



COVID-19

Aspectos esenciales para empresas, entidades financieras y fondos

SOCIEDADES

Revisión parcial de Código Unificado de Buen Gobierno

Responsabilidad de administradores por deudas sociales: seguros D&O y otras cuestiones de interés:

- > Cobertura de un seguro D&O
- > Nacimiento de la obligación por deudas posteriores a la causa de disolución
- > Falta de depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil
- > Imputación temporal por deudas sociales en un supuesto de cambio de administrador

Impugnación de acuerdos sociales: acuerdos negativos; acuerdos contrarios al interés social

Administradores mancomunados: revocación de poderes y convocatoria de junta

Representación en junta: efectos de la asistencia del representado

Votación secreta en junta

Estado de información no financiera: requisitos

Ejercicio del derecho de separación: efectos

Aumento de capital con defectos en convocatoria y plazo de suscripción

CONTRATOS

El poder de disposición de las partes sobre el procedimiento de anulación de laudo arbitral

Desistimiento unilateral en contratos de duración indefinida

Transporte continuado e indemnización por falta de preaviso

Inaplicación de *rebus sic stantibus* en un contrato de corta duración para la gestión de publicidad

Autos adoptando *inaudita parte* medidas cautelares de suspensión de ejecución de avales a primer requerimiento en el contexto del COVID-19

Fianza solidaria con renuncia al beneficio de excusión

COMPETENCIA

Concepto de impedimento significativo de competencia efectiva en control de concentraciones: interpretación del TGUE



COVID-19

Durante estos meses hemos ido informando puntualmente de las novedades jurídicas relevantes para las empresas en relación con las medidas aprobadas por el COVID-19. Todas nuestras publicaciones están disponibles en nuestra web en el apartado: [Coronavirus Task Force](#).

Para un resumen ejecutivo de las principales medidas puede acceder a nuestro legal flash:

[COVID-19: Aspectos esenciales para empresas, entidades financieras y fondos](#)

SOCIEDADES

Revisión parcial del Código Unificado de Buen Gobierno

El 26 de junio la CNMV publicó una [revisión parcial del código de buen gobierno de las sociedades cotizadas](#) (el "CBG"), con el fin de mantenerlo alineado con los más altos estándares internacionales de buen gobierno.

Puede consultar las novedades más relevantes en el legal flash preparado por nuestro equipo de especialistas:

[Legal flash | Novedades para sociedades cotizadas: revisión parcial del código de buen gobierno de las sociedades cotizadas](#)

Responsabilidad de administradores por deudas sociales: Seguros D&O y otras cuestiones de interés

[Cobertura de un Seguro D&O](#)

La SAP de Barcelona (secc. 15ª) de 30 de abril de 2020, nº 653/2020 (ECLI:ES:APB:2020:2888), en un caso que versa sobre la cobertura de un seguro de

responsabilidad civil de administradores (D&O), discute si la responsabilidad de la aseguradora cubre la que se deriva de una acción de responsabilidad por deudas contra el administrador de la sociedad (*ex art. 367 LSC*).

Existe un debate en cuanto a la naturaleza de dicha responsabilidad por deudas. La AP resume la posición mayoritaria señalando que, si bien no se trata de una responsabilidad civil, puede ser objeto de cobertura en un seguro de responsabilidad civil, aunque la obligación que se deduzca contra el administrador no tenga naturaleza indemnizatoria. Y, "*precisamente*," por no tener carácter indemnizatorio, conviene "*incluirla o excluirla de forma expresa, conforme a la libertad de pactos que rige en esta materia*".

En su opinión, una cláusula en un contrato de seguro D&O que excluya expresamente la cobertura de responsabilidad por deudas debe considerarse una "*cláusula delimitadora*" del contrato (esto es, una cláusula que sirve para fijar con precisión la responsabilidad asegurada). Tal exclusión exonera a la compañía aseguradora del deber de indemnizar por la responsabilidad que derive de la aplicación del art. 367 LSC y no precisa para su validez de aceptación expresa por el tomador del seguro en los términos que prevé el [art. 3 LCS](#).

[Nacimiento de la obligación por deudas sociales posteriores a la causa de disolución](#)

Recordemos que, conforme al art. 367 LSC, en una sociedad incurso en causa de disolución, los administradores responden de las deudas sociales posteriores a la aparición de dicha causa si incumplen su deber legal de promover la disolución de la sociedad. De ahí que resulte esencial determinar el momento de nacimiento de esa obligación de responsabilidad. Reseñamos aquí recientes SSTs sobre el tema a propósito de diversos casos:

- Contrato de arrendamiento. La STS de 1 de junio de 2020, nº 215/2020 (ECLI: ES:TS:2020:1503) confirma la doctrina jurisprudencial según la cual, en estos contratos de tracto sucesivo, la obligación nace cada vez que se devenga el pago de una renta periódica, no en el momento de celebración del contrato originario.



