



Newsletter nº 104 – 2º trimestre de 2019

8 de julio de 2019

Índice

CONTRATOS

Moderación de cláusulas penales: doctrina jurisprudencial

Retraso desleal: doctrina jurisprudencial

Distribución selectiva: oposición a la comercialización fuera de la red

Comercio electrónico: directivas sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y sobre compraventa de bienes

SOCIEDADES

Responsabilidad de administradores por deudas sociales: momento de nacimiento de la obligación

Validez de operación de adquisición de autocartera en SL

Inexistencia de asistencia financiera en aumento de SL

Derecho de separación por no reparto de beneficios

Derecho de información ejercitado durante la junta en SL

Cláusula estatutaria de mayoría reforzada

Cláusula estatutaria de adquisición a valor contable y suspensión del derecho de voto en SL

MERCADO DE VALORES

El nuevo régimen de folletos

Anteproyecto reforma LSC: novedades para cotizadas

La fijación del precio equitativo en la OPA

INMOBILIARIO

Crédito inmobiliario: desarrollo de la Ley 5/2019

Adquisición *a non domino* en caso de doble venta

Tanteo convencional de carácter real atípico sin plazo previsto de ejercicio

CONCURSAL

Directiva de reestructuración preventiva

PROPIEDAD INTELECTUAL

Directiva sobre derechos de autor

ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

El primer emplazamiento judicial a sociedades demandadas deberá ser en papel



CONTRATOS

Moderación de cláusulas penales: doctrina jurisprudencial

En la STS de 17 de mayo de 2019, nº 268/2019 (ECLI: ES:TS: 2019:1529), se plantea si es posible moderar una cláusula penal incluida en un contrato de servicios que establecía que, en caso de cancelación anticipada por la empresa contratante sin respetar -entre otros términos- un preaviso de 90 días de antelación al final de cada periodo de vigencia, debía abonar en concepto de pena un importe igual a seis veces la media de horas mensuales del último año. Tras dos años de relación contractual, la empresa destinataria de los servicios resuelve el contrato con solo 77 días de preaviso. La empresa que presta el servicio demanda la indemnización pactada, que es moderada en primera y en segunda instancia. Recurre y gana la casación; el TS concluye que no cabe moderar la cláusula penal pactada.

El TS reitera su doctrina según la cual, ex art. 1154 Cc, no cabe moderar la pena *“prevista para sancionar, específicamente, el incumplimiento producido”*. Matiza lo anterior recordando su STS (Pleno) de 13 de septiembre de 2016, nº 530/2016 (ECLI: ES:TS:2016:4044), según la cual, en supuestos de cláusulas penales con penalidades desproporcionadas, *“cuya cuantía exceda extraordinariamente la de los daños y perjuicios que, al tiempo de la celebración del contrato, pudo razonablemente preverse que se derivarían del incumplimiento contemplado en la cláusula penal”*, cabría admitir una *“reducción judicial conservadora de su validez”* distinta de la prevista en el art. 1154 Cc. La carga de la prueba de lo anterior corresponde al contratante que pretende la moderación de la pena. Como en este caso la demandada no ha alegado ni probado que la penalidad fuera extraordinariamente excesiva, el TS estima el recurso de casación.

Un razonamiento similar sigue la STS de 6 de junio de 2019, nº 268/2019 (ECLI: ES:TS: 2019:1984). En un contrato de explotación de máquinas recreativas se establecía, además de daños y perjuicios, una cláusula penal equivalente a la recaudación media mensual desde el momento de entrada en el contrato hasta el momento en que se denunciase su incumplimiento multiplicada por los meses pendientes hasta el vencimiento del plazo contractual. El contrato se resuelve cuando quedaban 18 meses de plazo. Estimado el incumplimiento, y habiéndose moderado la cláusula penal en primera y segunda instancia, el TS reitera que no cabe moderación *“cuando la pena hubiera sido prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento -total o, incluso, parcial o deficiente de la prestación- que se hubiera producido”*. Recuerda que la cláusula penal puede tener una función *“puramente punitiva desligada de todo propósito resarcitorio”* y cita de nuevo la doctrina de su STS (Pleno) de 13 de septiembre de 2016, nº 530/2016, sobre cláusulas penales desproporcionadas. Aplicando su razonamiento al caso concreto, concluye que, como se da *“por cumplido el supuesto de hecho al que se anudaba la cláusula penal... no podía moderarse”* ex art. 1154 Cc, y que no tiene sentido moderarla por razones de equidad, pues es una cláusula cumulativa que no se fija a tanto alzado *“sino que su cuantificación dependía del tiempo que restara de cumplimiento”*.

Retraso desleal: doctrina jurisprudencial

La STS de 24 de abril de 2019, nº 243/2019 (ECLI: ES:TS: 2019:1316), rechaza la aplicación de la doctrina del retraso desleal en un caso de reclamación de intereses indebidamente cobrados.

En virtud de un contrato de *leasing* de fecha 16.1.1989 se cede al actor –persona física- un inmueble con opción de compra que este ejerce, adquiriendo dicho inmueble el 8.2.1999. Durante la vigencia del contrato, surgieron discrepancias entre las partes (el actor y un banco) acerca de cómo debía revisarse el tipo de interés aplicable a



las cantidades pendientes de amortizar. La STS describe gestiones relativas a esta discrepancia fechadas en 1998 y 1999, entre ellas, una ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, que emitió informe concluyendo (entre otros puntos) que el banco, al no intentar llegar a un acuerdo con su cliente en cuanto al tipo a aplicar, *“había incurrido en quebrantamiento de las buenas prácticas y usos bancarios”*. El 16.12.2013 el actor demanda que se condene a la entidad de crédito a restituir las cantidades cobradas de más por intereses. El banco alega, entre otros argumentos, retraso desleal por haber transcurrido casi quince años desde que se ejercitó la opción de compra.

