos, y contraria a la tutela judicial efectiva, por cuanto obliga a iniciar dos procesos distintos para obtener la misma pretensión de resarcimiento, especialmente en aquellos casos, muy frecuentes, en los que la situación económica de la sociedad impide la efectividad de una sentencia condenatoria. Se trata de una laguna legal y no de la voluntad de la ley.

Sobre la base de estas consideraciones, subraya que la norma sobre prohibición de acumulación de acciones incluye alguna excepción, como la previsión legal en contrario. Y, si bien aquí tal excepción no se formula, el TS concluye que existe un mandato implícito, asentado sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, de permitir la acumulación de acciones. La regulación de la responsabilidad de los administradores, en relación con la insolvencia de la sociedad y el impago por parte de esta, alientan esta solución.

Afirmada la posibilidad de la acumulación de acciones, están llamados a conocer de ambas los juzgados de lo mercantil, por ser la acción de responsabilidad la de carácter principal (criterio que se prefiere al de antigüedad o disposición por el demandante), en atención a la especialidad de estos órganos judiciales, la presencia en ambas acciones de una sociedad mercantil y la ausencia de indefensión de las partes, al tratarse, en definitiva, del mismo tipo de proceso.

La anterior doctrina, no obstante, no se aplica al caso enjuiciado, por ser la ley reguladora de los juzgados de lo mercantil posterior a la presentación de la demanda, aunque anterior al escrito de ampliación. El principio de *perpetuatio iurisdictionis* es el más respetuoso con la tutela judicial efectiva, ante la ausencia de normas de Derecho transitorio.

STS DE 2 DE JULIO DE 2012, Nº 413/2012: NULIDAD DE PRENDAS POR VULNERAR LA PROHIBICIÓN DE ASISTENCIA FINANCIERA

En aplicación del art. 6.3 Cc, se declaran nulas prendas sobre acciones otorgadas por una sociedad en garantía de préstamos para adquirir acciones de la propia sociedad porque vulneran la prohibición de asistencia financiera. No existe obligación de restitución porque la prenda fue concedida con carácter unilateral y gratuito.

La sindicatura de la quiebra de una sociedad anónima (la "S.A.") interpone demanda en la que suplica la declaración de nulidad de diversas prendas sobre acciones de que es titular la S.A., otorgadas por la S.A. a favor de una entidad de crédito, por vulnerar la prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias (art. 81.1 LSA –hoy, art. 150.1 LSC-). La finalidad de las prendas impugnadas era garantizar varios préstamos concedidos por la entidad de crédito a personas físicas y a una sociedad para la adquisición de acciones de la S.A.

La sentencia del juzgado de primera instancia nº 10 de Palma de Mallorca de 20.2.08 desestima la demanda. La sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, (secc. 5ª) de 31.7.09 declara la nulidad de la prenda al amparo del art. 81.1 LSA. La sindicatura de la quiebra y la entidad de crédito recurren. Resumimos lo más sustantivo de la argumentación de la entidad de crédito, que el TS rechaza:

1. La entidad de crédito alega que el art. 81.2 LSA establece una excepción a la prohibición de prestación de asistencia financiera al personal de la empresa. Ello incluiría personas no vinculadas laboralmente a la sociedad pero que le prestan servicios como trabajadores autónomos, secretarios del consejo de administración, letrados asesores, etc. Y alguno de los compradores de las acciones, sin estar en nómina de la S.A., o mantenía una relación de dependencia con ella, o cotizaba a la Seguridad Social bajo el régimen de autónomos.

El TS no acepta dicha argumentación. El TS, tras hacer un extenso análisis de la finalidad de la prohibición y de la evolución legislativa en la UE y en España, concluye que la operación debe calificarse de asistencia financiera prohibida porque la S.A. constituyó la prenda sobre acciones de las que era titular y la prenda tenía por finalidad garantizar préstamos concedidos por una entidad de crédito para la adquisición de acciones de la S.A. Asimismo, confirma el TS que la asistencia financiera discutida no se encontraba amparada por la excepción del art. 81.2 LSA, pues en ella no se incluye la financiación a quienes no se hallan vinculados por una relación laboral común del Estatuto de los Trabajadores, ni por una relación laboral especial del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que regula el especial de alta dirección "y, desde luego, en modo alguno puede comprender la asistencia a una sociedad capitalista, por mucho que sus directivos tuviesen vinculación con la sociedad".

2. La entidad de crédito recurrente alegaba que el art. 89 LSA (hoy, art. 157 LSC), establece una sanción de tipo administrativo¹⁵ y que el art. 6.3 Cc¹⁶ debe aplicarse

¹⁵ Conforme a dicho precepto, las infracciones de la prohibición legal de asistencia financiera son sancionables con multa por importe de hasta el valor nominal de las participaciones o acciones adquiridas por el tercero con asistencia financiera. Para la graduación de la multa se atenderá a la entidad de la infracción, así como a los

restrictivamente y con mucha cautela.

El TS señala que los actos que superan “los límites que a la libertad autonormativa señala el art. 1255 Cc” deben calificarse de nulos de pleno derecho, sin que la sanción administrativa a los administradores de las infractoras suponga un efecto distinto de la nulidad para el caso de contravención (lo cual, si se hubiera admitido, hubiera supuesto no aplicar la nulidad prevista en dicho art. 6.3 Cc)¹⁷.

3. Por último, la entidad de crédito alegaba que, conforme al art. 1303 Cc, la declaración de nulidad de una obligación, supone que los contratantes deban restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses.

El TS tampoco acepta este motivo pues, aunque reconoce que “nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos exige destruir sus consecuencias” y proceder a la restitución recíproca prevista en el art. 1303 Cc y ss., en este caso la prenda fue concedida con carácter unilateral y gratuito, luego “su nulidad no determina el nacimiento de ninguna obligación de restituir lo que no se recibió”.

SAP DE MADRID (SECC. 28ª) DE 7 DE DICIEMBRE DE 2012, Nº 384/2012, Y SAP DE BARCELONA (SECC. 15ª) DE 4 DE OCTUBRE DE 2012, Nº 313/2012: CONCEPTO DE GRUPO EN LA LC

En la SAP de Madrid (secc. 28ª) de 7 de diciembre de 2012 y la SAP de Barcelona (secc. 15ª) de 4 de octubre de 2012 se discutía la calificación concursal de un crédito que había sido calificado por la administración concursal como subordinado por entender que la sociedad acreedora pertenecía al mismo grupo de sociedades que la concursada. En ambos casos las Audiencias realizan un análisis del concepto de grupo a efectos concursales antes y después de la reforma de la Ley Concursal introducida por la Ley 38/2011. Recordemos que la LC antes de dicha reforma no definía qué debía entenderse por grupo de sociedades a efectos concursales. Tras la reforma, la D. Ad. 6ª LC se remite al concepto de grupo del art. 42 CCo. Llamamos la atención sobre las posiciones contrapuestas de ambas Audiencias en relación con el concepto de grupo antes de dicha reforma (ahora el criterio ha quedado unificado -grupo = art. 42 CCo-). La AP de Madrid señala que la evolución legislativa demuestra que, tanto antes como después de la reforma, el concepto de grupo de la LC era el previsto en el art. 42 CCo. Por su parte, la

perjuicios ocasionados a la sociedad, a sus socios y a terceros. Se reputarán como responsables de la infracción a los administradores de la sociedad infractora (y, en su caso, a los administradores de su sociedad dominante que hayan inducido a cometer la infracción). Se considerarán como administradores no solo a los miembros del consejo de administración, sino también a los directivos o personas con poder de representación de la sociedad infractora. Las infracciones y las sanciones prescribirán a los tres años.