- **Vicios en la construcción.** Según la STS de 25 de mayo de 2020, nº 212/2020, la deuda social derivada de una obligación de reparar vicios y defectos de la construcción surge en la fecha en la que fueron entregados los inmuebles. No nace ni con la sentencia que los declara ni con el contrato del que surge la obligación de entrega.
- **Deuda surgida de accidente laboral.** Según la STS de 25 de mayo de 2020, nº 193/2020 (ECLI:ES:TS:2020:1225), la deuda social por una indemnización a un trabajador que ha sufrido un accidente laboral surge con el siniestro, no con la sentencia que lo reconoce. Luego si el accidente es anterior a la aparición de la causa de disolución, y la sentencia que lo reconoce es posterior, la deuda no es posterior a efectos del art. 367 LSC.

Falta de depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil

La falta de depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil no es causa legal de disolución de la sociedad, ni constituye prueba directa de la concurrencia de una causa legal de disolución. Lo dice la STS de 28 de mayo de 2020, nº 202/2020 (ECLI:ES:TS:2020:1453).

Imputación temporal de responsabilidad por deudas sociales en un supuesto de cambio de administrador

La AP de Barcelona modifica el criterio que mantenía sobre responsabilidad por deudas en caso de cambio de administrador.

Hasta ahora, si un nuevo administrador asumía el cargo después de que la sociedad estuviera en causa de disolución no instada por el administrador anterior, la Audiencia venía condenando a los administradores a responder de todas las deudas de la sociedad posteriores a la causa de disolución, incluidas las anteriores a su nombramiento. La sentencia más reciente en este sentido ha sido la SAP de Barcelona, de 8 de noviembre de 2019 (secc. 15ª), nº 2018/2019 (ECLI:ES:APB:2019:12919), reseñada en nuestro Novedades Mercantil de enero de 2020.

En la SAP de Barcelona (secc. 15ª) de 22 de abril de 2020, nº 617/2020 (ECLI:ES:APB:202:2636), la

Audiencia modifica su posición para adaptarse a la doctrina fijada por el TS en la STS de 8 de noviembre de 2019, nº 601/2019 (ECLI:ES:TS:2019:3526), según la cual, desde que un nuevo administrador asume la administración, nace para él un nuevo plazo de dos meses para promover la disolución; si lo incumple será responsable de las deudas posteriores a su cargo pero su responsabilidad no alcanzará a las deudas anteriores a su nombramiento (esta sentencia está reseñada también en el Novedades Mercantil de enero de 2020).

Impugnación de acuerdos sociales: acuerdos negativos; acuerdos contrarios al interés social

La SAP de Barcelona (secc. 15ª) de 30 de abril de 2020, nº 669/2020 (ECLI:APB:2020:2572) versa sobre un acuerdo social en el que la mayoría rechaza reclamar a socios y terceros los importes que estos adeudan a la sociedad en el importe que había sido fijado por una socia que había sido cesada en su cargo de administradora. El acuerdo es impugnado por la administradora cesada por considerarlo contrario al interés social.

La Audiencia, antes de enjuiciar su contrariedad al interés social, delimita qué tipo de acuerdo se está impugnado y sus posibilidades de éxito. Al respecto, distingue tres tipos de acuerdos negativos: (i) “*acuerdo contrario*” (acuerdo válidamente adoptado que contiene una obligación de no hacer); (ii) “*acuerdo inexistente*” (acuerdo que no ha sido propuesto o que, una vez propuesto, no ha sido adoptado); y (iii) “*acuerdo negativo*” o “*no acuerdo*” (acuerdo propuesto a votación que no consigue la mayoría suficiente).

Entiende que el acuerdo enjuiciado se corresponde con la última categoría y rechaza su impugnación porque “*no se acumula a la acción de nulidad una acción declarativa de adopción del acuerdo por lo que la pretensión resulta vacía de contenido y la demanda no puede ser estimada*”.

Sin perjuicio de lo anterior y “*en aras a la exhaustividad*” responde a la cuestión planteada en el recurso. Analiza el acuerdo en el trasfondo del conflicto entre la demandante y el resto de los socios. En ese contexto,



rechaza la contrariedad al interés social porque el acuerdo no niega la reclamación de deudas debidas por socios o terceros a la sociedad; lo que la mayoría aprueba es no reclamar los importes fijados unilateralmente por la demandante (en su condición de administradora). Ni de ello resulta un perjuicio a la sociedad ni se impone de manera abusiva. Aún más, a la luz de las circunstancias del caso, la AP considera que la actora ha obrado de mala fe, de forma abusiva, y contra sus propios actos.

Administradores mancomunados: revocación de poderes y convocatoria de junta

En la SAP de Barcelona (secc. 15ª) de 15 de abril de 2020, nº 600/2020 (ECLI: ES:APB:2020:2566), caso con trasfondo de conflicto familiar, se niega que un único administrador mancomunado pueda revocar poderes otorgados a un tercero no administrador, pues, ex art. 233.2.c) LSC, en una sociedad anónima o de responsabilidad limitada con administración mancomunada “*será preciso el consentimiento de ambos administradores para llevar a cabo los actos de gestión y representación*”, entre ellos conceder y revocar poderes.