Cuando el asunto llega a casación, el TS recuerda que, para aplicar su doctrina del retraso desleal, el ejercicio del derecho por su titular debe resultar intolerable conforme a la buena fe *“porque, en atención a las circunstancias, y por algún hecho del titular, se haya generado en el sujeto pasivo una confianza legítima de que el derecho ya no se ejercería, de modo que su ejercicio retrasado comporta para él algún tipo de perjuicio en su posición jurídica”*. Pero la regla general es que un derecho puede ejercitarse hasta el último momento hábil del plazo de prescripción, luego que el actor apurase tal plazo *“no es un acto de inequívoca significación que por sí solo pudiera generar la confianza fundada de que el derecho no iba a ser actuado”*, y carecería de lógica favorecer con una doctrina basada en la buena fe a quien tuvo un comportamiento contrario *“a las buenas prácticas y usos bancarios”*.

Distribución selectiva: oposición a la comercialización fuera de la red

La SAP de Barcelona (secc. 15ª) de 5 de abril de 2019, nº 654/2019 (ECLI: ES:APB:2019:3376), resuelve una reclamación de infracción marcaria y competencia desleal por la venta de productos de higiene infantil por parte de distribuidores no autorizados en la red selectiva.

La Audiencia comienza su análisis recordando que la STS de 22 de abril de 2016, nº 267/2016 (ECLI:ES:TS:2016:1669), estableció que *“la comercialización fuera del sistema de distribución selectivo, incluso si se realiza on line, no constituye, por sí misma, un motivo legítimo que permita al titular de la marca oponerse a la comercialización ulterior de los productos”*. Recuerda además que dicha sentencia indicó cuáles son los motivos legítimos que podrán justificar la excepción al agotamiento de la marca (nombre del dominio si se asocia a *low cost*, presentación de los productos en la web por orden alfabético, o junto con otros de menor calidad, gama de productos limitada, *stock* limitado, falta de novedades y no admisión de la devolución de productos) y cuáles no (carencia de un punto de venta físico, falta de servicios de asesoramiento o la falta de *tests* en la venta *on line*).

Por otro lado, y en atención a la alegación de que los productos objetos del procedimiento no eran productos de lujo y que, por tanto, no merecían la protección de una red selectiva, la Audiencia, citando al Abogado General en el Caso Coty (C-230/16) ante el TJUE, afirma que, si bien la doctrina europea y nacional sobre esta materia se ha desarrollado respecto de las marcas de lujo, ello no excluye que *“pueda aplicarse al resto de marcas, cuando concurren especiales características”*.

Por último, la sentencia establece claramente que el incumplimiento de los criterios selectivos por parte de los distribuidores oficiales de la red es una cuestión ajena al objeto de ese procedimiento y que, en cualquier caso, la constatación de dicho incumplimiento no afectaría la decisión alcanzada respecto de la venta por distribuidores no autorizados que perjudican la imagen de la marca.

En consecuencia, la Audiencia estima el recurso planteado por el titular de la marca, declarando que los distribuidores no autorizados demandados han infringido el derecho del titular al comercializar los productos *“sin respetar aquellas circunstancias que determinan la existencia*



de motivos legítimos para excepcionar el agotamiento de las marcas". La sentencia no es firme ya que ha sido apelada ante el TS.

Comercio electrónico: directivas sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y sobre compraventa de bienes

Se han aprobado dos nuevas directivas para mejorar la protección de los consumidores en transacciones transfronterizas: la [Directiva 2019/770, sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales](#), y la [Directiva 2019/771, sobre contratos de compraventa de bienes](#). Ambas deben transponerse no más tarde del 1 de julio de 2021.

La [Directiva \(UE\) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales](#) tiene por objeto establecer normas comunes en contratos entre empresarios y consumidores para el suministro de contenidos o servicios digitales. Es de aplicación a los contratos en los que el empresario suministra, o se compromete a suministrar, contenidos o servicios digitales a un consumidor, y este paga o se compromete a pagar un precio o bien facilita datos personales al empresario más allá de los necesarios para el suministro del contenido o la prestación del servicio. La Directiva se aplica también a los soportes materiales que sirvan exclusivamente como portadores de contenidos digitales. En cambio, no se aplica a contenidos o servicios digitales incorporados a bienes o interconectados con ellos y que se suministren con los bienes.

Las normas comunes que establece la Directiva 2019/770 se refieren, en particular, a los aspectos siguientes:

- > Las condiciones objetivas y subjetivas para que los contenidos o servicios digitales se consideren conformes con lo dispuesto en el

contrato. Cuando se suministren en un único acto, el empresario será responsable, como mínimo, de las faltas de conformidad manifestadas en los dos primeros años. Si se manifiestan en el primer año, corresponderá al empresario la carga de probar que el contenido o servicio era conforme al tiempo del suministro. En caso de suministro continuo durante un período, el empresario deberá probar la conformidad durante todo el tiempo de suministro del contenido o servicio, si la falta se manifiesta durante ese período.

- > Las medidas correctoras en caso de incumplimiento, incluyendo la posibilidad del consumidor de resolver el contrato, así como las medidas correctoras por falta de conformidad (exigencia de suministro conforme salvo imposibilidad o coste desproporcionado, reducción del precio, resolución del contrato).
- > La posibilidad de modificación de los contenidos o servicios digitales por parte del empresario cuando el contrato haya garantizado para un período de tiempo el suministro o los servicios, o el acceso a estos por parte del consumidor.

La [Directiva \(UE\) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes](#) tiene por objeto la protección del consumidor en estos contratos. Excluye de su ámbito de aplicación el suministro de bienes o servicios digitales, salvo cuando estén incorporados a bienes o interconectados con ellos y se suministren con los bienes conforme al contrato de compraventa. No se aplica tampoco a los soportes materiales que sirvan exclusivamente como portadores de contenidos digitales.

