

---

# Novedades Mercantil

Newsletter nº 107 – 1<sup>er</sup> trimestre de 2020

Abril 2020



---

**Recogemos una selección de jurisprudencia y doctrina administrativa relevante en materia mercantil. No hacemos referencia a las modificaciones legales y medidas extraordinarias aprobadas como consecuencia de la crisis sanitaria del Covid-19. Para ello puede consultarse nuestras publicaciones en el apartado [Coronavirus Task Force](#) de nuestra web.**

---

## **SOCIEDADES**

Duración de los protocolos familiares  
Responsabilidad por deudas y pago por fiador  
Impugnación de acuerdo restrictivo de derechos de socio  
Protección de minoría y dispensa a socios-administradores para concertar operación vinculada  
Conflicto de intereses de socios  
Carácter abusivo del acuerdo de reducción del número de consejeros  
Sustitución de poderes  
Nombramiento del representante de persona jurídica

---

## **CONTRATOS**

Retracto de créditos litigiosos ex art. 1535 Cc  
Carácter civil de la compraventa de empresa  
Contrato de obra y suministro y cláusula penal  
Aplicación de la prescripción de cinco años a derechos nacidos con anterioridad  
Retracto arrendaticio de finca hipotecada

---

## **MERCADO DE VALORES**

Operativa discrecional de autocartera  
Revisión del Código de Buen Gobierno  
Nuevos procedimientos de comunicación de información de emisores  
Cambios en las comunicaciones de consejeros y directivos

---

## **PROPIEDAD INTELECTUAL**

Escrito preventivo frente a medidas cautelares



## SOCIEDADES

### Duración de protocolos familiares

En su reciente [STS de 20 de febrero de 2020, nº 120/2020](#) (ECLI:ES:TS:2020:507) el Tribunal Supremo se pronuncia por primera vez sobre la validez o no de un protocolo familiar en el que se vinculan de forma perpetua las acciones y participaciones de un grupo familiar. Puede consultar el resumen y principales conclusiones de esta sentencia en el siguiente enlace:

[Legal flash | Duración de protocolos familiares. Imposibilidad jurídica de vincular perpetuamente a los socios](#)

### Responsabilidad por deudas y pago por fiador

Hablamos de la [STS de 16 de enero de 2020, nº 22/2020](#) (ECLI:ES:TS:2020:24).

La sentencia se ocupa de una deuda social (contraída en 2005) que es pagada después (en el año 2007) por una fiadora cuando la sociedad ya está incurso en causa de disolución. La fiadora ejercita una acción de responsabilidad por deudas contra el administrador de la sociedad (ex [art. 367 LSC](#)) al entender que su crédito por el pago de la deuda afianzada es posterior a la causa de disolución.

La cuestión controvertida es la determinación de cuándo se entiende que nace la deuda social reclamada por el fiador a la sociedad: si con la póliza de crédito afianzada que firmó la sociedad con una entidad bancaria (en el año 2005) o con el pago del fiador al acreedor principal (en el año 2007), estando ya la sociedad en causa de disolución.

El Tribunal Supremo resuelve afirma que el crédito de la fiadora contra la sociedad nació al asumir la fianza (2005), antes de la causa de disolución, y no al pagar al acreedor principal el crédito afianzado (2007). El derecho de la fiadora a reclamar a la sociedad deudora no puede considerarse una nueva

deuda social a los efectos del art. 367 LSC de hacer responsable al administrador que incumplió sus deberes de disolución *“sino más bien de que la existente persiste, sin perjuicio de que ahora sea el fiador el legitimado para reclamarla”*.

La sentencia dedica sus últimos párrafos a argumentar que esta es la solución más conforme con el tratamiento concursal del crédito garantizado con fianza en el concurso del deudor ([art. 87.6 LC](#)) señalando que, en el concurso, el pago del fiador de un crédito concursal con posterioridad a la declaración de concurso no hace nacer un crédito nuevo merecedor de la consideración de contra la masa sino que, simplemente, se prevé la sustitución del acreedor por el fiador en la titularidad del crédito.

### Impugnación de acuerdo restrictivo de derechos de socio

La restricción de los derechos del socio minoritario no debe analizarse desde la perspectiva del conflicto del socio mayoritario (ex [art. 190 LSC](#)) sino desde la perspectiva del posible carácter arbitrario del acuerdo o, de ir en contra del interés social, en detrimento de los intereses del socio minoritario. Lo dice la [SAP de Barcelona \(secc. 15ª\) de 18 de febrero de 2020, nº 354/2020](#) (ECLI:ES:APB:2020:850).

