



# Novedades Mercantil

Newsletter nº 109 – 3<sup>er</sup> trimestre de 2020

Octubre 2020

---

## COVID-19

Aspectos esenciales para empresas, entidades financieras y fondos y Ley 3/2020

---

## SOCIEDADES

Proyecto de reforma de la Ley de Sociedades de Capital y la Ley del Mercado de Valores

Indemnización por cese y regla de discrecionalidad empresarial

Reducción de capital: NIF de socio extranjero

Reducción de capital con devolución en especie: unanimidad

Exclusión de socio y nombramiento de auditor

Sistemas de retribución alternativos para consejeros ejecutivos

Segregación con valor razonable positivo y valor contable negativo

---

## CONTRATOS

Ley de la Generalitat de Cataluña de contención de rentas

Morosidad y arrendamiento de locales

Nulidad de permutas financieras desestimada ante imposibilidad de control abstracto de transparencia

Compraventas de acciones y participaciones anuladas por error en el consentimiento

Plazo de denuncia de la falta de conformidad en compraventa internacional

Aplicación jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*

Derecho de adquisición preferente del arrendatario

Cesión de derechos del arrendatario de un *leasing*

---

## MERCADO DE VALORES

Difusión de información privilegiada en redes sociales

Adaptación de los modelos de Informe Anual de Gobierno Corporativo y de Informe Anual de Remuneraciones de Consejeros

---

## PROTECCIÓN DE DATOS

El TJUE anula el Escudo de Privacidad para transferir datos a Estados Unidos





## COVID-19

### Aspectos esenciales para empresas, entidades financieras y fondos y Ley 3/2020

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](#)

Como novedad, el 18 de septiembre, se aprobó la [Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia](#) (procedente del Real Decreto-ley 16/2020). Puede consultarse un resumen de sus principales novedades en nuestro legal flash: [Ley 3/2020: principales novedades para las empresas](#).

Tras las modificaciones introducidas por la Ley 3/2020, las principales medidas en materia de refinanciación, insolvencia y disolución obligatoria por pérdidas en relación con la crisis del COVID-19 son, en síntesis, las siguientes:

- Se suspende, hasta el 31 de diciembre de 2020, la obligación del deudor insolvente de pedir su concurso.
- Será posible modificar los acuerdos de refinanciación homologados, aunque no haya transcurrido un año desde la anterior homologación.
- Se suspende, hasta el 14 de marzo de 2021, la obligación del deudor concursado de pedir la liquidación si no se puede cumplir el convenio aprobado para facilitar su modificación (el denominado “reconvenio”).

- En los concursos que se declaren hasta 14 de marzo de 2022, la financiación de las personas especialmente relacionadas o aquella en la que se hubieran subrogado por haber realizado su pago (en ambos casos tras el 14 de marzo de 2020) no se subordinará, considerándose créditos ordinarios o privilegiados, según corresponda.
- Se ordena la tramitación preferente de determinadas materias, entre las que está la compra de unidades productivas.
- Respecto a la obligación de disolver por pérdidas cualificadas, no se tomarán en consideración las pérdidas del ejercicio 2020 para determinar si la sociedad se encuentra en causa de disolución. Además, entendemos que la apreciación de la concurrencia de la causa de disolución por pérdidas cualificadas solo deberá realizarse al determinar el resultado del ejercicio 2021.

## SOCIEDADES

### Proyecto de reforma de la Ley de Sociedades de Capital y la Ley del Mercado de Valores

El 7 de septiembre se publicó en el Diario Oficial del Congreso el Proyecto de Ley de reforma de la LSC y la LMV para la incorporación de la Directiva de Accionistas y otras mejoras de gobierno corporativo. Actualmente, se encuentra en trámite de presentación de enmiendas (de momento, hasta el día 21 de octubre). Es una propuesta de reforma amplia con cambios relevantes, principalmente para las sociedades cotizadas y alguna modificación del régimen general que afectará a todas las sociedades.

Para las sociedades cotizadas, destacamos el nuevo régimen de operaciones vinculadas, la modificación del régimen especial de ampliaciones de capital y emisión de obligaciones y la regulación, por primera vez en nuestro ordenamiento, de las *loyalty shares*. Asimismo, este Proyecto adapta la LMV a la reforma de folletos, suprime la obligación de publicar información financiera trimestral y elimina el régimen especial de comunicación de participaciones significativas de consejeros que, desde el pasado 2 de



marzo, la CNMV considera cumplido a través de la notificación de operaciones de consejeros, directivos y personas vinculadas – NOD – prevista en la normativa de abuso de mercado.