La Directiva 2019/771 establece, en particular, normas comunes en relación con:



- > Las condiciones objetivas y subjetivas para que los productos se consideren conformes con lo dispuesto en el contrato. En el caso de bienes con elementos digitales se establecen determinadas obligaciones de suministrar actualizaciones. El vendedor será responsable de las faltas de conformidad que existan en el momento de la entrega del bien y se manifiesten en el plazo de dos años. Con carácter general, las faltas de conformidad que se manifiesten en el primer año se presumen existentes al tiempo de la entrega. Los Estados miembros podrán permitir a las partes convenir un plazo de responsabilidad más breve en relación con bienes de segunda mano, siempre que no sea inferior a un año.
- > Las medidas correctoras en caso de falta de conformidad (puesta en conformidad, reducción del precio, resolución del contrato) y las modalidades para exigir tales medidas.
- > Las garantías comerciales, que serán vinculantes en los términos de la declaración de garantía y de la publicidad asociada disponible al tiempo de la celebración del contrato.

SOCIEDADES

Responsabilidad de administradores por deudas sociales: momento de nacimiento de la obligación

Varias sentencias recientes (de AAPP y alguna STS) se pronuncian sobre el momento del nacimiento de las obligaciones a los efectos de determinar si son posteriores a la causa de disolución *ex art. 367 LSC*. Recordemos que esta cuestión es relevante porque, si se concluye que las obligaciones son posteriores al acaecimiento de la causa de disolución, los administradores pueden llegar a ser responsables personalmente de las deudas sociales. Resumimos a continuación las conclusiones en relación con el momento de

nacimiento de la obligación en los casos analizados en dichas resoluciones:

- > Conforme a la [STS de 10 de abril de 2019, núm.225/2019](#) (ECLI: ES:TS:2019:1240), en los contratos de tracto sucesivo (un arrendamiento de local de negocio) la obligación nace cada vez que se realiza una prestación en el marco del contrato (pago de una renta periódica) y no en el momento de celebración del contrato originario.
- > En un contrato de compraventa, el momento relevante es el de su perfección, cuando concurre el consentimiento de las partes sobre el objeto y precio, sin que ello deba alterarse por el tiempo necesario para su entrega ni por el aplazamiento concedido para el pago del precio. Lo dice la [SAP de Madrid \(secc. 28ª\), de 5 de abril de 2019, núm.189/2019](#) (ECLI: ES:APM:2019:4807). Además, la sentencia se refiere al principio de facilidad probatoria para señalar que incumbe al administrador demandado probar la anterioridad de la obligación respecto de la causa de disolución.
- > En una deuda respecto de la que ha mediado un litigio posterior para reclamar su importe, la sentencia no altera la referencia temporal del nacimiento de la deuda porque no tiene efecto constitutivo y se limita a condenar al pago de lo que era adeudado con anterioridad; consideración distinta, sin embargo, merece la relativa a las costas judiciales, pues estas sí derivan de la sentencia judicial condenatoria; por su parte, los intereses deben considerarse un concepto accesorio de la deuda principal, luego a efectos de nacimiento se equiparan a esta. Lo dice la [SAP de Madrid \(secc.28ª\), de 22 de marzo de 2019, núm. 147/2019](#) (ECLI: ES:APM:2019:3314).
- > En un supuesto de sucesión de empresa en el que una sociedad paga a un acreedor la deuda originalmente contraída por la



sociedad que inicialmente explotaba dicha empresa, se discute el momento de nacimiento de la deuda cuando la sociedad pagadora ejercita una acción de responsabilidad por deudas contra el administrador de la deudora originaria. Este es el supuesto de la SAP de Madrid (secc. 28ª), de 26 de marzo de 2019, núm 162/2019 (ECLI: ES:APM:2019:3401). La Audiencia resuelve el caso interpretando que nos encontramos ante un supuesto de subrogación legal ex art. 1210.3 Cc y, en consecuencia, ante una hipótesis de subrogación o novación por cambio de acreedor, donde el pagador se sitúa en la posición que tenía el acreedor en la relación obligatoria primitiva que, por tanto subsiste. Y es ese momento (y no al momento del hecho del pago), el relevante para determinar el nacimiento de la obligación.

Validez de operación de adquisición de autocartera en SL

El 2.7.2007, una madre y dos de sus hijas, socias de una SL, permutaron con esta sus participaciones en el capital de dicha SL por capital en una filial de esta. Inmediatamente, la SL vendió las participaciones en autocartera que había adquirido en virtud de la permuta a otros tres hijos. Años después, uno de los hijos solicita la nulidad de la permuta y la compraventa por la que adquirió las participaciones de la SL, así como la restitución del dinero que abonó por dicha compra.

En la STS de 27 de marzo de 2019, nº 190/2019 (ECLI: ES:TS: 2019:1026), el TS reconoce que un análisis aislado de la permuta de 2.7.2007 llevaría a concluir que se trataba de una adquisición derivativa por parte de la SL de sus propias participaciones no comprendida en ninguno de los supuestos en los que, conforme al entonces vigente art. 40.1 LSRL, se autorizaba la autocartera, por lo que ex art. 6.3 Cc procedería declarar la nulidad de la operación.

Sin embargo, el TS no declara la nulidad porque no se había vulnerado la *ratio* de la normativa de autocartera. La permuta de participaciones era una de cuatro escrituras que se firmaron el 2.7.2007, que formaban un entramado negocial acordado para que madre e hijos se redistribuyeran el patrimonio familiar. La permuta era instrumental para transmitir las participaciones a otros miembros de la familia “*por un precio equivalente al valor de lo permutado*”, de modo que la SL transmitió inmediatamente su fugaz autocartera en cumplimiento del acuerdo familiar. Por ello, el TS descarta que se vulnere la finalidad del régimen jurídico de la autocartera en la SL, que buscaría (a) proteger la integridad patrimonial del capital social como garantía de los acreedores sociales, que aquí no se vio afectado por ser la adquisición “*meramente instrumental*” que “*duró lo esencial para su inmediata transmisión por el mismo contravalor*” y (b) tutelar los derechos políticos y económicos de los socios, que tampoco quedaron afectados pues la permuta encajaba en el acuerdo más amplio de todos para redistribuirse la herencia familiar.