Un minoritario impugna un acuerdo de modificación de estatutos de una SL que pretende limitar el acceso de los socios minoritarios a los soportes documentales que amparan la formulación de las cuentas. El acuerdo se adopta en una sociedad en la que la mayoría del capital social recae en manos de un solo socio (con el 57,65%), que, además, designa administrador de la compañía. La propuesta de modificación era que solo pudieran acceder a los antecedentes de la contabilidad los socios que tuvieran, al menos el 50% del capital. El impugnante considera que el acuerdo adoptado infringe el [art. 190 LSC](#) por existir una situación de conflicto de intereses en la medida que el acuerdo propuesto favorecía exclusivamente al mayoritario. Además, solicita la nulidad del acuerdo por abuso de derecho y contrariedad al interés social, por cuanto



la reforma estatutaria privaba a todos los socios, excepto al mayoritario, del derecho a acceder a los documentos económicos de la compañía sin causa justificada.

La Audiencia toma nota de las muchas incidencias ocurridas en convocatorias anteriores que le sirven para constatar la existencia de una evidente situación de conflicto y desconfianza entre los socios que, además, eran clientes y competidores de la sociedad.

En todo caso, señala que respecto de la aprobación de este concreto acuerdo de modificación no resulta aplicable la prohibición de voto del [art. 190.1 LSC](#) porque no encuentra encaje en ninguno de sus apartados. Considera que el acuerdo de modificación tampoco puede anularse por infracción directa del [art. 272.3 LSC](#) (que prevé del derecho de acceso de los minoritarios a los antecedentes de las cuentas anuales) porque se trata de un precepto de carácter dispositivo que permite un régimen más restrictivo en cuanto al porcentaje necesario para el acceso o directamente su eliminación.

Considera, sin embargo, que, en una sociedad en la que existe una situación de conflicto tan evidente, *“el acuerdo no responde a una necesidad razonable de la sociedad, no parece que sea un mecanismo idóneo, en términos de proporcionalidad, para proteger los intereses sociales frente a un hipotético competidor”*. Señala que la LSC habilita otros mecanismos de protección del interés social que permite al administrador oponerse a requerimientos de información concretos cuando *“existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas”* ([art. 197.3 LSC](#)); esto es, considera que podrían restringirse aspectos o puntos concretos de la información solicitada atendiendo a estas puntuales razones objetivas, pero no aplicar el mecanismo excepcional del [art. 272.3 LSC](#).

### Protección de minoría y dispensa a socios-administradores para concertar operación vinculada

Hablamos de la [SAP de Barcelona \(secc. 15ª\) de 16 de enero de 2020, nº 98/2020 \(ECLI: ES:APB:2020:282\)](#). Se trata de una interesante sentencia, con un voto particular. En apretada síntesis, se ocupa de la impugnación de un acuerdo social de dispensa y de autorización a dos de los administradores de la demandada para que, a través de una tercera sociedad de la que los dos son propietarios exclusivos, se gestione la realización de un proyecto empresarial (de construcción de un complejo hotelero turístico en Cuba) realizado por una sociedad en la que la sociedad demandada tiene el 49% del capital social. El objeto social de la demandada consistía en el desarrollo y ejecución de proyectos urbanísticos y turísticos.

En línea con la pretensión del impugnante, la Audiencia declara que el acuerdo de dispensa de la situación de conflicto y de autorización de la gestión de ese proyecto empresarial es contrario al interés social porque se ha adoptado en el beneficio exclusivo de la mayoría.

La sentencia tiene interés por el detallado análisis que la Audiencia hace de las reglas societarias relativas a los conflictos de intereses de socios y administradores ([arts. 190, 228, 229 y 230 LSC](#)). Haciendo una interpretación *“integradora”* de las reglas que resuelven estos conflictos cuando el competente para decidir es el consejo ([art. 230.2 LSC](#)) y cuando lo es la junta general ([art. 230.3 LSC](#)), concluye que, el acuerdo de dispensa a los administradores, a pesar de haber sido adoptado regularmente en la junta (con el voto favorable del 94,37% de los socios y de que los socios administradores se abstuvieron en la votación), no fue válido por no haber respetado los principios de transparencia e inocuidad al interés social. En su opinión, no fue suficiente que el órgano de administración solicitara la dispensa a la junta. Habría sido necesario elevar a la junta un informe que permitiera al conjunto de socios conocer cuáles eran las alternativas razonables a la transacción vinculada y una explicación de las razones por las



cuales la propuesta resultaba inocua a los intereses sociales.

