



Novedades Mercantil



Newsletter nº 103 – 1^{er} trimestre de 2019

8 de abril de 2019

Índice

SOCIEDADES

Novedades en materia de contabilidad de las operaciones societarias
Seguro de responsabilidad de administradores (D&O)
Responsabilidad de administradores: no procedencia de acción individual
Válida constitución de un consejo de tres con dos de sus miembros
Validez y oponibilidad de pactos parasociales
Derecho de información de socios
Cuestiones sobre el derecho de separación por no reparto de dividendos (art. 348 bis LSC)
Peculiaridades de la fusión inversa

INMOBILIARIO

Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario
Novedades en vivienda y alquiler: Real Decreto-ley 7/2019
Adquisición *a non domino* vía dación en pago *ex art.* 34 LH
Inaplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*
Equivalencia de poderes extranjeros

MERCADO DE VALORES

ICOs y criptoactivos
Comisión de Nombramientos y Retribuciones
Plan de actividades CNMV para el 2019
Nuevo Reglamento de Folletos
Abuso de mercado
Entidades sin ánimo de lucro

PROPIEDAD INTELECTUAL

Ley 1/2019, de Secretos Empresariales

INVERSIONES EXTRANJERAS

Nuevo marco europeo para el control de las inversiones extranjeras directas



SOCIEDADES

Novedades en materia de contabilidad de las operaciones societarias

La Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019, sobre criterios de presentación de instrumentos financieros y aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital, aborda la contabilidad de sociedades por primera vez en el ordenamiento español de forma sistemática y con la voluntad de tratar la materia de forma completa. La Resolución será de aplicación, con carácter general, a todas las sociedades de capital en la elaboración de sus cuentas individuales a partir del 1 de enero de 2020, aunque permite su aplicación retrospectiva.

A través del siguiente enlace puede acceder a nuestro *legal flash* sobre esta norma:

[Novedades en materia de contabilidad de las operaciones societarias](#)

Seguro de responsabilidad de administradores (D&O)

La exclusión en las condiciones generales de la cobertura del seguro de la responsabilidad por el impago de deudas tributarias debe considerarse una “*cláusula limitativa de derechos*” que requiere para su validez la aceptación por escrito del tomador del seguro. En otro caso, se tendrá por no puesta. Lo mantiene la STS de 29 de enero de 2019, nº 58/2019 (ECLI: ES:TS: 2019: 162).

El objeto del litigio se centra en determinar si la exclusión de la responsabilidad subsidiaria por deudas tributarias predispuesta como una de las condiciones generales del contrato de seguro de responsabilidad civil de administradores (D&O) es una “*cláusula delimitadora del riesgo*” o es una “*cláusula limitativa*”.

El TS explica la distinción entre ambos tipos de cláusulas: “*las primeras concretan el objeto del contrato y fijan los riesgos que, en caso de producirse, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación por constituir el objeto del seguro. Mientras que las cláusulas limitativas restringen, condicionan o modifican el derecho del asegurado a la indemnización o a la prestación garantizada en el contrato, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido*”. Las cláusulas limitativas deben estar destacadas de un modo especial y ser expresamente aceptadas por escrito (art. 3 LCS).

El TS reconoce que, aunque en el plano teórico la distinción es clara, en la práctica, no lo es tanto. Destaca que “*hay cláusulas que por delimitar de forma sorprendente el riesgo se asimilan a las limitativas de derechos*”. Y eso es precisamente lo que entiende en el caso enjuiciado. El seguro concertado es de responsabilidad de los administradores en el ejercicio de su cargo. El contenido natural de esta responsabilidad no solo incluye la responsabilidad civil regulada en la LSC sino la prevista en la normativa administrativa, incluida la Ley General Tributaria. En la previsión de quien contrata un seguro de este tipo, lo natural es entender que también esté incluida la cobertura de este riesgo. Su exclusión en el apartado de condiciones generales debe considerarse sorpresiva y, por ello, limitativa de los derechos. Dado que no hubo una aceptación expresa por el tomador del seguro, la exclusión de su cobertura debe considerarse por no puesta.

Responsabilidad de administradores: no procedencia de acción individual

En la STS de 29 de enero de 2019, nº 60/2019 (ECLI: ES: TS: 2019:223) el TS se ocupa de analizar la procedencia de una acción individual de responsabilidad contra los administradores en un supuesto en el que la sociedad no prestó el aval establecido en la Ley 57/1968, de Ordenación de la Edificación, para asegurar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio de una compraventa.



En la sentencia se nos recuerda que la doctrina jurisprudencial sobre el tema es que el cumplimiento de esta norma sectorial de *ius cogens* se impone como deber de diligencia de los administradores y, en tanto se conecta con el adecuado ejercicio de sus funciones, les es directamente imputable (SSTS de 23 de mayo de 2014, nº 242/2014 - ECLI: ES:TS:2014:2037- y 3 de marzo de 2016, nº 131/2016 - ECLI: ES:TS:2016:959).

También se nos recuerda que, de acuerdo con esta jurisprudencia, la procedencia de una acción individual de responsabilidad contra el administrador no debe ligarse al incumplimiento contractual de la obligación de la entrega del correspondiente aval por la sociedad sino al incumplimiento de los deberes de diligencia del administrador.

Pues bien, sin juzgar propiamente el cumplimiento de la entrega del aval por la sociedad, el TS entiende que, en el supuesto de hecho, concurren una serie de circunstancias que impiden apreciar un quebrantamiento de los deberes de diligencia por parte del administrador (que no se desentendió de su obligación legal), lo que le lleva a negar la existencia de un ilícito orgánico, declarando la improcedencia de la acción individual de responsabilidad contra él.