Para un detalle de las principales novedades para las sociedades cotizadas puede consultarse nuestro [Legal Flash Novedades para sociedades cotizadas, cuestiones clave del Proyecto de Ley para la incorporación de la Directiva de Accionistas](#)

En el régimen general, se producen también modificaciones importantes en el marco de las operaciones vinculadas relacionadas con el concepto de parte vinculada y las operaciones intragrupo. En nuestro legal flash explicamos estas novedades: [Proyecto de reforma de la Ley de Sociedades de Capital: novedades para sociedades no cotizadas en operaciones vinculadas](#)

### Indemnización por cese y regla de discrecionalidad empresarial

Hablamos de la [SAP de Madrid \(secc. 28ª\) de 12 de junio de 2020, nº233/2020 \(ECLI:ES:APM:2020:6860\)](#).

El que fue presidente ejecutivo de una sociedad interpone una demanda contra esta por falta de pago de la indemnización por cese y por retribución pendiente de abono.

La Audiencia Provincial sostiene que la indemnización por cese es un derecho subjetivo que tiene su origen en los estatutos de la sociedad que la prevé *“para el caso de cese no debido a incumplimiento”*. El hecho de que la norma estatutaria disponga, además, que el acuerdo del consejo que fije que el importe de la indemnización *“deberá ser ratificado por la junta general”*, no obsta a la conclusión anterior.

La sociedad no puede pretender el rechazo de una acción de reclamación de esa indemnización con el pretexto de que el demandante no ha agotado antes el cauce societario de la impugnación de los acuerdos adoptados por los órganos sociales (la propuesta del consejo denegando la indemnización y el acuerdo de la junta de ratificar esa denegación).

Conforme a lo previsto en estatutos, el derecho a la indemnización del administrador cesado existirá o no en función de que pueda determinarse o no que medió *“incumplimiento”* por su parte. El *“descontento por el incumplimiento”* del consejero ha de ser un *“descontento cualificado”*, (...) *“no puede identificarse con el desacuerdo de los órganos competentes de la sociedad en relación con el acierto o desacierto de la línea estratégica seguida por el consejero cesado”*.

Tras un exhaustivo análisis de la regla de discrecionalidad empresarial del [art. 226 LSC](#), para la Audiencia concurren en el demandante todos sus elementos (buena fe, ausencia de interés personal, información suficiente y procedimiento adecuado) lo que impide concluir que hubo infracción de su deber de diligencia en el ejercicio del cargo: *“por más que resulte lícito disentir de la estrategia empresarial seguida (...) nada hay en autos que nos permita deducir, con razonable seguridad y con un criterio adoptado «ex ante», que sus decisiones sobre la refinanciación de la deuda incurrieran en el terreno de la temeridad, y mucho menos de la temeridad patente o incontestable, que es lo que se precisaría para poder considerar infringido por su parte del deber de diligencia que le era legalmente exigible teniendo en cuenta el principio de discrecionalidad de las decisiones empresariales”*.

Respecto de la cuantificación de la indemnización, la ausencia de pruebas concluyentes en torno a cuál ha de ser la indemnización justa llevan a la Audiencia a terminar aplicando el de una indemnización correspondiente a un año y tres meses de retribución, criterio propuesto subsidiariamente por la sociedad en su contestación a la demanda para el caso de que el tribunal estimase la procedencia de la indemnización.

### Reducción de capital: NIF de socio extranjero

La [RDGSJFP de 15 de septiembre de 2020 \(BOE 7.10.20\)](#) rechaza inscribir una reducción de capital en una sociedad limitada para devolver aportaciones al socio único, una sociedad extranjera estadounidense, al no constar su número de identidad de extranjero.

Recordemos que, si no se dota la reserva para excluir la responsabilidad del socio del [art. 332 LSC](#), conforme a los [arts. 201.3.2º y 202.3º RRM](#) debe consignarse en la



escritura de reducción la identidad de los socios a quienes se hubiere restituido aportaciones. Según el [art. 38.2.5º RRM](#), uno de los datos de la identidad de las personas jurídicas es el número de identificación fiscal “cuando se trate de entidades que deban disponer del mismo con arreglo a la normativa tributaria”, y el socio extranjero sí debe disponer de él porque (i) ex [arts. 18.1 y 23.1 RD 1065/2007](#) la persona jurídica que vaya a ser titular de “relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria” precisa un número de identificación fiscal, y (ii) el socio único, dado que recibe bienes y derechos por la reducción, es titular de una relación de este tipo, pues ex [art. 62 RD 828/1995](#) debe abonar el ITPAJD.

### Reducción de capital con devolución en especie: unanimidad

La [RDGSJFP de 2 de septiembre de 2020](#) (BOE 2.10.20) rechaza inscribir una reducción de capital en una sociedad limitada para devolver aportaciones a un socio con entrega de inmuebles, adoptada con el voto a favor del 80% del capital y en contra de dos socios con el 20%.