Inexistencia de asistencia financiera en aumento de SL

Recordemos que la asistencia financiera prohibida por el art. 143.2 LSC es la concertada con la intención de facilitar al tercero la “adquisición” (comprendiendo esta los aumentos de capital) de participaciones de la SL asistente o de acciones/participaciones de sociedad de su grupo. Conocer la intención subjetiva de las partes es difícil y exige analizar en detalle el caso concreto. Para ello, puede ser útil recurrir –con prudencia- a la prueba de indicios; entre ellos, p. ej., facilitaría apreciar la conexión entre la asistencia financiera y la adquisición (a) una reducida distancia temporal entre ambas, o (b) el que la asistencia o ayuda de la SL cubra un importe igual o similar al de la adquisición.

En la SAP Barcelona (secc. 15ª) de 1 de marzo del 2019, nº 411/2019 (ECLI:ES: APB: 2019:1519), se discute, entre otros puntos, si existió asistencia



financiera de una SL a su socio mayoritario en un aumento de capital acordado el 27.1.2012, en el que el 20.3.2012 dicho socio mayoritario desembolsó 156.109,75 euros, habiendo prestado la SL al socio 244.000 euros en fechas anteriores y posteriores a la ampliación (en concreto, el desglose era este: 26.7.2011, 50.000 euros; 27.7.2011, 10.000 euros; 19.3.2012, 15.000 euros; 22.6.2012, 10.000 euros; 23.7.2012, 140.000 euros; 20.9.2012, 9.000 euros; 4.10.2012, 10.000 euros; total 244.000 euros). Pues bien, la AP concluye que solo se da cierta proximidad o cercanía entre las cantidades prestadas y el desembolso, y para apreciar la finalidad asistencial del préstamo hubiera sido precisa *“una conexión temporal y cuantitativa que no estimamos concurra en el presente caso”*: adoptada la ampliación el 27.1.2012, *“la única entrega previa, de 60.000 euros”* [la AP parece sumar los 50.000 y 10.000 euros de 26 y 27. 7.2011] es de seis meses antes de la ampliación, cuando no constaba que la SL tuviera la intención de promover el acuerdo; de las entregas posteriores, *“la suma más relevante (140.000 euros)”* se transfiere el 23.7.2012, *“esto es, seis meses después del acuerdo y cuatro después del desembolso efectivo”*.

Obiter dicta, la AP indica que, incluso de haber habido asistencia financiera, solo sería nulo el negocio asistencial (el préstamo), no el negocio de adquisición *“el acto de suscripción y desembolso”*, citando al respecto la STS de 1 de octubre de 2018, nº 541/2018 (reseñada en nuestro Novedades de octubre de 2018).

Derecho de separación por no reparto de beneficios

Entre las sentencias recientes que se han pronunciado sobre el derecho de separación por no reparto de beneficios regulado en el art. 348 bis LSC, destacamos los siguientes pronunciamientos:

- El derecho de separación opera si se dan los requisitos que contempla la norma en el momento temporal en el que se pretende su

ejercicio por un socio. Ello es así aunque en el ejercicio al que se refiera el acuerdo de aprobación de cuentas el derecho estuviese legalmente suspendido. Lo dice la SAP de Barcelona (secc. 15ª), de 27 de mayo de 2019, núm. 1014/2019 (ECLI: ES:APB:2019:5779), en relación a una junta celebrada en 2017 (cuando existía cobertura legal para su ejercicio) en la que se aprobaron unas cuentas referidas a 2015 (cuando la norma estaba suspendida).

- El acuerdo de liquidación no impide que se declare bien ejercitado el derecho de separación de un socio *ex art. 348 bis LSC*. Lo dice la SJI de Vitoria (secc. 7ª) de 4 de marzo de 2019, núm. 26/2019 (ECLI: ES:JPI:2019:70), en un supuesto en el que los socios quisieron dificultar el derecho de separación de un socio disolviendo la sociedad. Concurriendo todos los presupuestos para el ejercicio de separación, las participaciones sociales han de valorarse a la fecha de la comunicación por el socio del ejercicio del derecho de separación y su valor quedará excluido de las operaciones de liquidación.

Derecho de información ejercitado en junta de SL

La SAP de Madrid (secc. 28ª) de 12 de abril de 2019, nº 197/2019, trata una cuestión relevante que ha sido objeto de diversas interpretaciones tras la reforma de la LSC por la Ley 31/2014. Se trata de si es posible impugnar la junta general de un SL por vulneración del derecho de información del socio ejercitado durante la propia junta. Recordemos que la LSC prohíbe en el art. 197.5 LSC la impugnación por este motivo para la SA, pero guarda silencio respecto de la SL. Esta sentencia, a diferencia de otras anteriores, concluye que dicha prohibición no es extensible analógicamente a la SL basándose en las siguientes razones:



- > La Ley 31/2014 ha regulado de forma distinta en SA y SL el derecho de información ejercitado en el seno de la junta.
- > Cuando el legislador ha querido unificar el régimen de impugnación de acuerdos por vulneración del derecho de información lo ha hecho de modo explícito. Tal es el caso de la información solicitada antes de la celebración de la junta (ex [art. 204.3 LSC](#)).
- > La norma del art. 197.5 LSC es una norma restrictiva de los derechos del socio y su extensión analógica “no es, tal vez, la solución jurídicamente más correcta”.
- > No existe identidad de razón que justifique la aplicación analógica dado el distinto prototipo societario, abierto y cerrado, de ambos tipos sociales.

Frente a esta interpretación, las sentencias que, hasta el momento, se han pronunciado sobre el tema defienden, sin embargo, la aplicación analógica de la prohibición de impugnación al no encontrar razones que justifiquen un trato diferenciado entre ambos tipos societarios. Así, la [SJM nº 9 BCN de 24 de noviembre de 2015](#) (ECLI: ES:JMB:2015:2658), la [SAP Asturias \(secc. 1\), de 11 de noviembre de 2016, núm. 303/2016](#) (ECLI: ES:APO:2016:2999), y la [SJM nº 1 de Bilbao de 31 de mayo de 2016, núm. 181/2016](#) (ECLI: ES:JMBI:2016:2330). Lo mismo se concluyó en las [Jornadas de Magistrados especialistas de Mercantil, celebradas en Pamplona en noviembre de 2015](#).