En cuanto a la eventual lesión del interés social, la Audiencia entiende que el punto de partida para la resolución de la cuestión es que la sociedad ha consentido en trasladar a un tercero (una sociedad vinculada exclusivamente con los administradores conflictuados), una importante oportunidad de negocio de la sociedad.

En su opinión, si no se explican y justifican adecuadamente las razones por las que es necesaria o conveniente la externalización y la elección de una sociedad vinculada con los socios administradores conflictuados para la gestión del proyecto empresarial, la única conclusión razonable es presumir que se ha infringido el interés social. En este caso, a quien le correspondía la carga de la acreditación de esas razones no es al socio minoritario impugnante del acuerdo sino a la sociedad y ello (i) porque es la sociedad quien está en mejores condiciones para hacerlo (art. 217.7 LEC) y (ii) por aplicación al caso de la regla del [art. 190.3 LSC](#). La falta de una explicación adecuada y razonada por la sociedad determina que se haya de considerar violado el interés social.

La sentencia contiene un voto particular de uno de los magistrados en el que rechaza la interpretación “*maximalista*” de la Audiencia de exigir, para la validez del acuerdo de dispensa adoptado por la junta, un informe que la LSC no exige. Niega que la independencia propia de los administradores deba exigirse a la actuación de los socios.

Por razones que explica en detalle, niega la existencia de un conflicto de intereses ni directo ni indirecto, ni que la sociedad que materialmente realiza el proyecto (participada al 49% por la demandada) pueda ser considerada una filial ni que se trate de una transacción vinculada. Niega la lesividad del interés social, sobre todo, por la escasa argumentación y prueba por parte del impugnante.

## Conflicto de intereses de socios

Hablamos de la [SAP de Barcelona \(secc. 15ª\) de 9 de enero de 2020, nº 39/2020 \(ECLI: ES:APB:2020:173\)](#).

En una sociedad, participada al 75% por su matriz, la socia titular del 25% impugna varios acuerdos sociales relacionados con la matriz, por considerar que se da una situación de conflicto de intereses en la que el socio mayoritario debería haberse abstenido por aplicación del [art. 190.1 LSC](#). A partir de aquí, el demandante solicita la anulación de los votos del socio mayoritario y que el juez declare aprobado el acuerdo en sentido contrario.

La Audiencia entiende que dicho conflicto no existe: “*Pese a la pertenencia del socio mayoritario de la demandada y de ésta misma, a un determinado grupo societario, y admitiendo que en estos casos pueden darse situaciones en que el socio mayoritario pretenda primar el interés del grupo frente al interés de una de las sociedades filiales en la que participa, ello no supone un conflicto de interés (...) en los términos del art. 190.1 LSC*”. En el caso concreto, ninguno de los acuerdos relacionados con la matriz tienen encaje en los supuestos legales de prohibición de voto del [art. 190.1 LSC](#) ni procede la invocación del [art. 229 LSC](#) referido al deber de lealtad de los administradores.

Aclara también que, incluso si se hubiera vulnerado el [art. 190.1 LSC](#), “*la consecuencia de tal infracción sería la de no computar los votos del socio-administrador, y determinar si se ha alcanzado la mayoría suficiente para que se considere que existe acuerdo, conforme establece el art. 190.2 LSC, pero en ningún caso debe aceptarse que el acuerdo debe ser el contrario a lo acordado de forma ilegal, tras computar únicamente los votos emitidos por la demandada, que de esta forma, y con una posición minoritaria, pretende suplantar a la mayoría de capital que le es adversa*”.

## Carácter abusivo del acuerdo de reducción del número de consejeros

En el transcurso de una junta general de sociedad anónima, un socio titular de más del veinticinco por ciento del capital social intentó la designación de uno de los cuatro miembros del consejo de



administración, estructura de gobierno y número de vocales que se había mantenido desde 1969. En esa misma Junta general la mayoría acordó reducir el número de componentes de cuatro a tres; acuerdo que fue ratificado en una junta posterior regularmente convocada.