¹⁶ “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención” (art. 6.3 Cc).

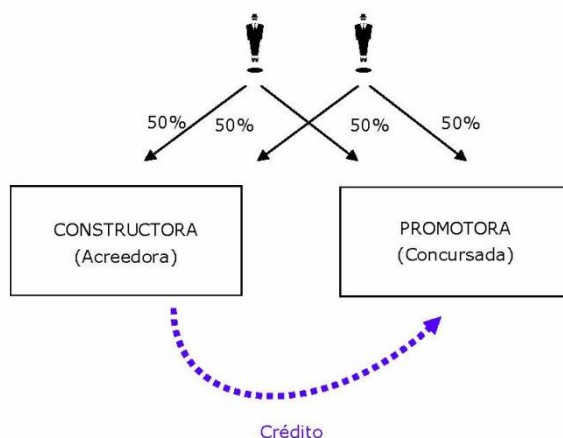
¹⁷ El TS cita en este sentido la STS 1.3.12 “bien que referida a un supuesto de adquisición por la sociedad limitada de sus propias participaciones”. En esta misma línea, véase la RDGRN 1.12.00 (BOE 24.1.12), según la cual “tal negocio de garantía [que se trataba de la constitución por una sociedad de responsabilidad limitada de hipoteca sobre un bien social en garantía del precio aplazado de la compraventa de participaciones de su propio capital realizada entre socios] es nulo por cuanto al contravenir una prohibición legal queda incurso en la sanción prevista para tales supuestos por el artículo 6.3 del Código Civil, la nulidad absoluta”.

AP de Barcelona indica que antes de la reforma había mantenido que el concepto de grupo debía delimitarse “en función del fundamento y finalidad de la norma, superando nociones legales establecidas a otros efectos (como los meramente contables) y que admitía, a los efectos de calificación de créditos, tanto los grupos verticales como los horizontales”, pero que este criterio debía ser revisado tras la entrada en vigor de la Ley 38/2011 que a todos los efectos se remite al concepto de grupo del art. 42 CCo.

- SAP DE MADRID (SECC. 28ª) DE 7 DE DICIEMBRE DE 2012, Nº 384/2012: INEXISTENCIA DE GRUPO CONCURSAL EN GRUPOS HORIZONTALES

Según la AP Madrid, tanto antes como después de la Ley 38/2011, el concepto de grupo a efectos concursales es el del art. 42 CCo, el cual no incluye (a) ni los grupos horizontales ni (b) los verticales sin sociedad dominante controlados por personas físicas. En el caso concreto, ninguna sociedad controla a la otra, luego la acreedora no es persona especialmente relacionada con la deudora ni debe subordinarse su crédito en el concurso de esta.

Una S.A. y una S.L., ambas en concurso, tienen los mismos socios, dos personas físicas, ambas titulares del 50% del capital y administradores de las dos sociedades. Las dos tienen objeto social inmobiliario; la S.L. opera como promotora y la S.A. como constructora. Las operaciones relevantes de cada sociedad están afianzadas solidariamente por la otra, y ambas comparten el mismo domicilio social. El esquema de relaciones entre ambas sociedades sería el siguiente:



En primera instancia, en el concurso de la S.L. se clasifica el crédito de la S.A. como subordinado, pues el administrador concursal de la S.L. considera que la S.A. es persona especialmente relacionada con la S.L. como consecuencia de integrar ambas entidades un grupo de sociedades (arts. 92.5º y 93.2.3º LC). La S.A. recurre la calificación de su crédito como subordinado. La AP de Madrid estima la demanda tras concluir que, a los efectos de la LC, las dos sociedades no integran un grupo de sociedades.

Según esta SAP, la LC, en su redacción original, no definía el grupo de sociedades. En el ámbito mercantil, se ha ido imponiendo como concepto de grupo el del art. 42 CCo. Así, el art. 4 LMV fue modificado por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, para remitirse al art. 42 CCo. El art. 18 LSC también se remite al art. 42 CCo. La aplicación del concepto de grupo del art. 42 CCo ha sido ratificada por la Ley 38/2011 que introduce la D. Ad. 6ª LC, la cual indica explícitamente que, a efectos de la LC, se entenderá por grupo de

sociedades lo dispuesto en el art. 42.1. CCo. La AP de Madrid interpreta que la evolución legislativa confirma que, tanto antes como después de la Ley 38/2011, el concepto de grupo a efectos concursales es el del art. 42 CCo.

El concepto de grupo del art. 42.1 CCo se centra en el control por una sociedad (dominante) de otra u otras sociedades (dominadas). No es un concepto muy amplio, pues quedan al margen (a) los grupos horizontales, paritarios o por coordinación, y (b) los verticales, jerarquizados o por subordinación, sin sociedad dominante en que una o varias personas físicas controlen a las dominadas.

En el supuesto examinado, la S.L. no es dominante ni dominada respecto de la S.A. Como no existe grupo del art. 42.1 CCo, la S.A. no es persona especialmente relacionada con la S.L. del art. 93.2.3º LC ni debe subordinarse su crédito en el concurso de esta. Además, el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores es regla general del concurso, y sus excepciones (positivas -créditos privilegiados- y negativas -créditos subordinados-) "han de ser muy contadas y siempre justificadas, resultando sintomático que, tras la reforma operada en la Ley Concursal por la Ley 38/2011, la nueva disposición adicional sexta se remita exclusivamente al apartado 1 del artículo 42 del Código de Comercio"¹⁸.