Válida constitución de un consejo de tres con dos de sus miembros

La STS del 16 de enero de 2019, nº 24/2019 (ECLI:ES:TS:2019:58) interpreta que un consejo de administración en el que uno de sus tres miembros había dimitido previamente puede quedar válidamente constituido con dos miembros, los cuales tendrían competencia plena para convocar la junta general y para fijar el orden del día.

Al respecto, el TS interpreta que la “*mayoría de los vocales*” para la válida constitución del consejo a los que alude el art. 247.2 LSC se refiere al número previsto en los estatutos o determinado en el

acuerdo de nombramiento ex art. 242 LSC. Además, invocando la RDGRN de 14 de marzo de 2016 (reseñada en nuestro Novedades de mayo de 2016), el TS argumenta que (i) el art. 171 LSC confiere a cualquiera de los administradores que permanecen en el cargo facultad de convocar la junta general en caso de muerte o de cese del administrador único, de todos los solidarios, de alguno de los mancomunados o de “*muerte o de cese de la mayoría de los miembros del consejo de administración*”, (ii) luego en el resto de casos el consejo puede constituirse válidamente, con lo cual (iii) un consejo deficitario queda paralizado por el cese de la mayoría de sus vocales, pero un consejo mayoritario puede seguir en funcionamiento. A lo anterior, el TS añade que, según el art. 141 RRM, para quedar válidamente constituido un consejo de administración basta que acepten su nombramiento la mayoría de sus componentes.

Validez y oponibilidad de pactos parasociales

La SAP Barcelona (secc. 15ª) de 12 de febrero del 2019, nº 229/2019 (ECLI:ES: APB: 2019:1970) se ocupa de un pacto parasocial, de contenido eminentemente organizativo, en el que se establecen las mayorías de bloqueo necesarias para la constitución de la junta y para la adopción de los acuerdos más trascendentales. El pacto parasocial es firmado por todos los socios. Posteriormente un socio causa baja en la sociedad. Durante años, todas las juntas celebradas con posterioridad al pacto, antes y después de la baja del socio, se celebran con carácter universal y sus acuerdos se adoptan por unanimidad.

La unanimidad se quiebra en una junta celebrada años después de la baja del socio, siendo la primera junta que no tiene la condición de universal al no acudir todos los socios. El pleito trae causa de la impugnación de esta junta.

Dos son las cuestiones fundamentales que se plantean en la sentencia: (i) la vigencia del pacto parasocial por haberse modificado la composición de la sociedad con la salida de uno de los socios y (ii)



el alcance del pacto parasocial en la determinación del interés social.

En contra del criterio del Juzgado Mercantil, la Audiencia Provincial declara que el acuerdo de socios firmado originalmente por los cuatro socios continuaba en vigor en el momento en que se celebró la junta impugnada. El pacto había venido funcionando antes y después de la baja de uno de los socios *“y así las nuevas juntas se celebran con carácter universal y se adoptan los acuerdos por unanimidad”*. La Audiencia entiende que el pacto no debe considerarse resuelto por la modificación de la composición de la sociedad, sobre todo en un supuesto en el que únicamente sale un socio continuando los otros tres, que ven incrementado su porcentaje en el cómputo total de las participaciones de la sociedad.

En cuanto al alcance del pacto, la Audiencia parte, con carácter general, de su inoponibilidad frente a la sociedad (*ex art. 29 LSC*), si bien, en línea con lo que señala un sector de la doctrina, considera que en los casos en los que el pacto esté suscrito por todos los socios, el pacto resulta oponible a la sociedad en tanto que la sociedad deja de ser un tercero ajeno e independiente al pacto. Desarrollando esta idea, afirma que, cuando existe una coincidencia subjetiva entre los firmantes del pacto y de los estatutos sociales, es posible considerar que el acuerdo social que contravenga un pacto parasocial sea impugnado por contrariedad al interés social.

Trasladados estos criterios al caso enjuiciado, la Audiencia considera que se trataba de un acuerdo social que afectaba a todos los socios que firmaron originalmente el pacto y que seguía en vigor en la fecha de la junta impugnada porque todos los socios de la compañía seguían siendo parte en el pacto parasocial. Considera que este pacto sirve para definir el interés de la sociedad (básicamente las reglas de los firmantes del pacto, que exigían consensos muy amplios para la adopción de acuerdos estratégicos). Así las cosas, dado que la constitución de la junta y la adopción de los acuerdos impugnados no respetaban las reglas del

pacto parasocial, anula la junta en cuestión por no haber alcanzado el *quorum* de constitución.

La sentencia contiene un voto particular de dos de los magistrados de la Sala. Opinan que los pactos no se encontraban vigentes cuando se convocó la junta impugnada. Y ello por dos razones. La primera tiene que ver con la naturaleza jurídica del pacto parasocial, que consideran una sociedad civil. La salida de un socio de la sociedad debe determinar la extinción de los acuerdos parasociales y aplicarse por analogía el régimen previsto para la muerte de un socio (*art. 1700.3 Cc*). Es cierto que los pactos podrían mantenerse vigentes pero eso exigiría un pacto entre los restantes socios (*ex art. 1704 Cc*), acuerdo que no consta en el caso enjuiciado. Además, la redistribución del capital tras la salida del socio que causa baja es incompatible con el acuerdo parasocial, lo que implica su extinción (*art. 1204 Cc*). Nótese que el pacto original establecía unas mayorías de bloqueo y, tras la redistribución del capital, los porcentajes del pacto se traducen en la necesidad de la presencia de todos y de la unanimidad para la adopción de los acuerdos. Por lo demás, los socios adoptan en una junta posterior a la baja del socio un acuerdo (el nombramiento de un administrador único) que es contrario al pacto parasocial (que preveía un consejo de administración), lo que indica que los socios no se sentían vinculados por aquél.