A pesar de haberse adoptado el acuerdo por la mayoría del [art. 199.a\) LSC](#), se viola el principio de paridad de trato que reflejan los [arts. 329 y 330 LSC](#); literalmente el art. 329 LSC solo exige el consentimiento individual del socio titular de las participaciones que se amortizan, pero la DGSJFP lo interpreta invocando su precedente, el [art 79.2 LSRL](#), que exigía «el consentimiento de todos los socios», y considera que existe disparidad de trato entre el socio a quien se devuelven aportaciones y los restantes socios, que no reciben nada, de modo que, ex [art. 292 LSC](#), se requiere el consentimiento de estos al verse afectados sus derechos individuales.

En cuanto al pago en especie, “la regla general es la de percepción en dinero (...) del valor de la aportación que se devuelva al socio mediante la reducción del capital social” ([RDGRN 30 de julio de 2015](#), BOE 15.9.15-, reseñada en nuestro [Novedades Mercantil de octubre de 2015](#)); si bien con base en el principio de autonomía de la voluntad -[art. 28 LSC](#)- hubiera sido aceptable que los estatutos previesen otra cosa o que, por unanimidad,

se hubiere acordado lo contrario, en este caso no ocurrió así.

### Exclusión de socio y nombramiento de auditor

En una sociedad limitada se había nombrado un auditor para verificar las cuentas a petición de un socio. El administrador único de la sociedad solicita la cancelación de la inscripción del nombramiento de dicho auditor alegando que el socio a cuya instancia se había nombrado al auditor había resultado posteriormente excluido de la sociedad por sentencia firme. Se deniega la cancelación de la inscripción del auditor porque el procedimiento de valoración y reembolso de las participaciones del socio excluido no se había realizado. Para la [RDGSJFP de 5 de junio de 2020](#) (BOE 30.7.20), hasta que comienza el pago de su cuota de liquidación, el socio excluido conserva derechos de carácter económico y, por tanto, tiene interés en el nombramiento del auditor de cuentas.

### Sistemas de retribución alternativos para consejeros ejecutivos

La [RDGSJFP de 4 de junio de 2020](#) (BOE 30.7.20) admite la inscripción de una cláusula en los estatutos de una sociedad con sistemas alternativos de retribución para los consejeros ejecutivos.

Se trata de una importante Resolución que despeja la incertidumbre sobre cómo deben determinarse en estatutos los sistemas de retribución de los consejeros ejecutivos. Desde la reforma operada por la Ley 31/2014 en la LSC, se habían venido planteando dos dudas en relación con la retribución de los consejeros ejecutivos: (i) si los sistemas de retribución de estas clase de consejeros debían fijarse en estatutos y, en su caso, (ii) si sus sistemas de retribución debían determinarse de forma cumulativa (como tradicionalmente había venido exigiendo la anterior DGRN para todos los administradores) o si, tras la reforma, era admisible preverlos de forma alternativa.

El Tribunal Supremo en sentencia de 26 de febrero de 2018 despejó definitivamente la primera de las dudas resolviendo que los sistemas de retribución de administradores, incluyendo los de los consejeros



ejecutivos, debían determinarse necesariamente en los estatutos de la sociedad (ex art. 217 LSC). En relación a la segunda cuestión, el Tribunal Supremo abogaba en esta sentencia por la “necesidad de una flexibilización” en la forma de determinación de los sistemas de retribución de los consejeros ejecutivos sin concretar cómo debía interpretarse el contenido y alcance de esta flexibilización.

La Resolución concreta cómo debe interpretarse esa “flexibilización” en la retribución de los consejeros ejecutivos y concluye que son admisibles las cláusulas estatutarias que contemplen sistemas alternativos de retribución para esta clase de consejeros. La DGSJFP apoya su opinión en la interpretación conjunta del art. 217 LSC (en el que se prevén las reglas generales de retribución de administradores, entre ellas, la exigencia de determinación estatutaria de la retribución de los administradores y la aprobación de la cuantía máxima de retribución de los administradores por la junta general) y el art. 249.3 y 4 LSC en el que se establecen unas reglas especiales para la retribución de los consejeros ejecutivos (básicamente la necesidad de fijar su retribución en un contrato aprobado por una mayoría cualificada del consejo de administración sin su participación en el que deben constar todos los conceptos que el consejero perciba por sus funciones ejecutivas).

En línea con lo que sostuvo el TS en su sentencia de 26 de febrero de 2018, la DGSPFJ afirma que ambos preceptos deben interpretarse de forma cumulativa, es decir, que la retribución de los consejeros ejecutivos además de en su contrato (ex art. 249.3 y 4 LSC) debe fijarse en los estatutos y su cuantía ser aprobada por la junta general (ex art. 217 LSC), pero en la línea de flexibilidad que patrocinaba el TS en su sentencia afirma que *“debe admitirse que aun cuando los distintos conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos deban constar necesariamente en los estatutos sociales, podrán éstos remitirse al contrato que se celebre entre el consejero ejecutivo y la sociedad para que se detalle si se remunerará al mismo por todos o sólo por algunos de los conceptos retributivos fijados en los estatutos”*.