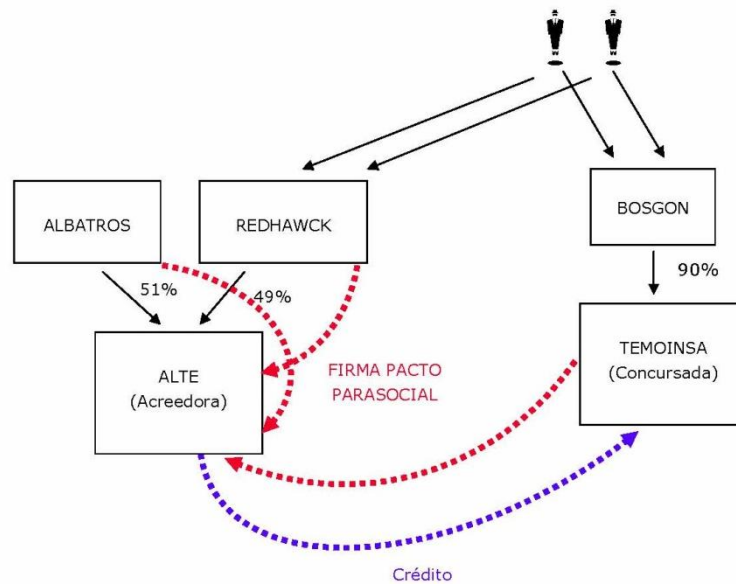
- SAP DE BARCELONA (SECC. 15ª) DE 4 DE OCTUBRE DE 2012, Nº 313/2012: INEXISTENCIA DE GRUPO CONCURSAL EN SUPUESTOS DE DIRECCIÓN PARITARIA

Antes de la Ley 38/2011, la LC no proporcionaba un concepto de grupo y la subordinación de créditos de personas especialmente relacionadas del art. 93.2.3º LC aplicaba tanto a sociedades del mismo grupo vertical como horizontal. Con la D. Ad. 6ª LC (aplicable a concursos en tramitación a 1.1.12), a efectos de la LC se entenderá por grupo de sociedades el grupo vertical del art. 42.1 CCo. En este caso no procede subordinar el crédito porque no existe grupo (ni vertical ni horizontal) pues dos empresas independientes gestionan una sociedad común en régimen de paridad.

Alte Transportation, S.L. ("ALTE") comunica su crédito en el concurso de Técnicas Modulares e Industriales, S.A. ("Temoinsa"). El crédito se clasifica como subordinado conforme al art. 93.2.3º LC razonando que ALTE forma parte del mismo grupo que Temoinsa. En apelación, la AP de Barcelona estima el recurso y acepta la clasificación que defendía ALTE¹⁹, porque entiende que no existe grupo. Gráficamente el esquema de relaciones entre las sociedades sería el siguiente:

¹⁸ La SAP también critica que "la administración concursal apelada analiza el supuesto de hecho desde la perspectiva del artículo 42 del Código de Comercio en su redacción dada por la Ley 62/2003 de 30 diciembre 2003, prescindiendo de su modificación por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que entró en vigor el 1 de enero de 2008 y, en consecuencia, con anterioridad a la declaración de concurso de la entidad deudora". En este sentido, recordemos que el art. 42.1 CCo (en la redacción dada por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, en vigor desde el 01.01.08) no establece, a diferencia de su redacción anterior, que existe "grupo cuando una o varias sociedades constituyan una unidad de decisión" sino que dispone que existirá "grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras". En consecuencia, el grupo del art. 42 CCo (en particular, a efectos de la obligación de consolidar) depende de la existencia de "control", no de la "unidad de decisión" (de esta forma, ha desaparecido de derecho español la obligación de consolidar los llamados "grupos horizontales").

¹⁹ ALTE consideraba que su crédito debía ser clasificado como ordinario en un 75% y el 25% restante con el privilegio general que reconocía el art. 91.6 LC (en la redacción anterior a la reforma de la LC por la Ley 38/2011) por su condición de instante del concurso.



Los siguientes datos son relevantes a efectos de determinar la existencia o no de grupo:

1. Dos hermanos ("los hermanos") controlan (indirectamente) Temoinsa.
2. ALTE se constituye el 18.10.07 por dos sociedades: "Albatros", titular del 51% del capital e independiente de los hermanos; y "Redhawck", titular del 49%, pertenece a los hermanos. Según los estatutos de ALTE: (a) el consejo de administración tiene cuatro consejeros, dos de clase A y dos de clase B, y se precisa mayoría reforzada de tres consejeros para la adopción de decisiones relevantes; y (b) en junta se exige el voto del 75% de las participaciones para acuerdos de importancia, entre ellos, modificar el régimen de administración indicado.
3. Al constituir ALTE, se suscribe un pacto parasocial que los hermanos firmaron en representación de Redhawck y de Temoinsa.
 - 3.1. Según los expositivos del pacto (a) Albatros y Temoinsa son líderes mundiales en campos complementarios del equipamiento de trenes y que, para desarrollar una actividad conjunta ofreciendo productos de calidad a precios competitivos, Albatros y Redhawck constituyen ALTE al 51/49%, y (b) "las partes convienen en establecer que todas las obligaciones que para los socios deriven del presente contrato, serán también asumidas y/o respetadas por sus participadas o compañías de su grupo, en la medida y/o en aquello que les afecte por la naturaleza y finalidad pretendida por las partes; en este sentido, las obligaciones asumidas por Redhawck quedarán también asumidas por Temoinsa, según se halla representada".
 - 3.2. Entre otras cláusulas del pacto, (a) se prevé que ALTE "deberá, de un lado, ofrecer oportunidades de negocio a las empresas «madres» Albatros y Temoinsa en las respectivas líneas principales de negocio de éstas", (b) se describen las respectivas "principales líneas de negocio, siempre dentro del sector ferroviario, de las empresas «madres»", (c) se enumeran las sociedades en las que participan las empresas «madres», y (d) se indica que en todo momento que ALTE "actuará con total transparencia respecto de sus empre-

sas «madres», “de forma que éstas puedan ejercer el control de la gestión, técnico y económico”.

4. El 30.7.09 se escritura un aumento de capital de ALTE por virtud del cual Albatros pasa a ostentar el 79,72% de su capital y Redhawck el 20,28%.
5. El concurso necesario de Temoinsa fue declarado por auto de 15.1.10.

La sentencia del juzgado mercantil nº 2 de Barcelona de 15.12.10 considera que la noción de grupo se asienta sobre la existencia de una unidad de decisión o de dirección, que puede resultar de la subordinación de una sociedad a otra (vinculación jerárquica - grupo vertical) o de vínculos de coordinación en régimen de paridad (grupo horizontal), sin que en el ámbito de clasificación de créditos concursales sea determinante el concepto de grupo del art. 42 CCo. Con esta concepción, y los anteriores datos, aprecia que Temoinsa ejerce un control efectivo sobre ALTE y existe una dirección única, pues ALTE no puede adoptar ninguna decisión o acuerdo relevante sin el consentimiento de los hermanos (que controlan y gobiernan a Temoinsa).