Cláusula estatutaria de mayoría reforzada

La [RDGRN de 3 de abril de 2019](#) (BOE 24.4.19) no acepta inscribir una cláusula estatutaria de una SL que sujeta la adopción de acuerdos sociales a la obtención de una mayoría de votos válidos que representen, al menos, el 80% de los

votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divide el capital social, por no excepcionar las mayorías imperativas previstas legalmente.

Invocando doctrina anterior expuesta en la [RDGRN de 23 de enero de 2006](#) (BOE 9.3.06), la DGRN interpreta que una cláusula como esta, que no excepciona de forma expresa la salvedad de las mayorías para el cese de administradores, compromete el principio de libre revocabilidad del administrador aplicable tanto para SA como para SL ([arts. 223.1 y 238 LSC](#)); en la SL se admite reforzar la mayoría pero hasta el límite legal de dos tercios de los votos correspondiente a las participaciones sociales ([art. 223.2 LSC](#)). Igualmente, basándose en la [RDGRN de 4 de mayo de 2005](#) (BOE 6.7.05), se entiende que tampoco en los supuestos de disolución forzosa ([art. 363.1, letras \(a\) a \(g\), LSC](#)), cabe reforzar el régimen ordinario de mayorías ([art. 198 LSC](#) en la SL por remisión del [art. 364 LSC](#)), pues modificarlo afectaría a los derechos individuales de los socios.

No se admite que el sometimiento a la ley previsto en estatutos haga innecesaria una salvaguardia (expresa o genérica) de respetar las mayorías imperativas, pues la exigencia de claridad y precisión de los asientos registrales por su alcance *erga omnes* impide inscribir una cláusula que generaría duda sobre la mayoría exigida (la legal o la estatutaria). Las mayorías de votación máximas legales son una medida protectora de los derechos individuales del socio y estos quedarían defraudados con dicha cláusula.

En conclusión, para evitar dificultades al redactar este tipo de cláusulas resulta recomendable indicar expresamente que las mayorías reforzadas estatutarias rigen salvo que existan mayorías imperativas.



Cláusula estatutaria de adquisición a valor contable y suspensión de voto en SL

Las [RRDGRN de 9 de mayo](#) y de [23 de mayo de 2019](#) admiten una cláusula estatutaria (aprobada por unanimidad) según la cual, de iniciarse un procedimiento de embargo de las participaciones, la sociedad o, en su defecto, los socios, podrán adquirir las participaciones embargadas; el precio de transmisión sería el valor razonable identificado con el valor contable resultante del último balance aprobado por la junta. Además, si la sociedad o los socios no ejercitasen su derecho, cabe excluir al socio vía amortización de sus participaciones abonando igualmente el valor contable según último balance aprobado.

El razonamiento de la DGRN reproduce en buena medida el de la RDGRN de 15 de noviembre de 2016 (reseñada en nuestro [Novedades de diciembre de 2016](#)), que admitió, en la transmisión voluntaria *inter vivos*, un derecho de adquisición preferente ejercitable a valor razonable coincidente con el valor contable del último balance aprobado por junta. Invocando el principio de autonomía de la voluntad de los socios, la DGRN considera que el procedimiento de embargo no impide un derecho de adquisición preferente como el aquí indicado, unido a la posible exclusión del socio afectado por el embargo vía amortización de sus participaciones; si se ejercitase el derecho o se excluyera al socio, el precio o la cuota de liquidación del socio excluido sustituiría a las participaciones embargadas.

La RDGRN de 23 de mayo de 2019, además, acepta inscribir que, mientras las participaciones sociales embargadas no sean transmitidas en la forma establecida en los estatutos, se suspenda su derecho a votar en junta decisiones que requieran mayoría reforzada legal o estatutaria. Con base en el

principio de autonomía de la voluntad de los socios, y la flexibilidad del régimen jurídico de la SL a la hora de establecer privilegios relativos al derecho de voto, la DGRN acepta incluir una regulación como esta que cubre un supuesto no previsto en el [art. 190 LSC](#) pues todos los socios, por unanimidad, valoran que existe un interés en dicha suspensión.

MERCADO DE VALORES

El nuevo régimen de folletos

El próximo 21 de julio la reforma de la normativa de folletos, destinada a establecer un régimen común en toda la UE para fomentar la financiación a través de los mercados de capitales, será directamente aplicable en España. La norma principal de la reforma es el [Reglamento \(UE\) 2017/1129, de 14 de junio](#) que, con carácter general, será directamente aplicable a partir del próximo 21 de julio, aunque algunas de las excepciones al folleto que se prevén en él se aplican desde el 20 de julio de 2017 y el 21 de julio de 2018.

El 21 de junio se publicaron los reglamentos de nivel 2, que desarrollan el contenido del Reglamento (UE) 2017/1129: el [Reglamento Delegado \(UE\) 2019/979, de 14 de marzo](#) y [Reglamento Delegado \(UE\) 2019/980, de 14 de marzo](#). Este mes publicaremos una reseña en la que resumiremos las cuestiones que a nuestro juicio resultan de mayor interés y en el que incluiremos también el contenido de las [Directrices de ESMA sobre factores de riesgo](#) de 29 de marzo de 2019.