En opinión de la DGSJFP, la admisión de cláusulas alternativas de retribución para los consejeros ejecutivos es una medida que compatibiliza adecuadamente la protección de los intereses en

juego: (i) por una parte, la protección de los socios por la fijación en estatutos de los posibles conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos y aprobación en la junta general de la cuantía máxima de retribución del conjunto de los administradores; (ii) por otra, porque la alternatividad de los sistemas asegura la adecuación y adaptación de la retribución de los consejeros ejecutivos al desempeño de sus funciones; funciones y conceptos retributivos que debe concretarse en su contrato aprobado por el consejo sin necesidad de tener que modificar los estatutos.

La claridad del criterio fijado en esta Resolución otorga seguridad jurídica en la inscripción de las cláusulas retributivas de los consejeros ejecutivos.

### Segregación con valor razonable positivo y valor contable negativo

En la [Consulta 2 del BOICAC nº 123 de septiembre de 2020](#), se plantea al ICAC el tratamiento de una segregación de rama actividad que constituye un negocio en favor de una sociedad de nueva creación íntegramente participada por la segregada. Entre las diversas cuestiones planteadas al ICAC resalta una duda que se ha planteado en la práctica sobre el tratamiento contable de una operación en la que la diferencia entre los activos aportados y los pasivos asumidos es positiva a valor razonable, pero negativa a valor contable.

En estos casos, la operación es viable mercantilmente, en tanto que el capital social emitido está respaldado por el valor de mercado de los activos aportados. Sin embargo, desde un punto de vista contable, la norma de registro y valoración 21<sup>a</sup>.2 (Operaciones entre empresas del grupo. Normas particulares), de la segunda parte del Plan General de Contabilidad aprobado por [RD 1514/2007, de 16 de noviembre](#) (el “PGC”) obliga a utilizar valores contables; y, por tanto, al ajustar los valores de mercado a valores contables el patrimonio de la sociedad sería negativo.

Ante esta situación, el ICAC ha concluido que se debe revisar *“la valoración del activo hasta un importe equivalente al valor del pasivo asumido más la cifra del capital social mínimo establecido para la forma societaria elegida”* por la LSC.



Es decir, supongamos una SA que tiene como activo un hotel y los elementos necesarios para su explotación con un valor contable de 2.000.000 € y un valor de mercado de 4.000.000 €. Asumamos que se tratara de una rama de actividad, y que en esta existen pasivos por 3.000.000 €. La SA podría constituir vía segregación una SL íntegramente participada con un capital de 1.000.000 €, pues el valor razonable del hotel respalda tal valoración. Sin embargo, contablemente, al tratarse de una operación entre empresas del grupo, el hotel se tendría que valorar por coste histórico y, por tanto, al minorar la prima de emisión (tal y como ordena el PGC en estos casos), los fondos propios de la sociedad serían negativos en 1.000.000 €. Pero, siguiendo el criterio del ICAC, se incrementaría el valor del inmueble hasta 3.003.000 €, y así el patrimonio neto de la sociedad sería de 3.000 €.

## CONTRATOS

### Ley de la Generalitat de Cataluña de contención de rentas

El 21 de septiembre de 2020 se publicó, en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña la [Ley 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda](#) (la "Ley") que entró en vigor con carácter general el 22 de septiembre.

La Ley sujeta a un régimen de contención de rentas a los contratos de arrendamiento de viviendas destinadas a residencia permanente que se celebren con posterioridad a su entrada en vigor y que se encuentren en áreas declaradas de mercado tenso de vivienda ("Áreas de Mercado Tenso"). Asimismo, se aplicará a las novaciones de contratos posteriores a la declaración de Áreas de Mercado Tenso que supongan una ampliación de la duración o una modificación de la renta.

A pesar de que la competencia para declarar las Áreas de Mercado Tenso corresponde al departamento de la Generalitat de Cataluña competente en materia de vivienda y, en la ciudad de Barcelona, también al

Ayuntamiento, la Ley incluye como Anexo una lista de los municipios a los que se les aplica temporalmente sus disposiciones, entre los que se incluyen, entre otros, los del área metropolitana de Barcelona.

La aplicación de la Ley implica que la renta pactada al inicio del contrato no podrá superar el precio de referencia para el alquiler de una vivienda de características análogas en el mismo entorno urbano, que elabora y publica el departamento competente en materia de vivienda ("Precio de Referencia"). Las partes podrán pactar una renta inferior o superior al 5% del Precio de Referencia si la vivienda tiene al menos tres de las características o servicios enumerados en la Ley, entre los que se incluyen, estar amueblada o disponer de ascensor, aparcamiento, piscina comunitaria, servicio de conserjería, etc.

Si la vivienda hubiera estado arrendada durante los cinco años anteriores a la entrada en vigor de la Ley, la renta del nuevo contrato tampoco podrá superar el importe pactado en el último contrato de arrendamiento incrementado con el índice de garantía de competitividad aplicable al período comprendido entre la fecha de celebración del contrato anterior y la fecha de suscripción del nuevo.