Por su parte, ALTE defiende la aplicación del concepto de grupo del art. 42 CCo (según redacción dada por la Ley 16/2007²⁰), basado en el control de una sociedad sobre otra por virtud de una relación de dominio o dependencia y que no existe control de Temoinsa sobre ALTE. Pone de manifiesto que, al tiempo de ser declarado el concurso de Temoinsa (15.1.10), Albatros tenía el 79,72% del capital de ALTE, mayoría suficiente para ejercer el poder de decisión y dirección; y argumenta que no cabe apreciar la existencia de grupo entre Temoinsa y ALTE, esta última controlada simultáneamente por dos sociedades distintas (solo una sociedad dominante puede ostentar el control), y que el derecho de veto no constituye un derecho de control ni unidad de decisión.

La AP de Barcelona realiza un extenso análisis de la evolución de los distintos conceptos de grupo en nuestro ordenamiento. Así, señala que es común la concepción doctrinal del grupo de sociedades con base en el criterio de “unidad de decisión” o de dirección unitaria que puede surgir, bien de una relación de jerarquía o subordinación de una sociedad a otra que por medio de vínculos societarios tuviere el poder de decisión en los órganos de gobierno (grupos verticales o jerárquicos), “bien de otros vínculos, distintos del control o dominio, tendentes a establecer una unidad económica funcional, con un sustrato de unidad de decisión, conformando una unidad de dirección a través de los órganos de administración” (“grupos horizontales o por coordinación, no estructurados sobre varias sociedades sometidas a dependencia jerárquica, sino sobre la base de una relación de paridad entre las diversas sociedades que se coordinan”).

Con anterioridad a la Ley 16/2007, varias normas proporcionaban un concepto de grupo basado en el criterio de unidad de decisión. No obstante, tras la reforma del art. 42 CCo por la Ley 16/2007 “se redefine el concepto de grupo a efectos de consolidación de cuentas, sustituyendo el criterio de la unidad de decisión por el de control societario”. Tras dicha reforma, otras leyes adoptaron el mismo criterio remitiéndose al art. 42 CCo: entre ellas, la LC, tras su reforma por la Ley 38/2011, que introduce la D. Ad. 6ª LC

²⁰ Véase nota 16 anterior.

según la cual a los efectos de la LC se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el art. 42.1 CCo.

La AP señala haber mantenido con anterioridad a la reforma operada por dicha Ley 38/2011, que el concepto de grupo a efectos de clasificación de créditos admite los grupos verticales y también los horizontales, pero este criterio debe ser revisado tras la entrada en vigor de la D. Ad. 6ª LC.

Por motivos de derecho transitorio, la AP considera que en este supuesto no es de aplicación la D. Ad. 6ª LC, pero que, en cualquier caso, la decisión del litigio sería la misma, ya que considera que no existe grupo de ningún tipo. Así, estima que Temoinsa y ALTE no constituyen una unidad de decisión. Temoinsa (a través de Redhawck) participa en ALTE como una de las dos empresas "madre" y se vincula con su firma al pacto parasocial. Conforme a este y los estatutos, dos empresas o grupos empresariales autónomos, el de Albatros y el de Temoinsa, constituyen una sociedad común (ALTE), participada al 51/49%, con un sistema de control y administración paritario que, en la toma de decisiones relevantes, no otorga el predominio de un socio, o de un bloque de administradores, sobre el otro. El régimen de mayorías reforzadas de junta y consejo conduce a apreciar un poder compartido de decisión entre los dos grupos, de tal modo que uno condiciona, limita y veta el del otro. Podría darse incluso un bloqueo de consejo y junta. La facultad de veto es recíproca e impide que Temoinsa imponga sus decisiones en ALTE sin el concurso del otro grupo. En definitiva, no se dan las condiciones para que Temoinsa ejerza el control de ALTE y tampoco para la constitución, entre ambas, de una unidad de dirección, sino que cabe apreciar que las dos empresas "madre" independientes se atribuyen poderes de decisión para gestionar una sociedad común en un régimen de dirección paritaria intrasocietaria.

SAP DE MADRID (SECC. 28ª) DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2012, Nº 357/2012: EL FIRMANTE DE UN PACTO PARASOCIAL QUE IMPUGNA UN ACUERDO SOCIAL ADOPTADO CONFORME A AQUEL INCURRE EN ABUSO DE DERECHO

La secc. 28ª de la AP de Madrid considera no aplicable la regla de la inoponibilidad de pactos parasociales, cuando quien impugna un acuerdo social es quien incumplió el pacto parasocial, amparándose en la cláusula estatutaria.

Los dos socios de una SL alcanzan un pacto parasocial, en virtud del que se reducen las mayorías reforzadas previstas en los estatutos. Uno de ellos, sin embargo, impugna los acuerdos sociales adoptados, sobre la base de la formal violación de la correspondiente cláusula estatutaria²¹, que se reformaba en uno de los acuerdos impugnados, precisamente, para adaptarla al pacto de socios.

La AP entiende que no resulta aplicable, en este caso, la jurisprudencia hoy dominante sobre la inoponibilidad de acuerdos parasociales, que impide fundar en la violación de estos la impugnación de los acuerdos sociales, no obstante la participación de todos los socios en el pacto parasocial. En este caso, inverso, la conducta del socio que incumple

²¹ Los estatutos sociales establecían una mayoría para la adopción de acuerdos en junta superior a la del pacto.

el pacto, y se ampara en la formalidad estatutaria, es contrario a la buena fe, y no puede ser amparada por el ordenamiento.

SAP DE BARCELONA (SECC. 15ª) DE 14 DE SEPTIEMBRE 2012, Nº 294/2012:
PRESCRIPCIÓN DE RESPONSABILIDAD SOCIAL DE ADMINISTRADORES CON CARGO
CADUCADO

La caducidad del cargo de administrador se produce ope legis, sin necesidad de que acceda al Registro Mercantil ningún documento que lo constate. En estos casos, a diferencia del cese o la separación, el inicio del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad contra el administrador comienza desde el momento en que deba considerarse caducado el cargo.

El interés de esta sentencia está en señalar las especialidades de la caducidad en relación con el cese o con la separación del cargo de administrador. En línea con otras sentencias anteriores, la Audiencia confirma que la caducidad del nombramiento se produce *ope legis* y no requiere ningún documento que la constate. Se trata de un hecho público que dimana de los asientos del Registro Mercantil y, como tal, es oponible a tercero²².

En relación al cómputo del plazo de prescripción de la responsabilidad de administradores de cuatro años que establece el art. 949 CCo, la Audiencia afirma que, en los casos en los que la duración del cargo está predeterminado legalmente, el inicio del cómputo debe contarse desde el momento en que deba considerarse caducado el cargo, que será “cuando vencido el plazo, se haya celebrado la junta general siguiente o hubiese transcurrido el término legal para la celebración de la junta que deba resolver sobre la aprobación de cuentas del ejercicio anterior” (art. 222 LSC).