La [SAP de Madrid \(secc. 28ª\) de 25 de octubre de 2019, nº 498/2019 \(ECLI:ES:APM:2019:16666\)](#) considera, estimando el recurso de apelación del accionista, que el acuerdo adoptado en estas circunstancias fue abusivo. Las razones para la desestimación en primera instancia no constituyen obstáculo para tal calificación: la alegación de que el administrador hubiera desempeñado el cargo de presidente de forma negligente muchos años atrás o el carácter litigioso de la condición de socio (que era admitida pacíficamente a otros efectos) no pueden enervar su derecho. Tampoco el hecho del enfrentamiento societario, que precisamente explica el intento de ejercer el derecho de representación proporcional.

## Sustitución de poderes

Una SL concede a un apoderado una serie de facultades, entre otras, la listada como “z” de *“Sustituir estas facultades, total o parcialmente, en la persona o personas que designe y revocar las sustituciones realizadas”*. El apoderado otorga escritura sustituyendo algunas de sus facultades - entre otras, dicha facultad “z”- a favor de otra persona. Invocando la ambigüedad del término *“sustituir”*, el Registro Mercantil deniega la inscripción, indicando que, en todo caso, *“la inscripción de la sustitución no comprenderá la facultad z) del poder sustituido”*.

La [RDGRN de 19 de diciembre de 2019 \(BOE 12.3.20\)](#) distingue entre sustitución en sentido propio o plena (o por vía de transferencia del poder), y sustitución en sentido impropio (o por vía de subapoderamiento). En la sustitución plena se extingue la relación entre principal y apoderado-sustituyente, el sustituto *“queda en relación directa y única con el principal”* y se ha de *“cancelar el poder por autorrevocación en la hoja registral”*; en el subapoderamiento *“la relación jurídica media entre*

*apoderado y subapoderado”*, si bien los efectos del acto representativo continúan dándose en servicio del principal, y no se extingue - luego no hay que cancelarlo- el poder del primer apoderado. En el caso aquí abordado, no se ha dado la sustitución en sentido propio, pues eso debería deducirse claramente de los términos en que se sustituyeron las facultades, luego estamos ante un subapoderamiento.

En cuanto a la facultad “z” de sustituir, la Dirección General de Registros y del Notariado - nombre que todavía conservaba cuando se dictaron las resoluciones reseñadas en este Novedades- no acepta que se pueda a su vez sustituir pues *“el poderdante inicial la ha concedido exclusivamente al apoderado en el que tiene depositada su confianza, por lo que para poder practicarla sucesivamente (sea o no con límites) ello ha de explicitarse con absoluta y meridiana claridad”*.

## Nombramiento del representante de persona jurídica

La Dirección General de Registros y del Notariado en su [RDGRN de 11 de diciembre de 2019 \(BOE 10.3.20\)](#) reitera doctrina anterior al abordar dos puntos relativos a las formalidades del nombramiento del representante persona física (el “representante”) de una SA que es administrador persona jurídica de una SL ante la calificación negativa de una escritura en la que la SA cesa y nombra representante.

Por una parte, reiterando la doctrina de la [RDGRN de 22 de septiembre de 2010 \(BOE 15.11.10\)](#), acepta que el representante lo designe un apoderado de la SA, dado que el notario que eleva a público el cese y nombramiento reseña la escritura de apoderamiento y expresa su juicio de suficiencia sobre las facultades representativas del apoderado.

Por otra, aunque desde la [RDGRN de 11 de marzo de 1991 \(BOE 29.5.91\)](#) la DGRN ha entendido que si el representante no es miembro del órgano de administración del administrador persona jurídica, su nombramiento revestirá la naturaleza de apoderamiento, y aunque la inscripción de poderes



en el Registro Mercantil no requiere la aceptación previa por parte del apoderado, sin embargo, reiterando la doctrina de la [RDGRN de 20 de septiembre de 2019](#) (BOE 13.11.19), considera que el representante debe aceptar su nombramiento. Con base en el [art. 236 LSC](#), los efectos de la designación del representante se asimilan a los del administrador en cuanto a “*requisitos legales establecidos para acceder al cargo de administrador, así como deberes y responsabilidades del mismo*”; por ello, “*siquiera sea por asimilación y remisión al régimen del nombramiento de administradores*”, es necesario la aceptación del representante “*para ejercer las funciones propias del cargo de administrador*” para el que ha sido nombrada la sociedad.