Anteproyecto reforma LSC: novedades para cotizadas

El 14 de junio finalizó la fase de audiencia pública del [Anteproyecto de Ley](#) que modifica la Ley de Sociedades de Capital y otras normas financieras para adaptarlas a la [Directiva \(UE\) 2017/828](#) (cuyo plazo de incorporación venció el 10 de



junio) e introducir otras mejoras de gobierno corporativo y de funcionamiento de los mercados. De manera muy resumida, apuntamos los aspectos que consideramos más importantes para nuestra práctica que incorpora dicho Anteproyecto:

- > Las sociedades tendrán derecho a conocer la identidad de los “*beneficiarios últimos*” de las acciones que invierten a través de intermediarios financieros.
- > El contenido de la política de remuneraciones y del informe anual de remuneraciones (“IAR”) pasa a ser mucho más detallado y preciso.
- > Si la junta rechaza el IAR en la votación consultiva, la sociedad podrá seguir aplicando la política de remuneraciones vigente hasta que se celebre la siguiente junta.
- > En situaciones extraordinarias, las compañías podrán aplicar excepciones temporales a su política de remuneraciones.
- > Las sociedades cotizadas podrán otorgar, por vía estatutaria, derechos de voto adicionales a las acciones que mantenga el titular durante, al menos, 2 años consecutivos (*loyalty shares*).
- > Se introducen especialidades en el régimen de operaciones vinculadas de las cotizadas para dotarle de una mayor claridad y sistematicidad.
- > Se modifican la Ley 35/2003, la Ley 22/2014 y la Ley 20/2018 para incorporar las medidas de la Directiva orientadas a fomentar una mayor transparencia e implicación de los inversores institucionales y sus gestores de activos.
- > Los asesores de voto (*proxy advisors*) domiciliados en España, con establecimiento

principal en España o con establecimiento en España (cuando no estén domiciliados ni tenga establecimiento principal en otro Estado miembro) tendrán nuevas obligaciones de transparencia.

- > A partir de una determinada fecha (inicialmente, el 1 de enero de 2020) los consejeros de las sociedades cotizadas deberán ser personas físicas.
- > Se suprimen los informes financieros trimestrales y se modifica la definición de sociedad cotizada. Tendrán dicha consideración las SA cuyas acciones negocien en cualquier mercado regulado de la UE (y no solo en los Mercados Secundarios Oficiales de Valores).

La fijación del precio equitativo en la OPA

La [SAN de 5 de abril de 2019](#) (ECLI:AN:2019:1106) anula el acuerdo del Consejo de la CNMV de 22 de diciembre de 2016 que autorizó la OPA de exclusión formulada por FCC sobre las acciones de Cementos Portland Valderrivas y obliga a recalcular el precio equitativo. La AN argumenta que los métodos de valoración del precio equitativo utilizados por el experto (principalmente, el “*descuento de flujo de caja*”) no resultaron adecuados y que no se justificó debidamente por qué no se tuvo en cuenta el “*valor teórico contable*”. Además, considera que el experto pudo estar afectado por un conflicto de intereses pese a que se establecieron “*murallas chinas*”.

El 26 de junio, la CNMV informó de la interposición de un recurso de casación contra la SAN y defendió los criterios utilizados para autorizar la OPA de exclusión.



INMOBILIARIO

Crédito inmobiliario: desarrollo de la Ley 5/2019

El pasado 16 de junio entraron en vigor el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril ("RD 309/2019") y la Orden ECE/482/2019, de idéntica fecha (la "Orden"), que desarrollan la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario ("Ley 5/2019"), y completan la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de 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.

De la Ley 5/2019 dimos cuenta en nuestro Novedades de abril de 2019. Ahora, el RD 309/2019 regula, entre otros aspectos, los siguientes: (i) los requisitos para prestar los servicios de asesoramiento y de asesoramiento independiente; (ii) los requisitos para la inscripción en el registro de los prestamistas de crédito inmobiliario; (iii) las características y contenido de la información que debe facilitarse al prestatario durante la vigencia del préstamo; y (iv) los medios telemáticos para la remisión de documentación por el prestamista al notario.

La Orden, por su parte: (i) establece los criterios para la determinación del ejemplo representativo en relación con la información básica que debe figurar en la publicidad de los préstamos inmobiliarios, los requisitos mínimos de conocimientos y competencia exigibles al personal al servicio del prestamista, intermediario de crédito o representante designado y los plazos y términos en que debe facilitarse información al prestatario en el caso de que se trate de un préstamo concedido en moneda extranjera; (ii) desarrolla el contenido de la ficha de advertencias estandarizadas; y (iii) complementa la regulación de las hipotecas inversas comercializadas en España, que fueron

excluidas del ámbito de aplicación de la Ley 5/2019 (art. 2.4.f).

Estas normas de desarrollo se completan con sucesivas Instrucciones y Resoluciones de la DGRN que aclaran algunas dudas interpretativas y de funcionamiento que ha planteado la nueva regulación. Así, la DGRN se refiere (i) a la firma de operaciones cuya comercialización, oferta y entrega al consumidor se hubiera desarrollado bajo la normativa anterior cuando la formalización se produce tras la entrada en vigor (Instrucción de 14 de junio de 2019), (ii) al uso de las plataformas informáticas de las entidades financieras y gestoras, para la tramitación de la información previa a las escrituras de préstamo hipotecario, en los días siguientes a la entrada en vigor de la Ley 5/2019 (Instrucción de 14 de junio de 2019), (iii) al depósito de condiciones generales de la contratación y a su reflejo en las escrituras de préstamo y en el Registro de la Propiedad (Instrucción de 13 de junio de 2019), y (iv) al ejercicio de las funciones notariales de comprobación del cumplimiento del control material de transparencia (Resolución de 16 de mayo de 2019).

Adquisición *a non domino* en caso de doble venta

La STS de 28 de mayo de 2019, nº 304/2019 (ECLI: ES:TS:2019:1722), zanja un litigio que versa sobre el ejercicio de una acción declarativa de propiedad de una parcela (la "Parcela") que debía segregarse de una finca (la "Finca"). Simplificando los hechos:

- Una SL (el "Propietario Inicial") vende a otra SL (el "Primer Comprador") la Parcela; la compraventa se formalizó mediante un par de documentos privados de 2.8.2002 y 3.2.2003; el Primer Comprador tomó posesión de la Parcela; la compraventa se elevó a público el 23.4.2004.