En el caso enjuiciado, ha quedado acreditado que los administradores de la sociedad demandada fueron nombrados en junta general de 26 de junio de 1992 por un plazo de cinco años, de ahí que, siguiendo el actual art. 222 LSC (antes, art. 126 LSA²³), la Audiencia afirme que los cargos caducaron el 30 de junio de 1997 y, a tenor del art. 949 CCo, cualquier acción de responsabilidad prescribiría el día 30 de junio de 2001. Dado que la acción de responsabilidad se interpuso el 28 de abril de 2010, la Audiencia la desestima por prescripción.

²² En concreto, la Audiencia afirma que “llegado el *dies ad quem* sin necesidad de pronunciamiento de la junta general, el nombramiento deja de surtir efectos *ex lege*, produciéndose la decadencia del cargo orgánico y con él la ruptura del vínculo entre el titular del órgano de administración y la sociedad”.

²³ Aunque en 1997 el art. 126 LSA no regulaba este supuesto. Estaba previsto en la LSRL en su art. 60.2, y en la S.A. se aplicaba el art. 145.1 RRM.

RRDGRN DE 2 Y 3 DE ENERO DE 2013: PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO EN GARANTÍA DE DISTINTAS OBLIGACIONES

La DGRN excluye del ámbito de aplicación del art. 153 bis de la Ley Hipotecaria a las prendas sin desplazamiento y rechaza la inscripción de esta garantía porque las relaciones jurídicas de las que se derivan las obligaciones futuras garantizadas tienen regímenes jurídicos distintos con distintas fechas de constitución y vencimiento y distintos acreedores financieros.

Los supuestos de hecho de las dos resoluciones son muy similares: la misma sociedad cooperativa suscribe dos pólizas de préstamo y una póliza de crédito con dos entidades financieras distintas. Los tres contratos son garantizados, en un caso, por un fiador solidario respecto de los dos préstamos y, en otro, por varios fiadores solidarios respecto de los tres contratos. A su vez, la sociedad otorga dos prendas sin desplazamiento ("PSD") sobre determinados lotes de productos alimenticios en favor de los respectivos fiadores. Ambas se constituyen en la modalidad de prenda en garantía de deuda futura, a favor individualmente de cada fiador respecto de determinadas partidas de bienes, hasta un máximo de 100.000 euros en cada caso y por un plazo máximo de dos años.

Comienzan ambos textos considerando la posibilidad de que exista un supuesto de autocontratación puesto que uno de los fiadores otorga la escritura de prenda en nombre de la sociedad. La DGRN pone de manifiesto que, según la jurisprudencia, la doctrina científica mayoritaria y su propio criterio, el representante solo puede autocontratar válida y eficazmente cuando esté autorizado para ello por su principal o cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio quede manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato. Así sucede en el caso objeto de debate, en el que la posible autocontratación (que la DGRN no aprecia²⁴) queda salvada por acuerdo adoptado por la asamblea general de la cooperativa en el que se aprobaba garantizar de manera individualizada las obligaciones que a favor de los socios fiadores pudieran surgir como consecuencia de las pólizas de financiación.

Por lo que se refiere a las garantías en sí, son varias las cuestiones de interés que aborda la DGRN; a saber:

- (i) ¿Es posible que el plazo de duración de la PSD sea inferior al de las deudas garantizadas? A este respecto, considera la DGRN que la autonomía de la voluntad permite la constitución de derechos reales por un plazo determinado, de forma que únicamente durante su vigencia podrá ser ejercitada la acción real ligada al derecho, quedando totalmente extinguida la garantía una vez vencido dicho plazo. En el caso concreto, no cabe duda de que el plazo de dos años se refiere al plazo de vigencia de la garantía.
- (ii) ¿Se admite la inscripción de una hipoteca -prenda- que garantiza un crédito

²⁴ Para la DGRN el compareciente no incurre en situación de conflicto de intereses ni en figura asimilable a la autocontratación porque actúa exclusivamente como representante de la sociedad cooperativa, en calidad de presidente del consejo rector, sin actuar simultáneamente en concepto de acreedor de las futuras obligaciones garantizadas, por lo que no compromete con su actuación sus intereses patrimoniales y aquellos de la entidad a la que representa.

inexistente a la fecha de constitución? En este punto, la DGRN recuerda que la hipoteca en garantía de obligación futura está regulada en la Ley Hipotecaria (art. 142) como hipoteca propiamente dicha, y no como una simple reserva de rango, conclusión que considera aplicable al derecho real de PSD, tanto por la analogía existente entre ambos supuestos, como por la aplicación supletoria de la Ley Hipotecaria prevista en la disposición adicional tercera de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento²⁵. La inscripción de estas garantías será posible siempre que el crédito garantizado provenga de una relación jurídica existente entre las partes al tiempo de la constitución de la garantía. Así sucede en el supuesto de hecho, en el que las obligaciones futuras que se pretender garantizar surgen del desenvolvimiento propio de las fianzas que ya fueron formalizadas por los beneficiarios de la prenda.

- (iii) ¿Puede una misma obligación estar garantizada simultáneamente por diversos derechos de prenda en su totalidad? Aquí la resolución acude a los arts. 119 y 216 de la Ley Hipotecaria y 246 del Reglamento Hipotecario para recordar que en nuestro derecho están proscritas las hipotecas solidarias, lo que conlleva también el repudio legal a la solidaridad en el ámbito de las garantías prendarias por las razones de analogía y supletoriedad legal antes mencionadas. Es, por tanto, preciso que, en tales supuestos, se determine la parte del crédito de que responda cada uno de los bienes. Sin embargo, en el supuesto de hecho, la obligación garantizada no es única, sino que son tantas como cofiadores existen dada la naturaleza solidaria de las fianzas pactadas, de forma que los acreedores podrán reclamar el pago íntegro de la prestación a cualquiera de los deudores. En consecuencia, siendo distintas las obligaciones garantizadas, no resulta aplicable la exigencia de distribución de la responsabilidad que impone el art. 119 de la Ley Hipotecaria para los casos en que se graven varias fincas (o lotes de bienes, en este caso).
- (iv) ¿Puede un solo derecho de prenda garantizar varias obligaciones futuras sin un nexo causal común? Al hilo de esta cuestión, recuerda la DGRN que el principio de especialidad exige la determinación exacta de la naturaleza y extensión del derecho que se inscriba, lo que, en el caso de la hipoteca, requiere, como regla general, que se expresen circunstanciadamente las obligaciones garantizadas (causa, cantidad, intereses, plazo de vencimiento, etc.). Reconoce, no obstante, que existen excepciones a este principio que no debe ser entendido como un axioma absoluto, sino que ha de interpretarse con criterio lógico, sistemático y finalista.