## CONTRATOS

### Retracto de créditos litigiosos ex art. 1535 Cc

Una entidad de crédito (el “Banco”) otorgó varios préstamos hipotecarios a Hotel Blanco Don Juan S.L. (“Hotel”). En 2014 Hotel interpuso demanda contra el Banco solicitando la nulidad de las cláusulas de los préstamos de limitación de la variación a la baja del tipo de interés remuneratorio pactado (“cláusula suelo”). En junio de 2015 el Banco cedió conjuntamente 91 créditos (entre ellos, los de Hotel) a un fondo (el “Fondo”) por 283 M. euros (aprox.). Comunicada la cesión a Hotel, este interpuso demanda contra el Banco y el Fondo para que se declarase su “*derecho de retracto*” “*sobre los créditos litigiosos cedidos*” según el [art. 1535 Cc](#). La primera instancia estima la demanda contra el Fondo y la desestima contra el Banco. La Audiencia Provincial desestima el recurso del Fondo. Este recurre en casación aduciendo que los créditos cedidos no son litigiosos a efectos del art. 1.535 Cc pues en los pleitos por la cláusula suelo “*no se discuten ni la existencia ni la exigibilidad de los respectivos préstamos, ni en aquellos figura la entidad cedente [el Banco] como demandante (sino como demandada)*”. La [STS de 5 de marzo de 2020, nº 151/2020](#) (ECLI: ES:TS:2020:728) estima su recurso. Frente a la postura (que el TS llama “*tesis restrictiva*”) que circunscribe el crédito litigioso a los

supuestos en que el pleito tiene por objeto la existencia o exigibilidad del crédito, Hotel invoca la [STS de 28 de febrero de 1991, nº 149/1991](#) (ECLI: ES:TS:1991:1137), para defender que el crédito litigioso comprende “*también cualquier otro [pleito] en que se debata sobre su naturaleza, extensión, cuantía, modalidades, condiciones o vicisitudes*”, incluyendo cualquier pleito relativo a una cláusula suelo.

Tras repasar jurisprudencia anterior (STS de 16 de diciembre de 1969, nº 690/1969, [STS de 31 de octubre de 2008, nº 976/2008](#) - ECLI:ES:TS:2008:5693-, [STS 1 de abril de 2015, nº 165/2015](#) - ECLI:ES:TS:2015:1420-, [STS 13 de septiembre de 2019, nº 464/2019](#), - ECLI:ES:TS:2019:2811-), el TS resume los requisitos de los créditos litigiosos a efectos del art. 1535 Cc, entre otros, que el “*contenido u objeto de la acción judicial debe tratarse de una acción de carácter declarativo cuya pretensión sea la declaración de la existencia y/o exigibilidad del crédito, ...*” (además, indica que se excluyen los supuestos de cesión en globo o alzada del [art. 1532 Cc](#)).

El TS se decanta por la tesis restrictiva.

Tras exponer su origen en el Derecho Romano, el TS indica que los fundamentos de su introducción en el Código civil son “*desincentivar a los especuladores de pleitos (que adquieren del demandante derechos judicialmente discutidos a bajo precio para reclamar después dichos derechos de los demandados)*” y “*reducir la litigiosidad*” (“*cortar pleitos*”). Aunque no es un retracto porque no hay subrogación, se le denomina así por sus analogías y similitudes funcionales con el retracto “*en cuanto a la limitación que suponen sobre la libre disposición del titular del derecho, la subsunción del «retrayente» en las condiciones pactadas por dicho titular o cedente con el cesionario del crédito o derecho cedido y el perentorio plazo de su ejercicio (art. 1524 Cc)*” y por necesidades de tipo procesal a la hora de garantizar el cobro del precio por parte del cesionario.

Tras ello, el TS destaca que “*la regla general en nuestro Derecho es la de la libre transmisibilidad de todos los derechos y obligaciones, salvo pacto en contrario*” ([art. 1112 Cc](#)), de modo que el cesionario adquiere la titularidad del crédito, “*con el mismo*



*contenido que tenía el acreedor cedente, ...”, y “puede reclamar la totalidad del crédito del cedente, con independencia de lo pagado ...”* Frente a ello, el “retracto de crédito litigioso” constituye una excepción que requiere una interpretación estricta. Además, el TS ahonda en el carácter excepcional del art. 1535 Cc, aduciendo, entre otros argumentos, su “proximidad institucional” con los retractos legales, que también se interpretan estrictivamente.