En cuanto a la eficacia del pacto parasocial afirman que, incluso aunque se considerara vigente, el pacto no resulta oponible a la sociedad. Admiten que, en determinadas circunstancias, puede admitirse la impugnación de un acuerdo contrario a un pacto parasocial por haberse adoptado en contra del *“interés social”*, pero entienden que esto no sucede en el caso enjuiciado. Si el interés social se identifica con el interés de los socios o con el de la mayoría (en este caso, dos de los tres socios que representan un 66% frente al 33% que representa el socio impugnante), no puede hablarse de contrariedad al interés social.



Derecho de información de socios

La SAP Barcelona (secc. 15ª) de 4 de enero de 2019, nº 9/2019 (ECLI: ES: APB:2019:380) resuelve una impugnación de acuerdos sociales por infracción del derecho de información después de la reforma del art. 204 LSC operada por la Ley 31/2014. La Audiencia señala que *“la nueva regulación ha dejado muy claro que, como regla general, el socio no puede impugnar los acuerdos sociales por infracción de su derecho de información”*. Solo puede hacerlo cuando la información incorrecta o no facilitada sea esencial para su derecho de voto.

En el caso enjuiciado, el actor alega que no se le ha dado el detalle de los salarios y retribuciones percibidas por administradores y socios si bien la memoria se proporcionaba la cifra total. La Audiencia no alcanza a comprender por qué el detalle de la información puede afectar al voto cuando el socio conoce las cifras globales. Igual ocurre con la solicitud de declaraciones fiscales de la compañía. Las cuentas estaban auditadas, por lo que resulta difícil entender por qué esa verificación puede ayudar en el voto.

La única omisión que podría fundar *a priori* la impugnación es la relativa a la memoria. El actor recibió un ejemplar mutilado de la memoria días antes de la celebración de la junta, pero en ese momento no advirtió a la sociedad que faltaban unas páginas que, por error, no se habían remitido. En la junta se le entregó copia del informe de auditoría, que incluía las cuentas completas, en la que pudo conocer el detalle. La Audiencia declara que, ni el actor fue diligente en el ejercicio de su derecho de información antes de la junta al no advertir a la sociedad de su error en el envío, ni la información omitida era definitivamente relevante para el voto. Prueba de ello es que, una vez entregada esa información (en el informe de auditoría), el actor no hizo alusión alguna a esa información. La Audiencia concluye que el actor no actuó de buena fe en el ejercicio de su derecho y que el detalle de la información omitida no es relevante para ayudar a conformar el voto.

Cuestiones sobre el derecho de separación por no reparto de dividendos (art. 348 bis LSC)

La SAP Madrid (secc. 28ª), de 30 de noviembre de 2018, nº 642/2018 se refiere a dos temas que se discuten con frecuencia.

Por una parte, cuando un socio ejercita su derecho de separación por falta de reparto de dividendos ex art. 348 bis LSC, solicita al Registro Mercantil el nombramiento de experto que valore sus participaciones ex art. 353 LSC, y la sociedad se opone alegando que no se dan los requisitos legales para separarse, se cuestiona si el Registro Mercantil debe nombrarlo o esperar a que los tribunales se pronuncien sobre la existencia o no del derecho.

La sentencia entiende que sí debe nombrarlo. El nombramiento se regula en el art. 363 RRM, que remite a los arts. 351 y ss. RRM y, aunque se contempla la facultad de oposición de la sociedad ex art. 354 RRM, ello no excluye la resolución del Registrador Mercantil. Este, además, es competente *“para examinar los presupuestos de ejercicio del derecho de separación en cuanto en ellos se sustenta la solicitud”*. Por tanto, debe resolver sobre el nombramiento, *“sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional. Con ello, el Registrador mercantil no se extralimita en sus funciones, ni asume competencias que no tenga atribuidas legalmente”*.

Por otra, se plantea la duda de si es posible ejercer el derecho de separación en relación con cuentas anuales de ejercicios en los que el art. 348 bis LSC no estuvo en vigor (en el caso, el ejercicio 2010) pero que se aprobaron con retraso en junta celebrada cuando sí lo estuvo (en el caso, el 26.3.12).

La Audiencia razona que sí es posible ejercerlo. El art. 348 bis LSC entró en vigor el 2.10.11. Conforme al régimen transitorio aplicable, que sería la Disposición Transitoria Primera del Código Civil, *“cuando el derecho aparece declarado por primera vez, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior”*. Además, *“el hecho*



que da lugar al derecho es el acuerdo mismo sobre aplicación del resultado". Por ello, aunque fuesen anteriores los presupuestos que permiten la separación, el socio puede ejercitar su derecho desde la entrada en vigor de la norma (supuesto que se cumplan todos los requisitos legales, lo cual, por motivos propios del caso concreto, no ocurrió).

Peculiaridades de la fusión inversa

La RDGRN de 1 de marzo de 2019 (BOE 28.3.19) examina dos cuestiones en relación a un caso de fusión inversa en el que, conforme al [art. 52.1 LME](#), la sociedad absorbida es titular directa de todas las acciones o participaciones de la absorbente (o sea, la matriz, propietaria al 100% de una filial, se ve absorbida por dicha filial).

La primera cuestión es si resulta suficiente que el acuerdo lo adopte la absorbente o si se precisa la junta de la absorbida. La duda se plantea porque el [art. 52.1 LSC](#) regula la fusión inversa por remisión a lo previsto en el [art. 49 LME](#), el cual a su vez recoge el caso en que la matriz, propietaria al 100% de una filial, absorbe a su filial sin que sea preciso "la aprobación de la fusión por las juntas generales de la sociedad o sociedades absorbidas". Pero la DGRN considera que esta remisión del [art. 52](#) al [art. 49 LME](#) no ha de interpretarse de forma literal sino "inversa", es decir, debe haber junta general de la (matriz) absorbida porque los intereses de sus socios son los únicos que se ven afectados.