De un lado, nos encontramos con el art. 153 bis de la Ley Hipotecaria que da amparo legal a las denominadas hipotecas globales, siempre que los acreedores sean Administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social o entidades financieras y que se especifiquen en la escritura de constitución la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas, la cantidad máxima de que responde la finca, el plazo de duración de la hipoteca y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado. Esta excepción no resulta aplicable al caso porque

²⁵ Ley, de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión.

las personas a cuyo favor se constituye la garantía son personas físicas y, además, porque el carácter especial del art. 153 bis de la Ley Hipotecaria no permite la analogía con el derecho de prenda²⁶.

De otra parte, la DGRN admite la constitución de una única hipoteca -también PSD- como cobertura de distintas obligaciones cuando estas tienen conexión causal entre sí o relación de dependencia recíproca de unas respecto de otras. Siendo así, los principios de especialidad y de accesoriedad no se verán afectados, siempre que: (i) las distintas obligaciones estén determinadas en sus aspectos definidores, (ii) la garantía (hipoteca, PSD) quede enlazada con esas distintas obligaciones y supeditada a estas en su nacimiento, vigencia y exigibilidad, y (iii) las obligaciones garantizadas estén sometidas a un mismo régimen jurídico y tengan un mismo título para conseguir su efectividad hipotecaria -prendaria-. En el caso enjuiciado no se dan estas condiciones puesto que no existe un único acto o contrato básico del que puedan surgir las futuras obligaciones, sino que las relaciones jurídicas existentes de las que podrán derivarse las obligaciones futuras garantizadas son los afianzamientos pactados en dos pólizas de préstamo y una de crédito, por tanto con distintos regímenes jurídicos propios de las diferentes modalidades contractuales pactadas, distintas fechas de constitución y de vencimiento, y distintos acreedores financieros.

RDGRN DE 19 DE DICIEMBRE DE 2012: CLÁUSULA ESTATUTARIA EN SL DE ASISTENCIA A LA JUNTA Y DELEGACIÓN DEL VOTO POR VIDEOCONFERENCIA

Son inscribibles las cláusulas estatutarias en una SL de asistencia a la junta y delegación de voto por videoconferencia siempre que el medio utilizado garantice la identificación de los socios y, en caso de delegación, quede constancia en algún medio o soporte grabado.

En este caso se debatía si era posible inscribir cláusulas estatutarias en una SL relativas a la celebración de la junta general mediante videoconferencia u otro medio de comunicación a distancia, así como la delegación de voto por los mismos medios. El Registrador Mercantil denegó la inscripción con el argumento de que la LSC reserva esta posibilidad exclusivamente a los estatutos sociales de sociedades anónimas (arts. 179 y ss LSC). La DGRN concluye que sí son válidas dichas cláusulas estatutarias para las SLs si se cumplen determinadas cautelas.

²⁶ La DGRN parecía haber admitido esta posibilidad en su Instrucción de 12 de mayo de 2012 "sobre los problemas interpretativos que plantea la inscripción en un registro público a que se refiere el inciso final del artículo 90.1.6º de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal". En este documento señalaba que "en la práctica, no es inhabitual constituir garantías «globales» - llamadas «ómnibus» o, equivocadamente, «flotantes» - a favor del banco con el que se relaciona el empresario o deudor y con el fin de asegurar todo tipo de deudas y saldos deudores que resulten de las relaciones jurídicas, cualquiera que sea la causa, que se establezcan por el deudor con dicha entidad de crédito. Bastará, como se dice ahora en la Ley Hipotecaria, que se especifique en el título de constitución una «descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas (cfr. art. 153 bis LH)", matizando, más adelante, que "en cuanto a la descripción de los créditos empeñados a los efectos de lo previsto en el art. 57.1º LHMypSD y 29 del Reglamento, no debe llevarse el «principio de especialidad» o de «determinación hipotecaria/registrar» al extremo de exigir un mayor grado de determinabilidad en relación con los créditos futuros contemplados que la que se precisa para la determinación de las obligaciones garantizadas con hipoteca de máximo. O sea: que bastará una descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivarse en el futuro los créditos empeñados (cfr. art. 153 bis LHMypSD por analogía)".

En relación con la asistencia a la junta por videoconferencia o análogo medio, la DGRN argumenta que es cierto que los arts. 182 y 189 LSC se refieren únicamente a los estatutos de SAs, pero ello no puede llevar a concluir que la LSC prohíba a las SLs el empleo de medios de comunicación telemáticos para la asistencia y voto en la junta general. Apunta que las SLs se caracterizan por ser sociedades capitalistas, fundamentalmente cerradas, donde el juego del principio de la autonomía de la voluntad es más amplio que en las anónimas. Ello debe ser tenido en cuenta, en tanto no perjudique a los acreedores, ni a los principios configuradores del tipo social, para permitir la iniciativa privada. En consecuencia, fijada una ubicación física para la celebración de la junta que permita la asistencia personal a los socios, la posibilidad de asistir, además, por videoconferencia o medios telemáticos ha de ser admitida siempre que se asegure que los asistentes remotos tienen noticia en tiempo real de lo que ocurre y en la medida en que los socios puedan intervenir. Lo mismo cabe decir respecto del ejercicio del derecho de voto en los términos del art. 189 LSC²⁷. En conclusión, debe entenderse válida la cláusula estatutaria que posibilite la asistencia a la junta por medios telemáticos, incluida la videoconferencia, siempre que garanticen debidamente la identidad del sujeto, expresándose en la convocatoria los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los socios que permitan el ordenado desarrollo de la junta. A tal efecto, los administradores deben determinar que las intervenciones y propuestas de acuerdos de quienes tengan intención de intervenir por medios telemáticos, se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de constitución de la junta (véase art. 182 LSC).

En relación con la posibilidad de utilizar la videoconferencia o medio análogo para delegar el voto, la DGRN establece que la expresión contenida en el art. 183 LSC de que en las SLs “la representación deberá conferirse por escrito” no excluye otras formas de constancia y prueba de que la representación ha sido otorgada, como pueden ser los medios telemáticos o incluso audiovisuales, siempre que quede constancia en soporte grabado para su ulterior prueba.

RDGRN DE 17 DE DICIEMBRE DE 2012: IMPOSIBILIDAD DE INSCRIBIR EL NOMBRAMIENTO DE LIQUIDADOR EN SOCIEDAD DECLARADA DISUELTA POR FINALIZACIÓN DEL CONCURSO SIN BIENES

Se rechaza la inscripción del nombramiento de liquidador acordado por la junta general ante la aparición de un activo sobrevenido de una sociedad cuya hoja registral había sido cerrada por el juzgado de lo mercantil ante la conclusión del concurso por inexistencia de bienes.