Es cierto que la -entonces- “Dirección General de los Registros y del Notariado” (hoy, “Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública”: véase art. 2.1.A)1º.c Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, BOE 29.1.20) ha sostenido (en RRDGRN de 15 de abril -BOE 19.5.15- y 16 de septiembre de 2015 -BOE 8.10.15-) que el poder otorgado por dos administradores mancomunados a favor de uno de ellos puede revocarse por uno solo: con tal apoderamiento “*se produce una delegación*” de cada administrador al otro para usar “*aquellas facultades que el poderdante tiene atribuidas para ser ejercitadas conjuntamente con el propio apoderado*”, luego, si uno retira su consentimiento, el otro “*no reunirá ya la voluntad concorde*” del órgano de administración. Pero según dichas RRDGRN ello no es de aplicación al apoderado no administrador (ni persona física representante del administrador persona jurídica), pues la revocación entonces por un (1) administrador mancomunando “*desnaturalizaría la esencia de la actuación mancomunada en el ejercicio del poder de representación*” exigida por el art. 233 LSC.

Por otra parte, recordemos que, conforme a doctrina registral consolidada, como regla la junta se debe convocar por todos los administradores mancomunados. No obstante, la RDGRN de 4 de mayo de 2016 (BOE 6.6.16) admitió prever en estatutos de una SL la convocatoria por dos de tres administradores mancomunados.

Ahora la RDGSJFP de 12 de febrero de 2020 (BOE 24.6.20) acepta prever en estatutos de SL que un administrador mancomunado de dos convoque junta (“*... será válida la convocatoria de la junta general por uno [de los administradores mancomunados] en el caso de ser dos...*”). Al igual que en 2016, la DGSJF argumenta que la convocatoria de la junta tiene una dimensión estrictamente interna por afectar al círculo de relaciones entre la sociedad y sus socios, por lo que debe admitirse la autonomía de la voluntad, y esta previsión no contraría la ley o los principios configuradores de la SL.

Además, invoca en su apoyo la STS de 16 de julio de 2019, núm. 424/2019 (ECLI:ES:TS:2019:2390) – la cual, a su vez, cita la RDGRN de 4 de mayo de 2016- en la que el TS sostiene que “*la competencia de convocatoria de la junta general se encuadra en el poder de gestión o administración de los administradores, por lo que tiene una dimensión estrictamente interna, ...*”; en consecuencia “*no son aplicables las reglas sobre ejercicio del poder de representación*” y deben convocar todos los administradores “*salvo que los estatutos establezcan que los administradores con poder mancomunado pueden gestionar de forma solidaria los asuntos internos de la compañía*” (véase reseña en nuestro Novedades Mercantil de octubre de 2019).

Representación en junta: efectos de la asistencia del representado

Dos Resoluciones de la DGSJFP de misma fecha, 5 de febrero de 2020 (BOE 26.6.20) (aquí y aquí), en relación a dos sociedades de tenencia de valores del mismo grupo, admiten prever en estatutos la inscripción de una cláusula que dispone que “*la asistencia personal a la Junta del representado no tendrá valor de revocación de la total representación conferida*”.



La DGSJFP, en un esfuerzo por realizar una interpretación integradora de los arts. 183.3 y 185 LSC y art. 186.5 RRM, afirma que la cláusula: (i) “*más que establecer la irrevocabilidad de la representación, reduce las formas en que la revocación puede declararse, al excluir únicamente la revocación tácita que tendría efecto por la asistencia del representado a la junta*”; y (ii) “*puede entenderse como autorización estatutaria para que asistan representante y representado si bien con legitimación de solo uno de ellos para ejercitar los derechos de socio*” (pero con esto deja en el aire, sin responder, quién de los dos -el representante o el representado- está legitimado para ejercitar el voto si los dos concurren a la junta).

Votación secreta en junta

La RDGSJFP de 27 de febrero de 2020 (BOE 3.7.20) acepta inscribir en estatutos una cláusula que prevé la votación secreta en junta en estos términos: “*El Presidente dirigirá el debate, dará la palabra por orden de petición y las votaciones se harán a mano alzada, salvo cuando la votación deba ser secreta por decisión del presidente o petición de la mayoría de los asistentes, excepto en los supuestos en que dicha votación secreta no sea legalmente posible*”.

La votación se puede realizar de distintas formas: a mano alzada, nominal, por aclamación, votación secreta por papeleta, etc. La LSC no impone aplicar en todos los casos un sistema de votación. La forma de votación afecta solo a las relaciones internas entre los socios, luego se trata de una cuestión de organización corporativa con libertad de regulación con base en la autonomía de la voluntad.