Tras reinvocar su origen y fundamentos, el TS destaca que el “contexto socio-económico del momento histórico en que se originó” es muy distinto del contexto actual surgido tras la crisis, que ha dado lugar a un “intenso proceso de reestructuración y reforzamiento de los recursos propios del sistema financiero”. En este contexto, las cesiones de carteras o conjuntos de créditos de baja calificación crediticia por parte de entidades de crédito, con frecuencia a fondos de inversión extranjeros, pretenden mejorar la liquidez y el ratio financiero y de morosidad de las entidades crediticias y reducir provisiones y costes de gestión, finalidades todas ellas distintas de las del art. 1535 Cc. Además, resultaría contrario a su ratio de “cortar pleitos”, otorgar este retracto a todo deudor que demande a su acreedor, “con independencia de la existencia o carencia de fundamento ...”, pues ello estimularía los litigios.

A la luz de las anteriores consideraciones, el TS ratifica el concepto de crédito litigioso como aquél que “*habiendo sido reclamada judicialmente la declaración de su existencia y exigibilidad por su titular, es contradicho o negado por el demandado, y precisa de una sentencia firme que lo declare como existente y exigible*”, de modo que, para generar el derecho del art. 1535 CC, el pleito al que se refiere la [STS de 28 de febrero de 1991, nº 149/1991](#), que versa sobre la naturaleza, condiciones u otras vicisitudes del crédito, necesitará “*afectar también a la propia existencia o exigibilidad de la obligación*”.

No es el caso, pues el litigio se refiere a una cláusula suelo, cuya nulidad no afectaría “*a la subsistencia ni a la exigibilidad*” del resto de las obligaciones del préstamo. Además, y aunque el hecho no es determinante, el TS tiene en cuenta que Hotel ejerció su acción, en el pleito sobre cláusulas suelo,

contra el Banco sin que conste la subrogación procesal pasiva del Fondo, situación que considera que no se corresponde con la tipología general del supuesto de hecho subsumido en el art. 1535 Cc.

### Carácter civil de la compraventa de empresa

La [STS de 20 de febrero de 2020 nº 119/2020](#) (ECLI:ES:TS:2020:502) confirma una de las líneas jurisprudenciales mayoritarias en la doctrina del TS. La compraventa solo es mercantil cuando cumple literalmente los requisitos establecidos en el [art. 325 CCo](#): compra de bienes muebles para revenderlos, en la misma forma u otra, con ánimo de lucrarse en la reventa.

En el caso, el objeto del contrato lo constituían acciones de varias compañías. Falta en aquel el elemento intencional que se precisa para la calificación como especial (mercantil), del contrato de compraventa: no hay propósito de reventa.

La consecuencia de la consideración civil del contrato es la de excluir la norma especial mercantil sobre mora automática ([art. 63 CCo](#)). Los intereses deben computarse desde el momento en el que se reclamó el pago a la compradora, en el caso extrajudicialmente.

### Contrato de obra y suministro y cláusula penal

En el caso abordado por la [STS de 28 de enero de 2020, nº 57/2020](#) (ECLI:ES:TS:2020:159), una sociedad reclama a otr facturas impagadas de un contrato de ejecución de obra y suministro de materiales. La demandada se opone alegando resolución por incumplimiento del contrato por la demandante y que se había pactado que la demandada “*haría suyas -en concepto de indemnización por daños y perjuicios- «las cantidades pendientes de abono por cualquier concepto, las garantías constituidas y/o depósitos que pudieran existir y la producción pendiente de facturar por parte del subcontratista, salvo por causas de fuerza mayor»*”. En primera instancia se desestima la demanda al entender que la demandante había incurrido en



varios incumplimientos (entre otros, “*el abandono de la obra sin haber terminado los trabajos*”), y, en virtud de lo pactado, no podría reclamar cantidad alguna. La Audiencia entiende que las facturas reclamadas responden a la ejecución de ciertas unidades de obra correctamente realizadas, considera la obligación parcialmente cumplida y modera la pena. La demandada recurre y gana la casación.

El TS constata que el abandono de la obra supuso un claro incumplimiento contractual (“*pues la cimentación y la estructura en ningún momento iba ya a poder ser ejecutada por la actora*”) y reitera su doctrina según la cual, *ex art. 1154 Cc*, no cabe moderar la pena en casos “*en que la penalidad pactada lo es para el caso de que se produzca una resolución contractual por incumplimiento de la contratista*”. Para tal caso se había establecido específicamente “*que la parte incumplidora quedaba privada de cualquier derecho a reclamar cantidad alguna*”, y la literalidad de la cláusula “*excluye cualquier forma de moderación*”.