La DGRN se cuestiona si es posible inscribir el acuerdo de nombramiento de liquidador de una sociedad cuya hoja registral fue cerrada por auto del Juez de lo Mercantil que decretó la conclusión del concurso de acreedores de la sociedad por inexistencia de

²⁷ En este sentido, el art. 189.2 establece “De conformidad con lo que se disponga en los estatutos, el voto de las propuestas sobre puntos comprendidos en el orden del día de cualquier clase de junta general podrá delegarse o ejercitarse por el accionista mediante correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia, siempre que se garantice debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto.”

bienes²⁸.

Considera este órgano que la cancelación de asientos en el folio de una sociedad no implica *per se* la extinción de la compañía. Es una operación de mecánica registral que no puede obstaculizar la inscripción de asientos posteriores que se deriven de la subsistencia de la personalidad jurídica. Recuerda que para el TS la personalidad jurídica no concluye con las formalidades de la liquidación, sino cuando se agotan todas las relaciones jurídicas de la sociedad²⁹.

A continuación la DGRN asimila el supuesto de hecho con aquellos casos en los que se hace necesario continuar con la actividad liquidatoria en el ámbito interno de la sociedad al ponerse de manifiesto la existencia de activos sobrevenidos. Sin embargo, en el caso enjuiciado, puesto que la sociedad se declara extinguida tras la finalización del concurso por inexistencia de activos, esto es, en el ámbito concursal, las operaciones de liquidación deberán ser retomadas por el juzgado que conocía del concurso. Entiende que la aparición de activos sobrevenidos producirá el efecto de reanudar el procedimiento ante el mismo juzgado y en la misma fase liquidatoria en que se encontraba, siendo necesaria la declaración en tal sentido por el juez competente, y que dicha liquidación se llevará a cabo por la administración concursal. En consecuencia, desestima el recurso planteado y confirma la nota del registrador que había negado la inscripción.

RDGRN DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2012: VALORACIÓN DE LA APORTACIÓN NO DINERARIA A SL DE INMUEBLES HIPOTECADOS

En sede de constitución o ampliación de capital social, caben aportaciones de fincas hipotecadas con asunción del préstamo o crédito hipotecario por parte de la sociedad. La asunción de la deuda debe tenerse en cuenta para la valoración de la aportación realizada por parte de los socios, quienes pueden aplicar los criterios valorativos que consideren conveniente con un margen de discrecionalidad.

El supuesto examinado en el recurso es el siguiente: se constituye una SL, cuyo capital social y prima de asunción es desembolsado, en parte, mediante la aportación de dos fincas hipotecadas. La aportación de las fincas se realiza sin deducir de su valoración el importe de las deudas garantizadas con las correspondientes hipotecas. No obstante lo anterior, en la misma escritura de constitución, y tras la asunción de las participaciones sociales con el correspondiente desembolso del capital social, se formaliza un acuerdo

²⁸ Existen diversas posiciones jurisprudenciales en relación con el art. 176 bis LC, apartado cuarto, que permite al Juez concluir el concurso en el mismo auto en que lo declara si resulta evidente que el patrimonio del concursado no será suficiente para satisfacer los créditos contra la masa y si no se prevé el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros. Así, mientras algunos Juzgados de lo Mercantil aplican dicho precepto con todas sus consecuencias y declaran en sus autos la conclusión del concurso y la extinción de la persona jurídica, otros interpretan de forma integradora esta norma y, aunque declaran la terminación del concurso por falta de bienes, no extinguen la sociedad concursada, sino que remiten a sus órganos sociales a fin de que sean estos los que la disuelvan, liquiden y extingan conforme a la normativa de las sociedades de capital.

²⁹ Véanse las SSTS de 27.12.11 y 25.7.12. También se pronuncian en este sentido la SAP de Barcelona (secc. 15ª) 9.2.12, nº 47/2012, y la RDGRN 3.3.12.

por el que la sociedad en formación asume las deudas garantizadas con las hipotecas³⁰. El Registrador Mercantil deniega la inscripción por considerar que el importe de la prima de asunción consignado en la escritura de constitución debe ser menor por tener que deducirse de la valoración de las fincas el importe de las deudas garantizadas con hipoteca pendientes de amortizar.

La DGRN recuerda en esta resolución que, en cumplimiento del principio de realidad del capital social, no cabe emitir participaciones sociales que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad³¹. Ello es debido a que las aportaciones no solo se realizan en interés de la sociedad (para integrar su propio patrimonio) sino también en interés de los acreedores (que tienen su garantía en la cifra de capital social de la sociedad). Las cautelas legalmente previstas respecto de las aportaciones no dinerarias están especialmente encaminadas a evitar prestaciones ficticias o valoradas en exceso, estando sujetas las aportaciones no dinerarias imputables a la prima de asunción a las mismas reglas de realidad que las que se inscriben dentro de la cuenta de capital social.

La aportación de una finca hipotecada a una SL o, en general, a una sociedad de capital puede instrumentarse de distintas formas, según convenga a los intereses de las partes: aportaciones sin asunción del préstamo o crédito hipotecario y aportaciones con asunción por la sociedad del préstamo o crédito hipotecario (en este último caso, con mera asunción interna de la deuda o con asunción de la deuda y subrogación de la sociedad con consentimiento del acreedor y consiguiente liberación del socio aportante).

Si se aporta la finca hipotecada sin asunción de la deuda por la sociedad, para la valoración de la aportación no solo deberá tenerse en cuenta el valor intrínseco de la finca sino también la eventualidad de una posible futura responsabilidad hipotecaria de la sociedad por deuda ajena (del socio) por impago del préstamo o crédito. En este sentido, desde la perspectiva societaria, los interesados pueden optar: (i) por fijar un “descuento” respecto del valor intrínseco de la finca para cubrir la “eventual responsabilidad por deuda ajena”; o (ii) no realizar ningún tipo de “descuento” por estimarse el impago como improbable por ser el socio deudor manifiestamente solvente y la satisfacción de la deuda altamente probable.

Como alternativa a lo anterior, puede aportarse la finca como un “negocio mixto” de transmisión de un activo y de un pasivo (se transmite la finca y, a su vez, la sociedad asume el compromiso de hacer frente al pago de la deuda)³². Si hay asunción de deuda por la sociedad, haya o no liberación de responsabilidad del socio aportante frente al

³⁰ En concreto, se establece que la sociedad en formación asume frente a la entidad acreedora el saldo vivo de los préstamos o créditos garantizados por las hipotecas que afectan a los inmuebles, quedando liberada la sociedad aportante cuando consienta la entidad acreedora. Asimismo, se expresa que la asunción de deuda se realiza en concepto de “préstamo”, de manera que el socio aportante reconoce adeudar a la sociedad en formación el importe de dicha deuda, para satisfacerla en las condiciones que se determinen.

³¹ La RDGRN cita el art. 59.1 LSC conforme al cual: “será nula la creación de participaciones sociales (...) que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad”.