Si los ingresos de la unidad de convivencia del arrendador persona física son iguales o inferiores a 2,5 veces el Indicador de Renta de Suficiencia de Cataluña (aproximadamente 19.919 euros anuales), solo se aplicará el límite del importe pactado en el último contrato, salvo que los ingresos del arrendatario sean iguales o inferiores a 3,5 veces el citado indicador (aproximadamente 27.887 euros anuales).

Las partes podrán pactar que durante la vigencia del contrato el arrendatario asuma los gastos generales y servicios individuales de la vivienda y se actualice la renta conforme a la normativa aplicable.

El arrendatario podrá solicitar al arrendador la restitución de las cantidades abonadas en exceso de las cantidades fijadas en la Ley con devengo del interés legal incrementado en 3 puntos. Asimismo, el arrendador que incumpla las disposiciones en materia de contención de rentas podrá ser sancionado con multas por importe entre 3.000 y 90.000 euros.



En el caso de viviendas de nueva edificación o resultantes de un proceso de gran rehabilitación, las disposiciones de la Ley se aplicarán a los contratos que se celebren transcurridos 3 años desde su entrada en vigor y, durante los 5 años posteriores a la obtención del certificado final de obra, la renta pactada no podrá superar el margen superior del Precio de Referencia.

Según noticias de prensa, algunos grupos parlamentarios habían anunciado su intención de presentar un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley. A estos efectos, recordamos que la admisión a trámite de un recurso de inconstitucionalidad no produce, por regla general, la suspensión automática de los preceptos legales impugnados, salvo en el supuesto de que el recurso de inconstitucionalidad se presente por el Presidente del Gobierno y este solicite la suspensión. Si ese fuera el caso, sí se produciría la suspensión de la aplicación de la Ley desde la publicación en el BOE de la admisión por el Tribunal Constitucional del recurso de inconstitucionalidad del Gobierno y, en el plazo máximo de cinco meses, el Tribunal Constitucional debería ratificar o levantar dicha suspensión. A fecha de elaboración de esta reseña, no nos consta que se haya presentado ningún recurso.

### Morosidad y arrendamiento de locales

Conforme a la STJUE de 9 de julio de 2020 (ECLI:EU:C:2020:548), los contratos de arrendamiento de local profesional entre empresas o entre empresas y poderes públicos constituyen una operación comercial que da lugar a una prestación de servicios a cambio de contraprestación. Por tanto, entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Ello implicaría que, en caso de impago de la renta en la fecha acordada, procedería aplicar los correspondientes intereses de demora previstos en la Directiva (dicho interés de demora para el segundo semestre de 2020 es de 8%).

### Nulidad de permutas financieras desestimada ante imposibilidad de control abstracto de transparencia

La STS de 7 de julio de 2020, nº 408/2020 (ECLI:ES:TS:2020:2228) confirma la desestimación de la demanda interpuesta por la Asociación de Consumidores y Usuarios ASUFIN frente a Bankinter en ejercicio de una acción colectiva de cesación de determinadas condiciones generales de la contratación incluidas en contratos de permuta financiera de tipos de interés. La Asociación demandante consideraba que las cláusulas no eran transparentes y resultaban abusivas, y llegó a solicitar la nulidad de los contratos en su integridad.

El Alto Tribunal desestima el recurso de casación de la Asociación al declarar que no es posible realizar un control abstracto de transparencia respecto de condiciones generales insertas en contratos como los examinados, pues para efectuar el control de comprensibilidad real es necesario *“atender a las concretas circunstancias del caso, tanto objetivas como subjetivas de quien contrata, que puedan incidir en la comprensibilidad material de la cláusula, y, lo que es más importante, la trascendencia de la información precontractual”*. En virtud de lo anterior, el Tribunal Supremo deja sentado que *“resulta muy difícil llegar a concluir que con carácter general una determinada entidad financiera comercializó con falta de transparencia un producto”* y que *“su admisibilidad -de las acciones colectivas- queda reducida a la concurrencia de prácticas estandarizadas de comercialización muy claras que, por sí mismas, pongan en evidencia la falta de transparencia y dejen poco margen a concluir que se hayan podido incumplir las exigencias de información previa”*, como ocurrió con el caso de las conocidas *“cláusulas suelo”*.

### Compraventas de acciones y participaciones anuladas por error en el consentimiento

En dos recientes sentencias del Tribunal Supremo se anulan sendas compraventas de acciones y participaciones por error en el consentimiento.

En la STS de 1 de julio de 2020, nº 395/2020 (ECLI:ES:TS:2020:2058) un minoritario vende acciones a otro minoritario a 29 euros por acción. La sociedad había fijado un valor de 30 euros por acción para suscribir un aumento de capital; ese valor de ampliación luego se revisó a la baja, quedando en 12 euros, tras constatarse que la información contable



sobre el valor de la sociedad y sus beneficios no era correcta.