La segunda cuestión es que, para facilitar el proceso de canje, la absorbente reduce el nominal de sus participaciones (por cuestiones de redondeo lo deja en dos decimales) y aumenta capital con cargo a reservas de libre disposición. El Registro Mercantil considera que, conforme al [art. 303.2 LSC](#) (relativo al aumento por capitalización de reservas), el balance de la absorbente de fecha debía ser de una fecha comprendida en los seis meses anteriores al acuerdo y estar verificado por auditor, y se usó uno de más de seis sin auditar. La DGRN no comparte este criterio:

- Por una parte, si la absorbente cuenta con reservas libres suficientes, acepta que las diferencias derivadas del tipo de canje sean cubiertas con cargo a ellas, siempre que conste en el proyecto de fusión "y que se respete la limitación cuantitativa" del [art. 25.2 LME](#) (lo que parece que implicaría que el nominal de las participaciones liberadas no debe exceder del 10% del nominal de las participaciones atribuidas a los socios de la absorbida).
- Por otra, en cuanto al balance, a efectos de fecha, considera suficiente que, conforme a la ley especial ([art. 36 LME](#)), cumpla con ser de menos de seis meses en relación al proyecto de fusión; y, tomando en cuenta las peculiaridades del proceso de fusión de la LME (entre otras, que solo se exige verificar balance a las sociedades obligadas a auditarse), considera innecesario verificarlo.

INMOBILIARIO

Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario

El día 16 de marzo de 2019 se publicó en el BOE la [Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario](#) (la "Ley"), que entrará en vigor el próximo 16 de junio de 2019, esto es, a los tres meses de su publicación. Aunque el objetivo principal de la Ley es transponer la [Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial](#), el legislador ha ido un paso más allá y ha introducido previsiones adicionales cuya finalidad es la de "potenciar la seguridad jurídica, la transparencia y comprensión de los contratos y de las cláusulas que los componen, así como el justo equilibrio entre las partes" (Exposición de Motivos II de la Ley).



El ámbito de aplicación de la Ley queda restringido a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto: (i) la concesión de préstamos con garantía hipotecaria sobre un inmueble de uso residencial; o (ii) aquellos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor.

Resumimos a continuación las novedades incluidas en la Ley que consideramos más relevantes:

- > Vencimiento anticipado: en la nueva Ley tiene carácter imperativo y no cabe pacto en contrario que limite este derecho del prestamista. No obstante, el vencimiento anticipado solo se producirá cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan, al menos, a 12 meses o al 3% del principal si la mora se produce dentro de la primera mitad de duración del préstamo, o a 15 meses o al 7%, si se produce dentro de la segunda mitad de duración del préstamo. Es necesario, además, que el prestamista haya requerido el pago y haya concedido el plazo de un mes para el cumplimiento.
- > Variaciones en el tipo de interés: el tipo de interés del préstamo no podrá ser modificado en perjuicio del prestatario durante la vigencia del contrato, salvo acuerdo por escrito de las partes. Además, en las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés.
- > Interés de demora: tiene también carácter imperativo y será el tipo de interés remuneratorio más tres puntos, sin que sea posible su capitalización.
- > Reparto de gastos:

(a) Tasación: corresponderán al prestatario.

(b) Gestoría: corresponderán al prestamista.

(c) Aranceles notariales: el prestamista asumirá el coste de la escritura de préstamo hipotecario; el de las copias, quien las solicite.

(d) Inscripción en el registro: corresponderán al prestamista.

(e) ITP y AJD: de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable. Con carácter general, el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, tras su reforma por el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, atribuye al prestamista la condición de sujeto pasivo del impuesto.

> Comisión por amortización anticipada: deberá ser acordada por las partes y solo se podrá cobrar, sin que exceda del importe de la pérdida financiera del prestamista, en los siguientes casos:

(a) En contratos a tipo de interés variable: si se produce durante los 5 primeros años de vigencia del contrato de préstamo, se reembolsará la pérdida financiera del prestamista con el límite del 0,15% del capital reembolsado anticipadamente; y durante los 3 primeros años, con el límite del 0,25% del capital reembolsado anticipadamente. No se devengará comisión alguna por amortización anticipada a partir del quinto año.

(b) En caso de novación del tipo de interés aplicable o de subrogación que, en ambos casos, suponga la aplicación durante el resto de vigencia del contrato de un tipo de interés fijo en sustitución de otro variable: se reembolsará la pérdida financiera del prestamista con el límite del 0,15% del capital reembolsado anticipadamente, durante los 3 primeros años de vigencia del contrato de préstamo.