La votación secreta puede presentar inconvenientes para constatar la capacidad o legitimación para emitir el voto, determinar la legitimación a efectos de impugnación de acuerdos o identificar a quien vote en contra y pueda ejercitar el derecho de separación legal o estatutario. Pero algunas de estas dificultades se pueden solventar (p.ej., el socio que desee impugnar un acuerdo podrá, tras la votación, identificarse y solicitar que conste en acta su oposición; el voto podrá ser secreto para los socios pero no para el presidente de la junta; caben sistemas “*basados en el uso de papeletas o sobres anónimos, códigos matemáticos, identificaciones alfanuméricas, contraseñas, distintos colores y diferentes urnas, etc.*”). Además, dichos

inconvenientes quedan soslayados pues la cláusula salva expresamente “*los supuestos en que dicha votación secreta no sea legalmente posible*”.

Estado de información no financiera: requisitos

Conforme al art. 262.5 LSC, en las cuentas anuales individuales de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada de los ejercicios iniciados a partir del 1.1.18 (normalmente, las cerradas a 31.12.18, aprobadas en el primer semestre de 2019), deberán incluir en su informe de gestión un estado de información no financiera (“EINF”): las sociedades con número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio superior a 500; y además:

- o bien tengan la consideración de entidades de interés público de conformidad con la legislación de auditoría de cuentas -p.ej., cotizadas o entidades de crédito-;
- o bien reúnan, -normalmente al cierre de dos ejercicios consecutivos- dos de estas tres circunstancias: (1º) activo superior a 20 M euros, (2º) cifra anual de negocios superior a 40 M euros, y (3º) número medio de trabajadores superior a 250.

Los requisitos indicados en los apartados 262.5. a) y b) deben concurrir de forma cumulativa simultánea, por lo que si el número medio de trabajadores empleados de una SA o SL no es superior a 500 no estará obligada a elaborar EINF en las cuentas anuales individuales: así lo confirman las RRDGRN de 16 y 17 de enero de 2020, (ambas BOE 18.6.20). Esto también lo consideramos aplicable a las cuentas anuales consolidadas, pues el art. 49.5 CCo establece, básicamente, las mismas reglas en materia de informe de gestión y EINF consolidados.

Ejercicio del derecho de separación: efectos

La RDGSJFP de 4 de julio de 2020 -no publicada todavía- se pronuncia sobre el polémico tema de la fecha de efectos de separación de un socio, y parece decantarse por la fecha en que se ejerce tal derecho.



En febrero de 2020 un socio minoritario de una SL que, en principio, se había separado de la sociedad en noviembre de 2019 (el Registro Mercantil de Navarra discutía que así fuera), solicita el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del ejercicio 2019 *ex art. 262.5 LSC*.

Presentado recurso ante la DGSJFP, esta lo resuelve afirmando que (sin entrar en la polémica sobre la posición jurídica del socio que ejercita su derecho de separación o del “*momento exacto en que pierde tal condición*”) “*desde el momento en que ejerce su derecho a separarse de la sociedad la protección de su posición jurídica se agota en la restitución del valor razonable de su participación en la sociedad*”.

Por ello, considera incongruente ejercer el derecho de separación y ejercer derechos inherentes al socio. El derecho de separación es eficaz desde que se notifica a la sociedad y, aunque la liquidación del crédito de separación se dilate en el tiempo, los efectos del ejercicio de este derecho no se pueden posponer hasta que dicho crédito se haga efectivo.

Teniendo en cuenta, entre otros puntos, que la escritura de modificación de estatutos que justificaría el derecho de separación había sido calificada negativamente, la DGSJFP deja sin efecto la resolución del Registro Mercantil y retrotrae el expediente al momento anterior a dicha resolución devolviéndole el expediente.

Aumento de capital con defectos en convocatoria y plazo de suscripción

La *RDGSJFP de 12 de marzo de 2020* (BOE 6.7.20) deniega la inscripción de un aumento de capital en una SA deportiva (con argumentos válidos para cualquier SA y también para la SL), parte con aportación dineraria, parte vía capitalización de créditos.

Por una parte, el anuncio de convocatoria no recoge la mención prevista en el *art. 301.4 LSC* del derecho de los accionistas de examen en el domicilio social (y petición de entrega o envío gratuito) del informe de los administradores sobre los créditos del *art. 301.2 LSC* y de la certificación del auditor de cuentas de la sociedad acreditativa de la exactitud de los datos de los

administradores sobre los créditos a compensar. Se nos recuerda el especial rigor del legislador en materia de derecho de información del socio, de modo que “*la omisión total o parcial de todos o algunos de los requerimientos que conforman el derecho de información implica un vicio de la convocatoria invalidando el acuerdo que sobre el particular se pueda adoptar*”. Aunque el recurrente defiende que la convocatoria sí aludía a los informes del consejo sobre la ampliación y a que la forma de suscripción podrá ser dineraria o con cargo a compensación de créditos, “*la falta de mención alguna en la convocatoria del derecho de información sobre la referida certificación del auditor de cuentas impide tener por válidamente realizada dicha convocatoria*”.