Para el TS, estamos ante un error esencial y excusable:

- El error recae sobre un elemento esencial del negocio, las acciones que eran objeto de compraventa, en concreto sobre su valor.
- Aunque generalmente la valoración del bien queda dentro de la diligencia del comprador de cerciorarse del valor del objeto que compra, en supuestos excepcionales como el del caso enjuiciado, el error puede ser excusable porque venga propiciado por un error previo sobre el valor de la sociedad a la vista de las cuentas y resultados obtenidos. No resulta razonable exigir mayor diligencia al comprador para cerciorarse del valor de las acciones que compraba: comprador y vendedor son socios minoritarios de la sociedad; la compra se pacta en el momento del aumento en atención al precio fijado por la propia sociedad, sobre la base de la información objetiva empleada para la aprobación de la ampliación de capital que comprador y vendedor conocían como accionistas. No se trata de un error en la operación de cálculo sino en las premisas tomadas en consideración para convenir el precio de la acción.

En la [STS de 6 de julio de 2020, nº 402/2020](#) (ECLI:ES:TS:2020:2065) se compran participaciones en una planta fotovoltaica de energía eléctrica en 2007/2008. Desde el inicio no se cumplen los objetivos de producción; el vendedor ofrece complementar las instalaciones mediante un plan de mejora técnica finalizado en otoño de 2010 pero la producción sigue sin alcanzar las previsiones de la oferta contractual. Las demandas se interponen en diciembre de 2013 y enero de 2014. Contando desde 2007/2008, el vendedor aduce la caducidad de la acción de nulidad. El TS invoca su doctrina de la [STS de 6 de junio de 2020, nº 366/2013](#) (ECLI:ES:TS:2013:3352) en la que señaló que la producción y rentabilidad estaban inseparablemente unidos a la participación en una planta fotovoltaica de energía eléctrica como objeto de un contrato, y que la información precontractual, que versaba principalmente sobre dicha producción/rentabilidad,

generó error en los contratantes. Teniendo eso en cuenta, para el TS, en este caso:

- El momento de consumación del contrato no es el de construcción y recepción provisional, sino el de finalización del plan de mejora técnica en 2010, luego la acción no se habría extinguido al interponerse las demandas en 2013/2014;
- Concurrió error esencial en el contrato, al no estar los compradores debidamente informados de la rentabilidad ni de la producción real de la planta que adquirirían, “*elementos estos que formaban parte esencial de lo convenido*” (art. 1266 Cc).

### Plazo de denuncia de la falta de conformidad en compraventa internacional

La [STS de 6 de julio de 2020, nº 398/2020](#) (ECLI:ES:TS:2020:2282) aborda el conflicto entre dos empresas por razón de la entrega por la vendedora demandada a la demandante de una máquina de desorción térmica que requería para poner en marcha una planta de residuos y que resultó defectuosa. La demandante denunció la falta de conformidad más de dos años después de su entrega, pese a que tras las primeras pruebas constató que la máquina no alcanzaba el rendimiento pactado.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la pretensión resolutoria del contrato, pero la Audiencia Provincial estimó la apelación y revocó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de apelación. Para ello, ha de interpretar el plazo para denunciar una falta de conformidad bajo el [art. 39](#) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (el “Convenio de Viena”). Según la STS comentada, el plazo para denunciar una falta de conformidad bajo el [art. 39](#) del Convenio de Viena es muy amplio, pero el plazo de dos años previsto legalmente funciona como un límite que no excluye la obligación del comprador insatisfecho de comunicar la falta de conformidad en el plazo, razonable, más breve posible. En el caso, la compradora dejó transcurrir un año y siete meses para solicitar una reparación y comunicar que en otro caso resolvería el contrato, a pesar de que la revisión de la máquina por un experto independiente y las pruebas



de funcionamiento justificaban la exigencia de que manifestara en un plazo breve su voluntad resolutoria basada en la falta de conformidad.

### Aplicación jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*

La cláusula *rebus sic stantibus* ha ganado actualidad por razón del impacto de la pandemia sobre los contratos. Así, son ya varios los procedimientos de que hemos tenido conocimiento en que los demandantes solicitan el reequilibrio de sus contratos (de arrendamiento, de financiación, entre otros) al amparo de dicha cláusula. No nos consta que los tribunales se hayan pronunciado ya en sentencia definitiva, pero en sede de incidentes de medidas cautelares son diversas las resoluciones judiciales que han amparado cautelarmente a los solicitantes y acordado la paralización de la ejecución de avales a primer requerimiento (autos de los Juzgados de Primera Instancia núm. 17 de Madrid, de 26 de marzo de 2020; núm. 74 de Madrid, de 13 de agosto de 2020 [ECLI:ES:JPI:2020:19A]; núm. 3 de Zaragoza, de 29 de abril de 2020 [ES:JPI:2020:15A], núm. 2 de El Prat de Llobregat, de 15 de julio de 2020); el aplazamiento de rentas arrendaticias (auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Valencia, de 25 de junio de 2020 [ES:JPI:2020:16A]), su reducción (auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 81 de Madrid, de 25 de septiembre de 2020) y la prohibición de desahucio (auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Benidorm, de 7 de julio de 2020 [ES:JPI:2020:20A]), o la suspensión del vencimiento de cuotas de un préstamo, con prohibición de resolverlo, declararlo vencido anticipadamente y de ejecutar las garantías asociadas a él (auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 60 de Madrid, de 30 de abril de 2020 [ES:JPI:2020:13A]).