- (c) En los contratos de préstamo a tipo de interés fijo: se reembolsará la pérdida financiera del prestamista, durante los 10 primeros años, con el límite del 2%; pasado ese plazo, con el límite del 1,5%.
- > Transparencia y comprobación de su cumplimiento: la Ley establece estrictas exigencias informativas. De entre ellas, destacan:
- (a) La obligación del prestamista de entregar dos exhaustivas fichas informativas del producto contratado: la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), que se incluye en el Anexo I junto con las instrucciones para cumplimentarla, y la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FIAE).
- (b) La obligación, en la contratación de préstamos a tipo variable, de informar, en documento separado, de las cuotas periódicas a satisfacer por el prestatario en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés.
- (c) La atribución al notario, designado por el prestatario para el otorgamiento de la escritura, de la función de asesorar imparcial y gratuitamente al prestatario, aclarando todas aquellas dudas que le pudiera suscitar el contrato, y de comprobar que tanto los plazos como los demás requisitos que permiten considerar cumplido el citado principio de transparencia material, especialmente los relacionados con las cláusulas contractuales de mayor complejidad o relevancia en el contrato, concurren al tiempo de autorizar en escritura pública el contrato de préstamo o crédito hipotecario.
- (d) La imposibilidad de proceder al otorgamiento de la escritura si no se hubiera acreditado documentalmente el cumplimiento de las obligaciones de información y transparencia que la Ley impone al prestamista, o si el prestatario no hubiera acudido al notario a recibir asesoramiento, como muy tarde, el día anterior a la autorización de la escritura del contrato de préstamo.
- > Ventas vinculadas: la Ley prohíbe con carácter general las prácticas de venta vinculada de préstamos (*vgr.*, la obligación de contratar determinados productos o servicios junto con el préstamo), aunque admite alguna excepción (p. ej., la suscripción de una póliza de seguro en cumplimiento de las obligaciones bajo el préstamo o un seguro de daños respecto del inmueble hipotecado).
- > Préstamos inmobiliarios en moneda extranjera: el prestatario tiene derecho a convertir el préstamo denominado en moneda extranjera a una moneda alternativa en los términos previstos legalmente. En el momento de solicitar la conversión, el prestatario deberá optar por: (i) la moneda en que el prestatario perciba la mayor parte de los ingresos o tenga la mayoría de los activos con los que ha de reembolsar el préstamo, según lo indicado en el momento en que se realizó la evaluación de la solvencia más reciente relativa al contrato de préstamo; o (ii) la moneda del Estado miembro en el que el prestatario fuera residente en la fecha de celebración del contrato de préstamo o sea residente en el momento en que se solicita la conversión. Solo los prestatarios que no sean consumidores podrán pactar con el prestamista algún sistema de limitación del riesgo de tipo de cambio al que estén expuestos en virtud del contrato de préstamo, en lugar del derecho a convertir el préstamo a una moneda alternativa. El incumplimiento de las exigencias legales determinará, en favor del prestatario consumidor, la nulidad de las cláusulas multdivisa y permitirá al prestatario solicitar la modificación del contrato de modo tal que se considere que el préstamo fue concedido desde el principio en la moneda en



la que perciba la parte principal de sus ingresos.

- **Procedimiento de ejecución extrajudicial:** se modifica el requisito relativo a la tasación establecido en el [art. 129.2 LH](#) y se exige que, para poder acudir a este procedimiento, el valor en que los interesados tasen la finca para que sirva de tipo en la subasta no sea inferior al valor señalado en la tasación (en la actualidad, no puede ser inferior al 75% de dicho valor).
- **Registro:** la Ley impone a los prestamistas distintos de entidades de crédito, de establecimientos financieros de crédito o sucursales en España de una entidad de crédito, la obligación de inscribirse en un Registro del Banco de España. El cumplimiento de este requisito es previo a la inscripción de las propias entidades y de cualesquiera operaciones en el Registro Mercantil y en el de la Propiedad.

Por lo que se refiere al régimen transitorio, la norma afectará, desde su entrada en vigor, a los contratos de préstamo y crédito que caigan dentro de su ámbito de aplicación y que hayan sido suscritos con posterioridad a la entrada en vigor, o con anterioridad cuando sean objeto de novación o subrogación después de esa fecha. La regulación sobre el vencimiento anticipado será de aplicación a los contratos celebrados con anterioridad, salvo que el deudor alegara que la previsión contractual le resultase más favorable. Sin embargo, esa regulación no se aplicará a aquellos vencimientos que tengan lugar antes de la entrada en vigor de la Ley, siendo indiferente si se ha instado un procedimiento de ejecución hipotecaria o si aquel estuviera suspendido. Los límites a la comisión por amortización anticipada en el caso de novación o subrogación de préstamos con interés variable que se conviertan a tipo fijo para el resto de la vigencia del préstamo se aplicarán en todo caso, incluidos los contratos suscritos antes de la entrada en vigor de la Ley.

La Ley contiene determinadas medidas de naturaleza tributaria que se refieren, por una parte, al gravamen por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, modalidad Actos Jurídicos Documentados, Documento Notarial, en las operaciones de constitución de préstamo hipotecario y, por otra, a determinados efectos económicos derivados de las subrogaciones de acreedor en préstamos hipotecarios concedidos a personas físicas.

En cuanto al gravamen por Actos Jurídicos Documentados, se impide a las cooperativas de crédito la posibilidad de aplicar la exención que establece la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de las Cooperativas, cuando en las operaciones de constitución de préstamo hipotecario recaiga sobre ellas la condición de sujeto pasivo. Y en cuanto a las operaciones de subrogación de acreedor en préstamos hipotecarios se establece una regla especial de “distribución” de los gastos incurridos por el primer prestamista (entre los que se encontraría el gravamen por Actos Jurídicos Documentados) cuando tengan lugar posteriores subrogaciones de acreedor.

A través de este enlace puede acceder a nuestro legal flash sobre estas novedades fiscales:

[Legal flash. Novedades fiscales relativas al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario](#)

Por último, señalamos que, en relación con esta Ley, el Ministerio de Economía ha publicado los borradores de los textos de la normativa de desarrollo: [proyecto de real decreto](#) y [proyecto de orden ministerial](#).

Novedades en vivienda y alquiler: Real Decreto-ley 7/2019

El [Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler](#) (BOE 5.3.19) introduce, entre otras, novedades relevantes en el régimen de arrendamiento de



vivienda para los contratos que se suscriban a partir de su entrada en vigor (6 de marzo) y modificaciones fiscales en el IBI y en el ITPAJD con el objetivo de aumentar la oferta de vivienda de alquiler.

Este Real Decreto-ley reitera las medidas del Real Decreto-ley 21/2018 que, tras un breve periodo de vigencia, fue derogado por el Congreso de los Diputados, e introduce otras nuevas.