Por otra, la junta otorgó un plazo para suscribir el aumento -por aportación dineraria- de treinta días, cuando *ex art. 305.2 LSC* el mínimo es de un mes, y la DGSJFP recuerda “*algo obvio, como es que los plazos por meses se computan de fecha a fecha*” (ex arts. *5.1 Cc* y *60 CCo*) y que “*computar treinta días es algo bien distinto a computar un plazo de fecha a fecha*”.

CONTRATOS

El poder de disposición de las partes sobre el procedimiento de anulación de laudo arbitral

La STC de 15 de junio de 2020 resuelve un recurso de amparo interpuesto frente a un auto por el que el TSJ de Madrid rechazó la solicitud de archivo del procedimiento de anulación de laudo arbitral, así como frente al auto que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones.

El caso deriva de un arbitraje sometido a la corte arbitral Asociación Europea de Arbitraje (AEADE), relativo a un contrato de arrendamiento de vivienda. El laudo arbitral estimó la demanda y declaró resuelto el contrato de arrendamiento, condenando a los arrendatarios al pago de las rentas e intereses, así como otros conceptos.

Los arrendatarios interesaron la anulación del laudo con base en el carácter abusivo de cláusula de sometimiento a arbitraje, afirmando su condición de



consumidores. No obstante, una vez admitida a trámite la demanda de anulación, el TSJ de Madrid apreció de oficio una posible infracción del orden público como consecuencia de la falta de imparcialidad objetiva de la corte arbitral (AEADE), dando traslado a ambas partes para que se pronunciaran al respecto.

Lejos de realizar alegaciones sobre la posible infracción del orden público, las partes presentaron un escrito conjunto por el que manifestaron haber alcanzado un acuerdo extrajudicial, de modo que solicitaron la terminación y archivo del procedimiento de anulación por satisfacción extraprocesal.

Sin embargo, el TSJ de Madrid rechazó la petición de terminación y archivo por entender que *“el objeto de anulación de laudos no es disponible, ya que existe un interés general en depurar aquellos que sean contrarios al orden público”*. De este modo, el TSJ de Madrid insistió en que el control del orden público debe prevalecer sobre la voluntad de las partes y su poder de disposición.

Tras analizar las alegaciones de las partes, así como las efectuadas por el Ministerio Fiscal, el TC concluye que la interpretación realizada por el TSJ de Madrid es irrazonable y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

En este sentido, señala que no existe norma legal que prohíba a las partes transar en el marco de un procedimiento de anulación de laudo arbitral: *“con independencia de que la causa de pedir de la anulación afecte al orden público o no, la cuestión de fondo es jurídico-privada y disponible”*.

El TC reitera la doctrina contenida en anteriores sentencias y recuerda que la acción de anulación debe ser entendida como un proceso de *“control externo”* sobre la validez del laudo que, por tanto, no permite una *“revisión de fondo de la decisión de los árbitros”*. De igual modo, el TC recuerda que es doctrina del TJUE que el control de los laudos arbitrables tenga carácter *“limitado”*, pudiéndose obtener la anulación solamente en casos excepcionales.

Por todo ello, el TC concluye que podría ser admisible rechazar la solicitud de terminación y archivo del procedimiento *“de basarse la petición de anulación en que*

el objeto del laudo (en este caso, el contrato) regula una materia que no era susceptible de ser sometida a arbitraje por afectar al orden público, pero no es el caso, dado que el orden público determinante de la decisión se refiere a la vulneración del derecho al árbitro imparcial, un matiz aportado al proceso de oficio por la propia Sala, pues los demandantes fundaban la petición de nulidad en el carácter abusivo de la cláusula de sumisión a arbitraje”.

En definitiva, el TC considera que el razonamiento del TSJ de Madrid, que niega virtualidad al acuerdo extrajudicial alcanzado por las partes con base en el poder dispositivo de proceso civil y el principio de justicia rogada, es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva.

Desistimiento unilateral en contratos de duración indefinida

En un contrato de prestación de servicios suscrito entre una aseguradora y una entidad de peritación y tasación de seguros (la *“entidad de peritación”*), una cláusula prevé una duración inicial y unas prórrogas salvo denuncia con cierto preaviso; y solo se preveía la denuncia por la aseguradora en caso de incumplimiento por la entidad de peritación, en cuyo supuesto *“la no renovación del contrato o de su prórroga no dará derecho a indemnización alguna”*. Cuando la aseguradora pone fin al contrato, la entidad de peritación reclama indemnización.