### Aplicación de la prescripción de cinco años a derechos nacidos con anterioridad

La *STS de 20 de enero de 2020, nº 29/2020* (ECLI:ES:TS:2020:21), estima la existencia de error judicial en una resolución, que había afirmado la prescripción de una acción nacida en 2009, por aplicación retroactiva de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que entró en vigor el 7 de octubre del mismo año. Esta ley modificó el *art. 1964 Cc*, y redujo el plazo de quince años en él previsto por uno de cinco años. La norma contiene una disposición transitoria, que se remite a lo dispuesto en el *art. 1939 Cc*, sobre el que descansa el fallo de la sentencia

Prescindiendo de otras consideraciones técnicas sobre la interpretación de la norma, la principal aportación, didáctica si se quiere, de la sentencia, se encuentra en el calendario explicativo de la aplicación de la nueva prescripción, en fundamento que reproducimos a continuación:

(i) Relaciones jurídicas nacidas antes del 7 de octubre de 2000: estarían prescritas a la entrada en vigor de la nueva Ley.

(ii) Relaciones jurídicas nacidas entre el 7 de octubre de 2000 y el 7 de octubre de 2005: se les aplica el plazo de 15 años previsto en la redacción original del *art. 1964 Cc*.

(iii) Relaciones jurídicas nacidas entre el 7 de octubre de 2005 y el 7 de octubre de 2015: en aplicación de la regla de transitoriedad del *art. 1939 Cc*, no prescriben hasta el 7 de octubre de 2020.

(iv) Relaciones jurídicas nacidas después del 7 de octubre de 2015: se les aplica el nuevo plazo de cinco años, conforme a la vigente redacción del *art. 1964 Cc*.

### Retracto arrendaticio de finca hipotecada

El 1.11.13. una SL arrienda una vivienda unifamiliar a una persona física (en adelante, la “arrendataria”). El 24.7.14 la SL y una SA otorgan escritura de compraventa y subrogación hipotecaria por la cual, entre otras fincas, la SA compra la vivienda a la SL por 181.000 euros y -con el consentimiento del banco acreedor hipotecario- se subroga en una deuda hipotecaria de 940.000 euros (aprox.) de la SL frente al banco. El 7.8.14, por carta remitida notarialmente a efectos de cumplir el *art. 25 LAU*, se comunica a la arrendataria que la SL había transmitido a la SA la vivienda. La arrendataria comunica a la SA su intención de adquirir “*por el precio de 181.000 euros mediante la subrogación en la hipoteca vigente que grava el inmueble indicado*”. La primera instancia estima la demanda contra la SA. La Audiencia Provincial desestima el recurso de la SA. Esta recurre en casación. La *STS de 15 de enero de 2020, nº 11/2020* (ECLI: ES:TS:2020:37) estima su recurso.

El TS razona que, según se desprende de los *arts. 1205 Cc* y *118 LH*, en la compraventa de una finca hipotecada, “*el adquirente tendrá que soportar la afectación real, pero el enajenante sigue siendo deudor*”; si las partes pactan que el comprador asume la deuda pendiente, ese pacto produce efectos entre ellos, pero “*el vendedor sigue estando obligado frente al acreedor a no ser que este último consienta su liberación*”; incluso aunque al vender el comprador



retenga la suma asegurada por la hipoteca con intención de que ser él quien pague el préstamo hipotecario *“tampoco queda liberado el deudor enajenante sin el consentimiento del acreedor hipotecario...”* Y es que al acreedor *“no le resulta indiferente la persona del deudor, ...”*; además, la normativa de concesión de crédito de forma responsable impone que las entidades financieras la evalúen *“la solvencia del potencial prestatario”*.

Por eso, *“el derecho a subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato”* ex art. 1521 Cc no implica una subrogación *“ex lege”* en la deuda. En ausencia de tal subrogación *“ex lege”*, sin el consentimiento del acreedor (que aquí no se ha dado), la voluntad del retrayente de *“subrogarse en la hipoteca”* no *“puede cumplir la función que persigue el reembolso (art. 1518 CC) de dejar indemne al comprador retraído”* [recordemos que el art. 25.3 LAU sujeta el ejercicio del retracto a dicho art. 1518 Cc].

El TS acaba rechazando las alegaciones de la arrendataria. Entre ellas, que si se admitiera que la compraventa *“enmascaraba una dación en pago”*, y se aceptase que el retracto arrendaticio ex art. 25 LAU se aplica también a tal dación (lo que es discutible), aun así, *“el precio sería el importe de la deuda que el arrendador extingue mediante la transmisión, sin que ... pudiera declararse como forma de pago la subrogación hipotecaria sin consentimiento del acreedor”*.