El nuevo Real Decreto-ley ha sido convalidado el 3 de abril por la Diputación Permanente del Congreso.

En el siguiente enlace se puede acceder a nuestro *legal flash* sobre este Real Decreto-ley:

[Novedades en materia de vivienda y alquiler](#)

Es de destacar que el Partido Popular ha presentado un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra esta norma. Recordamos que, sin perjuicio de lo que en su momento falle el Tribunal, el recurso no suspende la vigencia ni la aplicación de este Real Decreto-Ley ([art. 30 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional](#)).

Adquisición *a non domino* vía dación en pago *ex art. 34 LH*

La [STS de 5 de febrero de 2019, nº 72/299](#) (ECLI:ES:TS:2019:3336), zanja un litigio que versa sobre la propiedad de un chalet. Simplificando los hechos:

- Congelados Agora, S.L. (“Congelados”), titular registral del chalet, se subroga en el pago de una cantidad debida por Abora Distribuciones, S.L. (“Abora”) y, para pagarla, entrega el chalet al acreedor Riromel, S.L. (“Riromel”) por escritura de dación en pago de 4.8.2010, inscrita por Riromel el 18.11.2010. Riromel prueba documentalmente la deuda. En la escritura se hacía constar la existencia en el chalet de “poseedores en precario”.
- Congelados y Abora tenían un mismo representante, Luis Carlos. Según alegaba Luis

Francisco, por pacto verbal con Luis Carlos (actuando como persona física y representante de Congelados y de Abora), (i) había adquirido la propiedad del chalet y disfrutado de su posesión material con justo título, público, pacífico, notorio e ininterrumpido, durante 16 años, y (ii) la dación en pago era un acto fraudulento para que Luis Carlos eludiese reponer a Luis Francisco en la propiedad del chalet.

Para resolver el litigio, el TS aplica el [art. 34](#) de la Ley Hipotecaria:

- Por un lado, encuadra la dación en pago en el art. 34 LH “*dado su carácter oneroso, ya que mediante ella se declara extinguido un crédito mediante la transmisión de un determinado bien al titular de dicho crédito*”.
- Sentado lo anterior, considera a Riromel tercero hipotecario protegido por la inscripción registral, porque adquiere el chalet, a título oneroso (dado que se había probado la realidad del crédito), de Congelados, titular con facultades para transmitirlo y, a su vez, Riromel lo inscribe a su favor, todo ello sin faltar a la buena fe, pues no se justifica que conociera que el chalet pudiera no pertenecer realmente a Congelados, no siendo suficiente a tal fin “*la simple constatación en la escritura de la existencia de poseedores en precario*”.

Inaplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*

El TS ha dictado una sentencia ([STS de 15 de enero de 2019, nº 19/2019](#) -ECLI:ES:TS:2019:57-) en la que, confirmando la sentencia de apelación, ha declarado la no aplicación de la regla *rebus sic stantibus* a un contrato de arrendamiento de larga duración (diecisiete años) celebrado entre una empresa de gestión hotelera y una empresa promotora. La empresa de gestión hotelera alegaba una disminución de los ingresos de la explotación del hotel con motivo de la crisis económica, por lo que había aplicado unilateralmente una rebaja de la



renta, y solicitaba la resolución del contrato o, subsidiariamente, que se declarara conforme a derecho la reducción temporal de la renta.

El TS considera que, en el contrato, el riesgo de la disminución de ingresos por la explotación del hotel, *“al proceder del deterioro de la situación económica y a las variaciones del mercado, debe ser considerado propio de la actividad empresarial de la arrendataria, una empresa dedicada a la gestión hotelera”*.

Resulta también decisivo para el TS que en el contrato se había pactado, tanto una renta variable en función de los ingresos de la explotación, como una renta mínima anual en favor del arrendador, lo que, de nuevo, implica la asignación al arrendatario del riesgo de disminución de ingresos. El riesgo no puede calificarse de imprevisible dado que, en un contrato de larga duración, era previsible que el nivel de ingresos fuera variable. A ello se añade que las partes previeron la facultad de la arrendataria de desistir transcurrido un plazo mínimo de diez años a cambio de una indemnización, lo que implica que tuvieron en cuenta la posibilidad de que a la arrendataria no le interesara económicamente continuar con la gestión del hotel.

Además de estas circunstancias, el TS toma en consideración que el contrato inicial fue novado por las partes, precisamente, para reequilibrarlo, introduciendo una renta mínima garantizada que retribuyera a la promotora por la construcción (la cual había sido adaptada a las necesidades de la empresa de gestión hotelera) y los gastos de propiedad del inmueble.

Por último, aunque no en relación con la cláusula *rebus sic stantibus* sino con el [art. 1575 Cc](#), la sentencia tiene en cuenta que, con independencia del resultado del hotel arrendado, la arrendataria gestiona una cadena de hoteles cuyo resultado económico global es favorable.

Es de destacar la similitud del supuesto de hecho con el de la [STS de 15 de octubre de 2014, nº 591/2014](#) (ECLI: ES:TS:2014:5090), en la que el TS sí

que había aplicado la cláusula *rebus sic stantibus* a un arrendamiento de un hotel de larga duración afectado por la crisis económica. Sin embargo, el criterio de esta sentencia es mucho más restrictivo, en línea con la jurisprudencia tradicional sobre esta figura. En efecto, la sentencia recoge expresamente que, a pesar de que la Sala aplicó la regla *rebus sic stantibus* *“con gran amplitud”* en las SSTS de [30 de junio, nº 333/2014](#) (ECLI: ES:TS:2014:2823) y 15 de octubre de 2014, *“con posterioridad esta sala ha descartado su aplicación cuando, en función de la asignación legal o contractual de los riesgos, fuera improcedente resolver el contrato (...)”*.