La [STS de 9 de junio de 2020 nº 269/2020](#) (ECLI:ES:TS:2020:1589) considera que no cabe interpretar la cláusula como *“un contrato de duración indefinida al que solo se puede poner fin”* por incumplimiento de la entidad de peritación, pues ello *“supondría afirmar la existencia de una relación obligacional perpetua entre las partes, lo que no es admisible en nuestro sistema jurídico”*. La denuncia o desistimiento *“ad nutum”* en las relaciones obligatorias con duración indefinida se fundamenta en que *“la perpetuidad del vínculo contractual es opresiva y odiosa por ser contraria tanto a la libertad personal como al orden público, a la organización de la propiedad y a los intereses generales de la economía”*; de ahí la imposibilidad de vincular a las partes a realizar prestaciones indefinidamente (como establecen expresamente los [arts. 1594, 1705, 1732 y 1750 Cc](#) y el [art. 25 Ley 12/1992](#), de 27 de mayo, sobre



Contrato de Agencia) y de excluir por pacto la denuncia o el desistimiento “*ad nutum*”.

Por ello el TS concuerda con la sentencia de apelación en que resulta correcto entender el contrato “*en una suerte de interpretación integradora de la laguna de un contrato que no prevé duración máxima*”- de modo tal que la aseguradora “*podía poner fin libremente a la relación en el momento de vencimiento y antes de la renovación del contrato mediante una nueva prórroga*”, y así “*el contrato garantizaba la duración del contrato mediante la prórroga, pero no que la prórroga pueda ser indefinida*”.

Trasporte continuado e indemnización por falta de preaviso

En el caso abordado por la [STS de 25 de mayo de 2020, nº 194/2020](#) (ECLI:ES:TS:2020:1226), un autónomo reclama indemnización a una empresa que resuelve unilateralmente sin preaviso la relación que le ligaba con él, la cual se califica de “*contrato de transporte continuado e indefinido*” (en la cual el transportista o porteador “*se obliga frente a un mismo cargador a realizar una pluralidad de envíos de forma sucesiva en el tiempo*” [ex art. 8.2 Ley 15/2009](#), de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías -“**LCTTM**”).

[Ex art. 43.2 LCTTM](#) cabe denunciar estos contratos de buena fe notificándolo una parte a la otra con antelación razonable (mínima de “*treinta días naturales*”), pero no se regula los daños y perjuicios ante la falta del preaviso. Como el TS asemeja los contratos de transporte continuados al de agencia (alegando que “*son de naturaleza colaborativa, de confianza y duraderos*” así como “*la independencia del transportista, su actuación en nombre y por cuenta ajena*” y “*la continuidad y estabilidad de la relación y la retribución de la prestación*”), ante la ausencia de regulación considera aplicable analógicamente (lo cual sería la primera vez, s.e.u.o.) el [art. 25 Ley 12/1992](#), de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia (“**LCA**”).

En este sentido, conforme a la [STS de 17 de enero de 2019, nº 26/2019](#) (ECLI:ES:TS:2019:59), resolver un contrato de agencia de modo “*sorpresivo o inopinado*” sin preaviso puede constituir “*una conducta desleal o de mala fe en el ejercicio de los derechos*” que “*debe dar lugar a*

una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios”. En esta línea, la falta injustificado de preaviso “*que permitiera al transportista reorientar su actividad comercial*” infringió dichos “*deberes de lealtad y buena fe*”. Por ello, el TS considera que es conforme a su jurisprudencia “*el importe de cuatro meses de la última anualidad completa que abarcó la relación contractual*” fijado por la sentencia recurrida.

Cuando el TS ha aplicado analógicamente la LCA al contrato de distribución, para calcular la indemnización ha optado “*por el margen neto, en atención a que en un contrato de distribución no existen remuneraciones como las que percibe el agente, sino márgenes comerciales*” (véase la [STS 19 de mayo de 2017, nº 1911/2017- ECLI:ES:TS:2017:1911](#)-, reseñada en nuestro [Novedades Mercantil de septiembre de 2017](#)). Pero en este caso le parece correcto el criterio de la audiencia que “*toma en consideración las facturaciones mensuales que realizaba el transportista, a modo de comisiones, por lo que no tenía que recurrir a tales criterios de margen bruto o neto*” (recordándonos que, conforme a los [arts. 37.1 y 39.3 LCTTM](#), la retribución del porteador incluye “*no solo el precio del transporte, sino también los gastos que conlleve*”).

Inaplicación de *rebus sic stantibus* en un contrato de corta duración para la gestión de publicidad

En la [STS de 6 de marzo de 2020, nº 156/2020](#) (ECLI:ES:TS:2020:791) se enjuicia la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a un contrato de gestión, promoción y venta de publicidad en medios audiovisuales que, tras una duración inicial de dos años, había sido prorrogado por las partes durante un año más (2008).

La sentencia de apelación, la [SAP de A Coruña \(secc. 4ª\) de 21 de abril de 2017, nº 135/2017](#) (ECLI:ES:APC:2017:878), había aplicado la cláusula *rebus sic stantibus* en atención a la “*caída del mercado del mercado publicitario*”, pero el Tribunal Supremo la revoca en este punto.