- > El administrador del Propietario Inicial y este venden a otra SL (el “Segundo Comprador”) tres fincas que pertenecían al administrador y la Finca entera; inicialmente, la venta se formalizó en documento privado el 6.11.2003 y se elevó a público el 25.11.03.
- > El Primer Comprador intentó inscribir la Parcela en julio de 2014; el registrador de la propiedad se lo denegó por ya aparecer inscrita la Finca a favor del Segundo Comprador.
- > En 2009 el Primer Comprador interpuso demanda contra el Propietario Inicial y el Segundo Comprador, solicitando que se declarase su propiedad sobre la Parcela y la nulidad parcial de la segunda compraventa, por haber incluido la Parcela o, subsidiariamente, que se declarara que la Parcela no fue transmitida en dicha compraventa.

Cuando llega a casación, el TS dará la razón al Segundo Comprador. Según su doctrina sobre el art. 1473 Cc, este se aplica *“cuando se da el supuesto de hecho de varias ventas sucesivas de un inmueble por el mismo vendedor, inicialmente propietario y con poder de disposición, también en los casos en que el primer comprador hubiera adquirido la propiedad del inmueble en virtud de la tradición. ... si el dominio estaba inscrito a favor del vendedor, aunque realmente lo hubiera transmitido a otro comprador, prevalece el comprador que inscribe si reúne en ese momento la buena fe requerida por el art. 34 LH”*.

Aunque durante el litigio se había discutido si la Finca había sido objeto de la segunda compraventa, al final, la Audiencia consideró probado que el Propietario Inicial vendió la Parcela y luego también vendió la Finca entera al Segundo Comprador.

Al final, el TS concluye que se dan todos los presupuestos para considerar que el Segundo Comprador mantiene la condición de dueño de la

Finca *“que resulta de su inscripción por resultar protegida por la fe pública registral”*: aunque el Propietario Inicial vendió la Parcela al Primer Comprador, *“que tomó posesión de ese trozo de la finca”*, el dominio con poder de disposición sobre la Finca entera estaba inscrito a favor del Propietario Inicial cuando este se la vendió al Segundo Comprador, *“quien inscribió a su nombre de buena fe”*, pues la Audiencia consideró probado que, cuando el Segundo Comprador compró, *“es evidente que no sabe que se le vende algo que en parte ya estaba vendido”*.

Tanteo convencional de carácter real atípico sin plazo previsto de ejercicio

En la RDGRN de 26 de abril de 2019 (BOE 13.5.19), se debate si es inscribible una compraventa de dos fincas gravadas con un derecho de tanteo sin plazo fijado de duración. Los recurrentes alegaban que el derecho había caducado por transcurso del plazo de cuatro años del art. 1508 Cc para la venta con pacto de retro. Para el Registrador, no cabe aplicar tal precepto por analogía y para inscribir debía presentarse, o escritura en que el titular del derecho consintiese su cancelación, o sentencia judicial firme ordenándola. El notario que otorgó la compraventa argumenta que el derecho no debió haberse inscrito, por tener alcance obligacional.

La DGRN recuerda que, con base en el criterio de *numerus apertus* que rige en nuestro ordenamiento, se permite constituir nuevos derechos reales atípicos y alterar el contenido típico de los derechos reales legalmente previstos. Entre tales derechos reales atípicos, se encontrarían los derechos de adquisición preferente. Además, la DGRN y la jurisprudencia han admitido que las partes contratantes configuren los derechos de tanteo y retracto voluntarios como un derecho real.

Esta libertad en relación a los derechos atípicos tiene que ajustarse a determinadas exigencias, entre ellas, *“respetar la necesaria fijación de la duración de los derechos reales limitados, salvo que*



excepcionalmente se admitan con carácter indefinido como ocurre con las servidumbres prediales”.

En este caso, según DGRN se está ante un “tanteo convencional inscrito, en base al principio de «*numerus apertus*»”, al que no es de aplicación, “*salvo que se hubiera así pactado expresamente*”, el plazo de caducidad del art. 1508 Cc; y considera que, por tanto, se le aplica el [art. 210.1, regla octava, LH](#) (aunque la DGRN no lo especifica, parece referirse a la parte de este precepto según la cual podrán cancelarse “*las inscripciones relativas a derechos de opción, retractos convencionales y cualesquiera otros derechos o facultades de configuración jurídica, cuando hayan transcurrido cinco años desde el día en que venció el término en que, según el Registro, pudieron ejercitarse...*”).

Ahora bien, aunque en este caso no cabe cancelar por caducidad el derecho, la regla general es que los tanteos y retractos convencionales o legales no impiden la transmisión efectuada “*sino que tan sólo determinan la preferencia en la adquisición por parte del titular del derecho*”. Por ello, cabe inscribir “*la compraventa efectuada, arrastrando la carga, siempre que se cumplan con las previsiones pactadas en el derecho de tanteo inscrito entre ellas la notificación fehaciente al titular del tanteo y retracto convencional*”.

CONCURSAL

Directiva de reestructuración preventiva

Tras varios años de tramitación, el pasado 26 de junio se publicó en el [Diario Oficial de la Unión Europea la Directiva 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de insolvencia](#) (la “Directiva”). El plazo para su incorporación en derecho español es de dos años (hasta 17 de julio de 2021), a excepción de las normas relativas a la

utilización de medios electrónicos que se amplía 5 o 7 años (17 de julio de 2024 o 2026).

La Directiva establece normas sobre (i) los marcos de reestructuración preventiva disponibles para los deudores en dificultades financieras cuando la insolvencia sea inminente, con objeto de impedir la insolvencia y garantizar la viabilidad del deudor, (ii) los procedimientos para la exoneración de las deudas contraídas por empresarios insolventes, y (iii) las medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas.