### Derecho de adquisición preferente del arrendatario

Se debate en tres resoluciones de la DGSJFP si en supuestos de: (i) dación en pago; (ii) venta conjunta con el resto de viviendas; y (iii) transmisión de cuota indivisa, el arrendatario tiene un derecho de adquisición preferente al amparo de lo previsto en el art. 25 LAU. La DGSJFP concluye que no cabe

reconocer este derecho al arrendatario en los dos primeros casos, pero sí en el tercero.

La RDGSJFP de 10 de junio de 2020 (BOE 31.7.20) analiza si en una escritura de compraventa en la que los propietarios de una vivienda unifamiliar, deudores de dos préstamos garantizados con hipoteca, acuerdan con la entidad de crédito acreedora hipotecaria, la dación de la finca en pago de las deudas garantizadas, es necesario justificar que se ha notificado fehacientemente al arrendatario las condiciones esenciales de la transmisión. La DGSJFP concluye que, a pesar de que pueden aplicarse por analogía algunas de las normas de la compraventa a la dación en pago, el precepto que regula el derecho de adquisición preferente del arrendatario en materia de arrendamientos urbanos ha de ser objeto de interpretación estricta por limitar las facultades dispositivas inherentes al dominio de los bienes arrendados. El art. 25.1 LAU establece el derecho de adquisición preferente únicamente para el caso de venta de la vivienda arrendada, por lo que, al no extenderlo el legislador a supuestos distintos al de la venta, no cabe reconocer este derecho al arrendatario, salvo que la adjudicación en pago constituya un negocio simulado.

Tampoco se reconoce el derecho de adquisición preferente al arrendatario en la RDGSJFP de 20 de julio de 2020 (BOE 5.8.20) en caso de venta de un único edificio compuesto por almacén y vivienda en el que solo el almacén está arrendado, encontrándose la vivienda libre de arrendatarios. En este caso, procede aplicar, por remisión del art. 31 LAU, el art. 25.7 LAU conforme al cual no habrá lugar a los derechos de tanteo y retracto cuando el local arrendado se venda conjuntamente con los restantes locales o viviendas propiedad del arrendador que formen parte de un mismo inmueble.

Finalmente, en la RDGSJFP de 18 de junio de 2020 (BOE 3.8.20) sí se reconoce al arrendatario el derecho de adquisición preferente en los supuestos de transmisión de cuotas indivisas de viviendas o locales arrendados. Cualquier otra interpretación permitiría dejar sin efecto su derecho, ya que con la transmisión sucesiva por cuotas del inmueble se lograría eludir la aplicación de una norma tuitiva de los intereses del arrendatario.



### Cesión de derechos del arrendatario de un *leasing*

La RDGSJFP de 30 de septiembre de 2020 (BOE 14.10.10) versa de un supuesto de arrendamiento financiero inscrito en el Registro de la propiedad en el que se estipula que *“el arrendatario financiero no podrá, sin el previo consentimiento expreso y escrito del arrendador financiero, ceder, vender, traspasar o aportar, total o parcialmente, los derechos que a su favor dimanen del contrato de arrendamiento financiero inmobiliario, aunque se tratase de sucesor o continuador de su negocio”*. Se discute si se necesita el consentimiento del arrendador financiero para la cesión a terceros por los arrendatarios de sus derechos y obligaciones (incluido el derecho de opción de compra) en dicho contrato, pues se cuestiona si la cláusula transcrita tiene alcance solo obligacional o real.

Para la DGRSJFP, el contrato de arrendamiento financiero es un contrato con causa unitaria, que exige la inclusión como elemento esencial de una opción de compra, en el que el arrendador es propietario de los bienes cedidos y el arrendatario es titular de un derecho real de uso con opción de compra. Es un contrato complejo y atípico de contenido no uniforme, en el que habrá que estar a las estipulaciones particulares de cada caso para determinar su naturaleza, alcance y eficacia.