Para ello, el TS confirma la doctrina expuesta en su [STS de 18 de julio de 2019, nº 455/2019](#) (ECLI:ES:TS:2019:2831), que exige una alteración totalmente imprevisible de las circunstancias que incrementa



significativamente el riesgo de frustración de la finalidad del contrato, sin que las partes hayan asumido o debido asumir expresa ni tácitamente el riesgo de que dicha alteración tuviera lugar, y sin que pertenezca tampoco a los riesgos normales del contrato.

Partiendo de dicha doctrina, la STS de 6 de marzo de 2020 añade que semejante cambio de circunstancias *“es más probable que se dé en un contrato de larga duración, ordinariamente de tracto sucesivo. Pero no en un supuesto, como el presente, de contrato de corta duración, en el que difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato.”* Para ello, el Tribunal Supremo tiene en cuenta que la duración del contrato era de únicamente un año (prórroga anual tras una duración inicial del dos años), y razona que *“es difícil que un cambio de circunstancias referido a la demanda en el mercado de inserción de la publicidad en TV, objeto de gestión en exclusiva, escape al riesgo asumido con la prórroga del contrato”*. Para alcanzar sus conclusiones, la sentencia también tiene en cuenta que la empresa gestora de publicidad asumió el riesgo de disminución del negocio publicitario (pues asumió la prórroga del contrato, que preveía que la facturación mínima garantizada correspondiente al año prorrogado, que sería negociada por las partes, no podría ser inferior a la del año anterior), así como que el descenso de la demanda publicitaria no fue tan drástico e imprevisible (pasó de 25,9 millones de euros en 2007 a 24,1 millones de euros en 2008).

El Tribunal Supremo había estimado la aplicación de *rebus sic stantibus* a un contrato de publicidad en su [STS de 30 de junio de 2014, nº 233/2014](#) (ECLI: ES:TS:2014:2823) -caso PROMEDIOS-, que, aunque no enjuiciaba un supuesto idéntico, contrasta con la sentencia aquí reseñada.

Autos adoptando *inaudita parte* medidas cautelares de suspensión de ejecución de avales a primer requerimiento en el contexto del COVID-19

El [auto del JPI nº 17 de Madrid n.º 204/2020, de 26 de marzo de 2020](#), adoptó la medida cautelar de suspensión de la ejecución de un aval a primer requerimiento otorgado en relación con un contrato de obra, acompañada de la notificación al banco emisor para que se abstuviera de cumplir el requerimiento de ejecución hasta que no se resolviera el pleito principal. Adicionalmente, el auto acordó el depósito judicial del aval, junto con una caución.

La medida fue adoptada durante el estado de alarma sin audiencia a la contraparte, en aras de preservar la salud de todos los intervinientes. Para su adopción, el Juzgado tuvo en cuenta, además de la ambigüedad en la causa de solicitud de ejecución del aval, que su pérdida de vigencia era inminente y que tendría lugar durante el estado de alarma, con las actuaciones judiciales ordinarias suspendidas. Igualmente, en su decisión Juzgado tomó en consideración la situación económica de la empresa ejecutante y la paralización total de la actividad económica motivada por la pandemia de COVID 19, que incide en el riesgo de endeudamiento y, por ende, de imposibilidad de devolver la suma ejecutada en caso de obtención de una sentencia desfavorable.

Por su parte, el [auto del JPI nº 3 de Zaragoza n.º 124/2020, de 29 de abril de 2020](#), también acordó, *inaudita parte*, la suspensión de la ejecución de un aval a primer requerimiento, en este caso otorgado en relación con un contrato de franquicia.

El auto justifica la adopción de la medida en que, pese a que es posible que el inicio de la controversia fuese anterior a la declaración del estado de alarma y el consiguiente cierre de locales comerciales, es *“más que probable que la situación económica derivada de las medidas de cierre de establecimientos abiertos al público hayan tenido incidencia notoria en el desarrollo de la relación contractual existente entre las partes”*. El Juzgador desconoce hasta qué punto la situación derivada del COVID-19 ha podido influir en la controversia, pero considera que *“existe un principio probatorio favorable al solicitante con base en los principios de buena fe contractual y de la cláusula rebus sic stantibus”*



la cual abarca la alteración de las circunstancias que puede provocar la modificación de un contrato si es de tal magnitud que incrementa de modo significativo el riesgo de frustración de la finalidad de ese contrato (...). Para adoptar la medida se tienen en cuenta las dificultades de continuación de la actividad de la solicitante en caso de ejecución de la garantía.

Aunque no se trata estrictamente de garantías a primer requerimiento, mencionaremos también el [auto del JPI n.º 60 de Madrid n.º 155/2020, de 30 de abril de 2020](#), que adoptó una medida cautelar consistente, esencialmente, en la suspensión del vencimiento de cuotas de principal e intereses de un préstamo hasta 2021, la prohibición de resolver el contrato de préstamo y de declarar su vencimiento anticipado y la imposibilidad de ejecutar garantías asociadas a ese contrato.