Equivalencia de poderes extranjeros

Recordemos la [RDGRN de 14 de septiembre de 2016](#) (BOE 5.10.16), relativa a una compraventa de inmueble no inscrita por cuestionarse la suficiencia del poder otorgado por los compradores ante notario de Liverpool, que el notario juzgó suficiente y el registrador de la propiedad no. Entonces la DGRN dio la razón al registrador, indicando que era necesario que existiera un *“juicio de equivalencia”* de funciones entre el funcionario público extranjero y el notario español (esto es, que el notario extranjero desarrollaba funciones equivalentes a las del notario español en la autorización del documento notarial).

Posteriormente, la DGRN cambió su criterio en la [RDGRN de 17 de abril de 2017](#) (BOE 28.4.17) y la [RDGRN de 7 de septiembre de 2018](#) (BOE 26.9.18), en las que la DGRN estimó el recurso y revocó la calificación del registrador al constatar que, en cada caso, la escritura reseñaba los datos de identificación del poder redactado en doble columna en inglés y español, apostillado y *“expresamente contiene un juicio de suficiencia por lo que debe considerarse bajo responsabilidad del notario, que éste lo ha juzgado equivalente”*, pues (como insiste la RDGRN citada de 7 de septiembre 2018) el juicio de suficiencia del notario, bajo su responsabilidad, implica el de equivalencia *“salvo que por sus términos se desprenda otra cosa”*.

Reitera ahora esta doctrina la [RDGRN de 18 de diciembre de 2018](#) (BOE 28.1.19), en un supuesto



de compraventa de inmueble en Marbella, con representante que actúa por poder otorgado ante notario sueco. De nuevo la DGRN admite la inscripción, con un razonamiento que reitera argumentos de las anteriores RRDGRN, insistiendo en que, *“siendo juicios distintos, el de suficiencia y el de equivalencia, aquél cuando se produce de forma expresa necesariamente ha de implicar el de que el poder es equivalente”*.

Ahora bien, como novedad, la DGRN expone que, en el caso de los poderes de representación otorgados en el extranjero, su postura flexible en la apreciación de la equivalencia de funciones se justifica porque (i) los poderes no se inscriben en el Registro de la Propiedad y (ii) ello facilita otorgar en España escrituras de compraventa que cumplan los requisitos de nuestro derecho. Pero distinto sería el caso de un *“documento público extranjero de compraventa de inmueble sito en España que ha sido autorizado por fedatario extranjero”*. En ese caso, debería apreciarse de forma rigurosa si el fedatario extranjero realiza *“funciones equivalentes a las del notario español”*. Y en caso de escritura otorgada por notario extranjero más bien se trasluce (aunque la DGRN lo diga *obiter dicta*, dado que la compraventa se había escriturado ante notario español) que difícilmente se dará tal equivalencia pues *“quien interviene el acto es un funcionario extranjero, carente de formación y autoridad para controlar una legalidad ajena a su competencia y exento de deberes de cooperación con una Administración Pública de la que no forma parte”*.

MERCADO DE VALORES

ICOs y criptoactivos

El 9 de enero ESMA ([ESMA 71-99-1084](#)) publicó un informe valorando la idoneidad del marco normativo de la UE en relación con las ICOs y criptomonedas, y proponiendo un conjunto de medidas. Brevemente, aconsejó:

- Adaptar la normativa para que contemple los distintos criptoactivos. La consideración de un criptoactivo como instrumento financiero en un Estado miembro depende de cómo haya incorporado la directiva MIFID II. La transposición no ha sido homogénea, de manera que, en algunos Estados miembros, existen “listas cerradas” de lo que debe considerarse instrumento financiero mientras que, en otros, como es el caso de España, existen listas no exhaustivas. Por ello, ESMA recomienda ajustar la regulación a los distintos criptoactivos.
- Establecer unos requisitos mínimos homogéneos en la UE para los criptoactivos que no sean instrumentos financieros. Si el criptoactivo no es un instrumento financiero, salvo que sea considerado dinero electrónico, es probable que quede fuera del ámbito de la normativa de servicios financieros de la UE y se genere una mayor desprotección para los inversores. ESMA recomienda establecer unos requisitos mínimos en toda la UE que incluyan, al menos, aspectos relacionados con el blanqueo de capitales, la obligación de informar de los riesgos a los inversores y la protección o falta de protección asociada a la inversión.
- Recomendaciones concretas de ESMA que afectan a la distinta normativa sobre servicios financieros de la UE:
 - (a) Definir o ajustar determinados conceptos cuando hagan referencia a criptoactivos en el entorno de las tecnologías DLT (*Distributed Ledger Technology*). Por ejemplo, *“servicios y actividades de custodia”, “liquidación”* o *“firmeza de la liquidación”*.
 - (b) Aclarar problemas específicos de gobernanza en las DLTs *“no permitidas”* (aquellas que requieren de una comunidad de “mineros” para elaborar y encadenar los bloques) y el papel de los mineros en la liquidación.



- (c) Reforzar los requisitos para mitigar los riesgos específicos de la tecnología subyacente y los riesgos cibernéticos.
- (d) Regular los requisitos para plataformas descentralizadas e híbridas.
- (e) Adaptar los requisitos de: (a) pre y post transparencia (definición de umbrales de liquidez, tamaño, etc.); (b) remisión de información y registro de operaciones; (c) identificadores y clasificaciones de instrumentos financieros para adaptarlos a los nuevos activos.
- (f) Analizar posibles supuestos nuevos de abuso de mercado y mención explícita de los criptoactivos en la regulación de ventas en corto.