En este supuesto, el derecho de arrendamiento financiero -así como su inseparable derecho de opción- tiene *“naturaleza real, pues consta inscrito en el Registro”*. La cláusula discutida *“delimita de manera clara el contenido del derecho inscrito (...) sujetando al previo consentimiento expreso y escrito del arrendador financiero”* la cesión por el arrendatario de sus derechos en el contrato *“aunque se tratase del sucesor o continuador de su negocio”*, y es una cláusula propia de un contrato unitario de financiación, en la que no cabe cesión contractual sin consentimiento del arrendador. Y considera, invocando la autonomía de la voluntad, que las partes *“pueden establecer limitaciones o prohibiciones a la cesión de los derechos como ha sucedido en este caso”*.

## MERCADO DE VALORES

### Difusión de información privilegiada en redes sociales

Desde el mes de julio, el Código de Buen Gobierno (“CBG”) aconseja a las compañías que cuenten con una política general de comunicación de información a través de los canales que consideren adecuados, incluyendo las redes sociales. La CNMV confirmó el 8 de octubre que un emisor, que cumpla con el régimen de difusión de información privilegiada (“IP”) previsto en la normativa de abuso de mercado, puede comunicar la IP también en las redes sociales si la información: (i) es omnicompreensiva, objetiva y clara, (ii) queda identificada como IP y no se mezcla con contenido promocional o de *marketing*, (iii) facilita la razón social completa del emisor al que afecta, (iv) se difunde en una red de amplísima distribución y desde cuentas con seguimiento muy numeroso, y (v) se comunica de manera formal y precisa (en respuestas o conversaciones posteriores no podrán introducirse matices ni nuevo contenido que resulte esencial para la comprensión de la información inicial).

Estos requisitos afectarán tanto a los emisores de valores admitidos a negociación en un mercado regulado (p.ej., las Bolsas o AIAF) como en un SMN (p.ej., BME Growth o MARF).

### Adaptación de los modelos de Informe Anual de Gobierno Corporativo y de Informe Anual de Remuneraciones de Consejeros

La CNMV ha publicado la Circular CNMV 1/2020 para adaptar los modelos de Informe Anual de Gobierno Corporativo (“IAGC”) e (“IARC”) a la revisión del CBG. Como la adaptación del CBG se llevó a cabo en julio, en la Disposición Transitoria se incluye una regla especial de cómo se debe informar sobre el seguimiento de las recomendaciones durante el ejercicio 2020.



## PROTECCIÓN DE DATOS

### El TJUE anula el Escudo de Privacidad para transferir datos a Estados Unidos

Mediante sentencia de 16 de julio de 2020 en el caso Schrems II ([asunto C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559](#)), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado inválido el [Escudo de Privacidad \(Privacy Shield\)](#), que hasta entonces constituía el principal mecanismo de cobertura legal para las transferencias de datos personales de la Unión Europea a los Estados Unidos.

Para poder transferir datos personales a terceros países, fuera del Espacio Económico Europeo, el [Reglamento General de Protección de Datos \(RGPD\)](#) exige rigurosas garantías a fin de asegurar que en el país de destino los datos gozarán de una protección equivalente a la que tienen en la Unión Europea. La Comisión Europea puede dictar una decisión de adecuación, declarando que un determinado país receptor ofrece grado de protección adecuado, o que garantiza ese nivel de protección en un sector particular o para ciertas transferencias.

En 2016, la Comisión dictó la [Decisión 2016/1250](#) (en ese momento todavía bajo la Directiva 95/46 de Protección de Datos, actualmente sustituida por el RGPD) en la que declaraba que los Estados Unidos garantizan un nivel adecuado de protección a los datos personales transferidos en el marco de los principios del “Escudo de Privacidad EU-EEUU” a entidades autocertificadas establecidas en Estados Unidos.

El TJUE, sin embargo, después de examinar el marco legal de EEUU, concluye que la protección de los datos no queda suficientemente garantizada, habida cuenta de los amplios poderes de las autoridades de Estados Unidos para acceder a los datos por motivos de seguridad nacional, que no se ajustan a las exigencias del principio de proporcionalidad. Destaca en particular que los interesados no disponen de mecanismos de tutela judicial efectiva frente a las autoridades estadounidenses. En consecuencia, el Tribunal declara que la Decisión 2016/1250 sobre el Escudo de Privacidad es inválida.

A falta de decisión de adecuación es posible acudir a otras fórmulas, entre ellas las cláusulas tipo de protección de datos adoptadas por la Comisión, que deben firmar el exportador y el importador de datos. En la misma sentencia, el TJUE analiza las cláusulas tipo aprobadas por la Comisión en su [Decisión 2010/87](#), modificada por la [Decisión 2016/2297](#). El Tribunal declara la validez de estas cláusulas tipo, pero advirtiendo que –como establece la propia Decisión– el exportador y el destinatario de los datos tienen obligación de comprobar previamente que el país de destino ofrece un nivel adecuado de protección. En particular, obliga al destinatario a informar al exportador de que podría ser incapaz de cumplir las cláusulas tipo, y entonces debería suspenderse la transferencia de datos, o bien acudir a otras garantías o excepciones previstas en el RGPD para llevarla a cabo.

---

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.