Una sección especial creada en el seno de la Comisión General de Codificación, por [orden del Ministerio de Justicia de 28 de septiembre de 2018](#), está trabajando desde hace meses en la elaboración de una propuesta de modificación de nuestra legislación sobre derecho preconcursal, sobre las medidas para aumentar la eficiencia del concurso y sobre el régimen del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. Los trabajos de esta sección especial incluirán la adaptación de nuestra legislación al texto de la Directiva. Está previsto que sus trabajos finalicen en diciembre de 2019 con la publicación de una propuesta de texto de modificación legislativa y un informe explicativo. Forma parte de esta sección D. Francisco Pérez-Crespo Payá, socio de Cuatrecasas y Abogado del Estado en excedencia.

La Directiva deja un amplio margen a los Estados miembros para la incorporación de sus normas al derecho interno, por lo que habrá que esperar a la publicación del anteproyecto de reforma de la Ley Concursal para conocer el alcance de sus modificaciones.

En todo caso, destacamos brevemente las principales cuestiones que deberán incluirse en la revisión de nuestra normativa preconcursal:

- La definición (i) del presupuesto objetivo (insolvencia inminente frente a la probabilidad de insolvencia) y subjetivo de



aplicación de las instituciones concursales (deudor persona jurídica/física/empresario), (ii) los acreedores afectados (con el mantenimiento o extensión de los únicos acreedores expresamente excluidos por la Directiva entre los que no se encuentran los acreedores de Derecho Público) y criterios para la formación de clases con inclusión o no de los “tenedores de participaciones del deudor” como clase y, por tanto, con el consentimiento necesario – o no- del deudor y de los socios del deudor-;,(iii) el contenido del Plan de Reestructuración y el procedimiento para su impugnación, (iv) la elección entre las reglas de prioridad absoluta o la admisión excepcional de la regla de prioridad relativa en el pago de los acreedores, (v) el mantenimiento o modificación de los criterios actuales del art. 5bis LC y (vi) la nueva configuración del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.

- Asimismo, en relación con los deberes de los administradores sociales, los Estados miembros se asegurarán que, en caso de insolvencia inminente, los administradores sociales velen por los intereses de los acreedores, socios y otros interesados, tomen medidas para evitar la insolvencia y eviten conductas dolosas o gravemente negligentes que pongan en peligro la viabilidad de la empresa.

Evidentemente, la utilización mayor o menor de las posibilidades que permite la Directiva supondrá necesariamente la consiguiente reforma del procedimiento concursal (por un mínimo criterio de coherencia normativa, no cabe admitir ni imponer a acreedores o al deudor instrumentos de diferente extensión en una situación preconcursal que en una concursal) y exigirá la coordinación también de los mecanismos societarios que pueden verse afectados (el carácter y procedimiento de la

decisión de los tenedores de las participaciones sociales sobre el Plan de Reestructuración).

PROPIEDAD INTELECTUAL

Directiva sobre derechos de autor

La [Directiva \(UE\) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital](#) aborda diversas cuestiones en materia de propiedad intelectual. Entre otros puntos destacables, con el propósito de garantizar el correcto funcionamiento del mercado de derechos de autor, la Directiva

- crea un nuevo derecho conexo para los editores de prensa para el uso en línea de sus publicaciones, y
- regula la responsabilidad de las plataformas que alojan contenidos protegidos subidos por sus usuarios. Su actividad se califica de comunicación pública y se les atribuye expresamente responsabilidad por la presencia de contenidos no autorizados en sus servicios, salvo que cumplan determinadas condiciones, que incluyen la de realizar los mejores esfuerzos para evitar la disponibilidad en la plataforma de contenidos no autorizados, en cooperación con los titulares de derechos.

La Directiva establece también medidas para mejorar las prácticas de concesión de licencias y garantizar un mayor acceso a los contenidos. Se regula en particular el uso de contenidos protegidos fuera del circuito comercial por parte de instituciones responsables del patrimonio cultural y la concesión de licencias colectivas con efecto ampliado. Se crean, asimismo, excepciones para la minería de textos y datos, para el uso de contenidos protegidos en actividades pedagógicas digitales y transfronterizas, y para la conservación del patrimonio cultural. La Directiva establece



también normas dirigidas a asegurar la remuneración equitativa de los autores y artistas intérpretes o ejecutantes en los contratos de explotación. El plazo de transposición finaliza el 7 de junio de 2021.

ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

El primer emplazamiento judicial a sociedades demandadas deberá ser en papel

Desde el 1 de enero de 2017 las personas jurídicas están obligadas a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 273.3 LEC, y la [Disposición Final 12ª.2](#) y la [Disposición Transitoria 4ª.3 de la Ley 42/2015](#).

Algunos tribunales habían interpretado que esta obligación permitía realizar el primer emplazamiento a las personas jurídicas demandadas aún no personadas en los procedimientos judiciales por medios electrónicos en su dirección electrónica habilitada ("DEH"), lo que generaba algunas situaciones de indefensión por desconocimiento o conocimiento extemporáneo de los emplazamientos.

Sin embargo, la [STC 47/2019, de 8 de abril, recurso de amparo nº 5693/2017 \(ECLI:ES:TC:2019:47\)](#), ha declarado que el primer emplazamiento o citación judicial a empresas demandadas no puede ser realizado por medios electrónicos, sino que debe realizarse en papel en su domicilio.

La referida STC estima el recurso de amparo de una empresa que fue citada para un juicio laboral en su DEH en lugar de mediante correo certificado en su domicilio social. La sociedad no conocía esta comunicación y no compareció en el

juzgado, lo que provocó que se estimara la demanda contra ella de uno de sus empleados. El Tribunal Constitucional considera que se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva de la sociedad demandada.

Aunque el supuesto de hecho analizado en la STC 47/2019 se refiere al orden social, la nueva doctrina constitucional resulta también aplicable a los órdenes civil y contencioso-administrativo. En ese sentido, como consecuencia de la STC 47/2019, el pasado 28 de mayo de 2019 el Ministerio de Justicia comunicó a los secretarios de gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo la obligación de remitir la citación o primer emplazamiento a sociedades y demás personas jurídicas de forma presencial y no a través de la DEH.

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.