## MERCADO DE VALORES

### Operativa discrecional de autocartera

Con el fin de alinearse con las prácticas de la UE, el 13 de enero CNMV informó que dejaba sin efecto los Criterios de operativa discrecional de autocartera de 2013. De esta manera, la negociación con acciones propias quedará protegida únicamente cuando se realice conforme a los “puertos seguros” para (i) programas de recompra y medidas de estabilización (art. 5 Reglamento de Abuso de Mercado (UE/596/2014) o (ii) contratos

de liquidez (la recientemente modificada, Circular CNMV 1/2017). En la práctica esto supone que la legalidad de la operativa de autocartera que no quede amparada por un “puerto seguro” será analizada, caso a caso, por la CNMV.

### Revisión del Código de Buen Gobierno

El 15 de enero la CNMV sometió a consulta una revisión, de alcance limitado, del Código de Buen Gobierno. Como ya hiciéramos en anteriores ocasiones, Cuatrecasas ha presentado unas Observaciones como parte de su firme compromiso por la mejora del gobierno corporativo en España. El periodo de consulta pública finalizó el 14 de febrero.

### Nuevos procedimientos de comunicación de información de emisores

Desde el 8 de febrero los emisores deben comunicar y publicar su información privilegiada y su otra información relevante (OIR) de forma separada. Este cambio viene motivado por los nuevos canales que ha habilitado CNMV para la recepción y publicación de estos dos tipos de información, que fueron informados al mercado mediante un Comunicado de 29 de enero y distintas conferencias y talleres prácticos para emisores.

La Ley del Mercado de Valores, en sus arts. 226 y 227, ya distinguía estas dos tipologías de información. Sin embargo, en la práctica, este nuevo procedimiento ha supuesto un cambio de mentalidad para muchas compañías que realizan ahora un análisis previo que antes no hacían. Algunas compañías han aprobado protocolos internos con el fin de facilitar este análisis y la identificación de la información.

### Cambios en las comunicaciones de consejeros y directivos

El 2 de marzo entraron en vigor las siguientes modificaciones:

- Normativa de transparencia. Los consejeros no tendrán que presentar: (i) comunicaciones de participación significativa conforme a lo previsto en



los arts. 125.5 LMV y art. 31 RD 1362/2007 ni (ii) las comunicaciones de sistemas retributivos previstas en la DA 8ª LMV y art. 47 RD 1362/2007.

- > **Normativa de abuso de mercado.** Los consejeros y directivos tendrán que notificar todas las operaciones que realicen sobre acciones o deuda de la sociedad, derivados u instrumentos financieros ligados a ellos, cuando su importe supere los 20.000€ al año. Las personas que tengan vínculo estrecho con ellos también estarán obligadas a comunicar las operaciones que realicen cuando superen dicho umbral. A efectos del cálculo del umbral, ESMA ha confirmado que no se deberán agregar las posiciones del consejero o directivo y las de sus personas con vínculo estrecho.

Ver Comunicaciones de CNMV de 18 de febrero.

## PROPIEDAD INDUSTRIAL

### Escrito preventivo frente a medidas cautelares

El Juzgado Mercantil nº 8 de Barcelona, mediante auto nº 84/2020, de 25 de febrero de 2020 (ECLI:ES:JMB:2020:4A), secundado por el pleno de Magistrados del Tribunal Mercantil de Barcelona, ha admitido un escrito preventivo en materia de derechos de autor como medida anticipatoria ante el temor fundado de ser objeto de una petición de medidas cautelares *inaudita parte* por parte de un tercero.

Con un escrito preventivo se pretende dar argumentos al juez para denegar las medidas cautelares que en su caso se soliciten y, subsidiariamente, lograr no se adopten sin antes celebrar una audiencia en la que pueda ser oído el demandado. Si bien esta figura se recoge en la vigente Ley de Patentes (Ley 24/2015), no se prevé expresamente en otros ámbitos de propiedad industrial e intelectual. En materia de marcas y de secretos empresariales se suele admitir, por la remisión de las respectivas leyes reguladoras a las normas sobre medidas cautelares de la Ley de Patentes. El Auto que reseñamos lo acepta también

para el caso de derechos de propiedad intelectual (por ejemplo, sobre obras audiovisuales, musicales, videojuegos, software), ofreciendo así un mecanismo eficaz de protección especialmente en el contexto de lanzamientos o campañas clave que podrían verse frustradas por la adopción de medidas cautelares sin audiencia del demandado.

---

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

©2020 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.



IS 713573