En este primer trimestre, en materia de ICOs y criptoactivos, destacamos también: el [informe de la EBA](#) de 9 de enero (que detecta riesgos no abordados a nivel europeo y, aunque concluye que no comprometen actualmente a la estabilidad financiera, invita a la UE a profundizar en su revisión), la [consulta pública de la FCA](#) sobre la regulación de criptoactivos (que finalizó el 5 de abril) y el [Comunicado de CNMV de 26 de marzo](#). En este comunicado, CNMV explica cómo muchas ICOs se consideran colocaciones privadas (*private placements*), por ejemplo, porque se dirigen a un número reducido de inversores o porque el importe ofertado es inferior a 5M€. En estos casos, CNMV aclara que no interviene y que, por tanto, las noticias publicadas en los medios sobre la autorización por su parte de varias ICOs son incorrectas.

Comisión de Nombramientos y Retribuciones

El 22 de febrero CNMV publicó la Guía técnica 1/2019, un “texto orientativo” que contiene una serie de principios, buenas prácticas y criterios destinados a ayudar al buen funcionamiento de las comisiones de nombramientos y retribuciones de las sociedades

cotizadas. Destacamos las recomendaciones y medidas referidas a (i) la elaboración de una matriz de competencias, (ii) el nombramiento, ratificación y separación de los consejeros independientes, (iii) el plan de sucesión del presidente, primer ejecutivo y altos directivos, (iv) la asunción de liderazgo en la evaluación del consejo, (v) los procedimientos y contenido de las políticas de retribución y (vi) la involucración de la comisión en las labores de *engagement* con los inversores.

Plan de actividades de la CNMV para el 2019

Tras la lectura del Plan de Actividades de la CNMV, destacamos las siguientes reformas que se prevén llevar a cabo en 2019:

- Cambio del sistema de comunicación de participaciones significativas (CPS) y notificaciones de derechos de voto e instrumentos financieros. Se publicarán automáticamente, sin pasar por el control previo de CNMV.
- Revisión de algunas de las recomendaciones del Código de Buen Gobierno (“CBG”) (p.ej., números 2, 6, 39, 55 o 64).
- Modificación de los modelos de IAR e IAGC para reflejar los cambios del CBG y los que pudieran derivar de la incorporación de la Directiva (UE/828/2017) de Derechos de Accionistas.
- Modificación del modelo de contrato de liquidez de la Circular CNMV 1/2017 para que los emisores del MAB y mercados análogos puedan beneficiarse de este mecanismo.
- Revisión de las recomendaciones de 2013 sobre operativa discrecional de autocartera.
- Elaboración de tres guías técnicas sobre (i) mejor ejecución y selección de intermediarios para SGIIIC, (ii) actividades accesorias de las ESI y (iii) autorización de entidades. Revisión de los



actuales procedimientos de autorización de entidades para facilitarlos y simplificarlos.

- Aprobación de una nueva Circular sobre publicidad de servicios y productos de inversión. Adopción de medidas para restringir la publicidad, al público en general, de CFDs y otros productos financieros complejos.

Nuevo Reglamento de Folletos

A partir del 21 de julio se establece un marco común en la UE en materia de folletos al tener aplicabilidad directa en los Estados miembros todas las disposiciones del [Reglamento \(UE\) 2017/1129](#). Para facilitar la aplicación de este nuevo régimen, ESMA ha publicado, entre otros, el [primer Q&A](#) sobre el Reglamento y unas [guidelines \(ESMA 31-62-1217\)](#) para ayudar a los supervisores nacionales en su revisión de los factores de riesgo en los folletos.

Abuso de mercado

El 22 de enero CNMV publicó un comunicado para informar de la culminación de la reforma de abuso de mercado. Entre otros, confirmó que los emisores ya no debían contar con un Reglamento Interno de Conducta, si bien considera como “buena práctica” que algunas de las cuestiones previstas en él, que se detallan, se mantengan como procedimiento interno.

Entidades sin ánimo de lucro

El 20 de febrero CNMV aprobó un nuevo código de conducta relativo a las inversiones de las entidades sin ánimo de lucro, que entró en vigor el 5 de marzo. Estas entidades (p.ej., fundaciones, asociaciones o colegios profesionales) deberán tener en cuenta los principios y recomendaciones de este código al invertir en instrumentos financieros. Además, estarán obligadas a presentar un informe anual sobre su grado de seguimiento, que se pondrá a disposición de los partícipes, asociados, mutualistas y al público en general y, en su caso, se entregará al Protectorado.

PROPIEDAD INTELECTUAL Y PROTECCION DE DATOS

Ley 1/2019, de Secretos Empresariales

El pasado 13 de marzo entró en vigor la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, que ofrece una sólida protección a los conocimientos que la empresa decide mantener en secreto y que tienen valor – real o potencial – precisamente por su carácter secreto.

En el siguiente enlace se puede acceder a nuestro *legal flash* sobre esta Ley:

[Legal flash | Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales](#)

INVERSIONES EXTRANJERAS

Nuevo marco europeo para el control de las inversiones extranjeras directas

El [Reglamento \(UE\) 2019/452](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019, [para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión](#) (DOUE 21.3.19) crea un nuevo marco jurídico dirigido a evaluar los riesgos de las inversiones extranjeras para la seguridad y el orden público de la Unión Europea.

El Reglamento introduce novedades de interés para los inversores interesados en invertir en la UE, así como para las empresas en las que se haya previsto realizar una inversión extranjera directa.

En el siguiente enlace se puede acceder a nuestro *legal flash* sobre este Reglamento:

[Newsletter | Reglamento \(UE\) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de marzo de 2019 para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión](#)



Para obtener información adicional sobre el contenido de este documento puede dirigirse a su contacto habitual en Cuatrecasas

©2019 CUATRECASAS

Todos los derechos reservados.

Este documento es una recopilación de información jurídica elaborado por Cuatrecasas. 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. 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.