Esta resolución concluye que la prestataria había venido cumpliendo con los compromisos de pago y que fue la pandemia de COVID 19 lo que generó las dificultades. Sobre dicha base, considera que *“es un hecho notorio que la situación provocada por la pandemia del Covid 19 [ha] supuesto una caída brusca de la producción y de la demanda y que se ha producido una caída a plomo de sus ventas (...).”* También tiene en cuenta la posibilidad restringida de obtener suministros en las mismas condiciones que antes de la crisis, así como afectación a ventas y pedidos, la situación de ERTE de la empresa y la pérdida de facturación. De hecho, el auto afirma que *“la situación actual ha afectado de manera grave al modelo de negocio de la parte actora y a los resultados que eran previsibles y esperables en una situación normal”*, y considera que *“de manera indiciaria y sin prejuzgar el fondo del asunto se dan todos los requisitos”* para aplicar *rebus sic stantibus*. El posible riesgo para la supervivencia de la compañía en caso de que no se adoptara justifica la medida.

Fianza solidaria con renuncia al beneficio de excusión

De la [SAP de Barcelona \(secc. 15ª\) de 19 de mayo de 2020, n.º 830/2020](#) (ECLI: APB: 2020:3101) juzgamos oportuno reproducir su explicación sobre el contenido

y alcance de la fianza con renuncia expresa al beneficio de excusión: *“(...) es una de las modalidades de fianza expresamente contempladas en el Código Civil (artículos 1831 y 1832 del Código Civil). No es posible identificar subsidiariedad y beneficio de excusión. El principio de subsidiariedad implica que la obligación del fiador sólo nace si el deudor principal incumple, en tanto que el beneficio de excusión, que presupone el incumplimiento del deudor, supone que el fiador no puede ser compelido al pago mientras queden en el patrimonio del deudor bienes bastantes para hacer frente a la deuda (artículo 1830 del Código Civil). Es decir, si se pacta el beneficio de excusión o de orden, el fiador, incumplida la obligación, puede aplazar el cumplimiento de la suya mientras el deudor disponga de bienes realizables suficientes para cubrir el importe de la deuda (artículo 1832 del Cc). Por el contrario, si la fianza se conviene como solidaria o el fiador renuncia al beneficio de excusión, basta con que concurra la situación objetiva de incumplimiento (principio de subsidiariedad) para que el acreedor pueda dirigirse indistintamente contra el deudor o contra el fiador”.*

COMPETENCIA

Concepto de impedimento significativo de competencia efectiva en control de concentraciones: interpretación del TGUE

El Tribunal General de la Unión Europea (“TGUE”), en la [STGUE de 28 de mayo de 2020, T-399/16, CK Telecoms UK Investments Ltdc/ Comisión](#) (ECLI:EU:T:2020:217) ha anulado la Decisión de la Comisión Europea, de 11 de mayo de 2016 ([M.7612 HUTCHISON 3G UK / TELEFONICA UK](#)) por la que prohibía la operación de concentración consistente en la compra de la filial británica de Telefónica (O2) por Hutchison 3G UK (Three), que habría supuesto la fusión de dos de los cuatro operadores de redes móviles existentes en ese momento en el Reino Unido. El TGUE ha estimado los tres argumentos de recurso planteados por CK Telecoms (matriz de Three) y ha anulado la Decisión de la Comisión por completo. En particular, el TGUE ha fallado que la Comisión erró al considerar que O2 constituía una *“fuerza competitiva importante”* para Three, y que Three y O2 eran



“*competidores suficientemente cercanos*”. En este sentido, la Comisión concluyó erróneamente que la operación daría lugar a un “*impedimento significativo de la competencia efectiva*”, ya que no acreditó, de acuerdo con el test legal aplicable, los efectos negativos de la operación sobre los precios y la calidad de los servicios de telefonía móvil para los consumidores.

Además, el TGUE señala que la Comisión no demostró debidamente que los efectos de la operación sobre los acuerdos de uso compartido de redes de telecomunicación del Reino Unido, ni sobre la infraestructura de redes móviles en Reino Unido, habrían constituido un impedimento significativo para la competencia efectiva.

Finalmente, el TGUE considera que la Comisión tampoco probó suficientemente los efectos nocivos para la competencia de la operación en el mercado mayorista, puesto que la cuota de mercado de Three en el mercado mayorista no era indicativa de la creación o del refuerzo de una posición de dominio.

La importancia de esta sentencia del TGUE excede del caso objeto de análisis, puesto que servirá de guía para la aplicación del test legal de evaluación de las operaciones de concentración (test del “*impedimento significativo de la competencia efectiva*”), en especial respecto de operaciones de concentración en mercados oligopolísticos en los que la transacción no da lugar a la creación o refuerzo de una posición de dominio. Por ahora la sentencia del TGUE no es firme, ya que puede ser objeto de recurso ante el TJUE.

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.