³² Según esta RDGRN, no hay inconveniente en que cuando se aportan determinados bienes puedan asumirse junto con los elementos del activo ciertas deudas de los socios aportantes con terceros siempre que tales deudas conformen un negocio, establecimiento, rama de actividad o unidad económica o se trate de deudas vinculadas a los bienes aportados como ocurre en las aportaciones de fincas hipotecadas.

acreedor³³, la valoración de lo aportado será necesariamente menor que en los casos en los que la sociedad no la asuma. Ahora bien, el Registro Mercantil no puede reprochar a las partes el acierto de la valoración contenida en la escritura ni rechazar el valor fijado por los socios. Los socios pueden aplicar los criterios valorativos que consideren conveniente con un margen de discrecionalidad. Dichos criterios valorativos, a efectos estrictamente societarios, no están regulados en normas imperativas como sí lo están, por ejemplo, a efectos fiscales, catastrales o de tasación hipotecaria. A pesar de existir el riesgo de sobrevaloración de lo aportado en perjuicio de los acreedores, riesgo que es mayor en sede de SLs que en sede de SAs por no la no exigencia legal de intervención de experto independiente, en las SLs los socios presentes y futuros y administradores responden frente a los acreedores sociales del valor atribuido a las aportaciones³⁴.

Concluye la DGRN que no cabe presumir en el caso concreto que haya existido una sobredotación de la prima de asunción que comprometa la realidad de la aportación o que necesariamente la sociedad deba valorar la aportación con descuento del saldo vivo del préstamo, pero desestima el recurso (y suspende por tanto la inscripción) por considerar que en el supuesto examinado existen contradicciones y falta de claridad sobre si la sociedad asume o no la obligación garantizada.

RRDGRN DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2012: MANTENIMIENTO DEL RANGO EN LAS NOVACIONES DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CON AMPLIACIÓN DEL PLAZO TRAS LA LEY 41/2007

La DGRN interpreta el art. 4.3 de la Ley 2/1994 y entiende que las novaciones de préstamos hipotecarios en las que se aumente el plazo previsto inicialmente conservarán su rango en cuanto a la hipoteca inicial y quedarán postergadas en cuanto al aumento de plazo si no se ha obtenido el consentimiento de los titulares de derechos inscritos con posterioridad.

La DGRN se plantea en ambas resoluciones si la novación de un préstamo hipotecario consistente en la ampliación del plazo de vencimiento, sin modificación de la responsabilidad hipotecaria, requiere o no el consentimiento del titular de un embargo anotado antes de la novación para conservar el rango de la hipoteca.

Para resolver la cuestión, la DGRN interpreta la redacción que la Ley 41/2007³⁵ dio al art. 4.3 de la Ley 2/1994³⁶, conforme al cual "las modificaciones previstas en los apartados anteriores –ampliación o reducción de capital, alteración del plazo, modificación del tipo de interés, variación del sistema de amortización y de cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo y prestación o modificación de garantías personales- no

³³ La RDGRN establece que para inscribir la escritura en el Registro Mercantil, no es necesario que conste el consentimiento del acreedor hipotecario y cita, en apoyo de su argumentación, las RRDGRN de 17.11.89 y 03.04.1991.

³⁴ Véase arts. 73 y siguientes LSC.

³⁵ Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

³⁶ Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios.

supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. En estos casos necesitará aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa vigente, para mantener el rango. En ambos supuestos, se hará constar en el Registro mediante nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa. En ningún caso será posible hacerlos cuando conste registralmente petición de información sobre cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores”.

En primer lugar, la DGRN aclara que la literalidad del precepto y la aplicación de las reglas gramaticales de nuestra lengua (conjunción disyuntiva, complemento circunstancial) dan a entender que el artículo se está refiriendo a dos supuestos diferenciados: de un lado, al incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria y, de otro, a la ampliación del plazo del préstamo.

A continuación, las resoluciones relacionan la expresión “por este incremento o ampliación” con la referencia a “la alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita”. Y así concluyen que se alterará el rango de la hipoteca inscrita únicamente en cuanto al incremento de la cifra de responsabilidad o en cuanto a la ampliación del plazo, según sea el caso, sin afectar, por tanto, a la hipoteca inicialmente inscrita.

Una vez delimitados los dos supuestos anteriores, la DGRN se plantea qué debe entenderse por “titulares de derechos inscritos con rango posterior”: si comprende únicamente a los titulares de derechos inscritos o si se extiende también a los de derechos anotados en la hoja registral. A este respecto, la DGRN vuelve a diferenciar los dos escenarios contemplados por el precepto. Así, respecto de los casos de incremento de la responsabilidad hipotecaria entiende que el consentimiento requerido será el de los titulares de derechos inscritos y anotados. Así lo confirma el inciso último del artículo cuando se refiere a la petición de información en ejecución de cargas posteriores, petición que el art. 657 LEC prevé respeto de los juicios de ejecución de embargos.

En cambio, cuando se trate de ampliaciones del plazo del préstamo, el mantenimiento del rango de la hipoteca respecto de la ampliación sólo requerirá el consentimiento de los titulares de derechos inscritos, y no de los anotados, ya que a estos últimos la ampliación “ni les afecta, ni les perjudica”. Recuerda que los titulares de derechos inscritos lo son de derechos reales de constitución voluntaria que se contratan partiendo de los datos o elementos que ya figuran en el Registro, entre los cuales figura el plazo de vencimiento del préstamo. La ampliación de tal plazo supondrá una merma en la expectativa de mejorar el rango de los titulares de derechos inscritos con posterioridad, que verán retrasado el momento en que, pagado el préstamo y extinguida la hipoteca originaria, su garantía pasaría a ocupar la posición de la garantía extinguida.

Sin embargo, las anotaciones de embargo son de constitución forzosa, garantías provisionales y de carácter procesal vinculadas a un determinado procedimiento, a cuyo efecto la ampliación del plazo de la hipoteca preferente produce la facilitación del procedimiento de ejecución de embargo posterior, ya que si se ejecutase la hipoteca anterior por haber sido pagado el préstamo llegada su fecha de vencimiento, se desvanecería la posibilidad de ejecutar el embargo.

En el supuesto de hecho, al tratarse de una ampliación de plazo y de la anotación de un embargo, la falta de consentimiento de la TGSS (titular del embargo) no produce la alteración o pérdida del rango inicial del derecho real de hipoteca.

© 2013 CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA. Todos los derechos reservados.

Este documento es una recopilación de información jurídica elaborado por Cuatrecasas, Gonçalves Pereira. La información o comentarios que se incluyen en el mismo no constituyen asesoramiento jurídico alguno.

Los derechos de propiedad intelectual sobre este documento son titularidad de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira. Queda prohibida la reproducción en cualquier medio, la distribución, la cesión y cualquier otro tipo de utilización de este documento, ya sea en su totalidad, ya sea en forma extractada, sin la previa autorización de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira.
