



Resumen de la reciente jurisprudencia en materia civil y mercantil; y en general de los temas tratados en nuestra sesión de letrados del 8 de marzo de 2018.

1.- Se aprobó la **Resolución de 31 de enero de 2018, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones**, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones actualizadas del sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

2.- **Real Decreto 62/2018, por el que se modifica el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, aprobado por el Real Decreto 1588/1999, de 15 octubre, y el Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero.**

- Planes de pensiones individuales (no de empresa). Posibilidad de poder disponer del importe, total o parcial, de los derechos consolidados, correspondientes a aportaciones efectuadas con al menos diez (10) años de antigüedad. Otras mejoras para la disponibilidad.

- Cuestiones operativas (cambio de fondo, información periódica, especificaciones del folleto, requisitos de los activos en que puede invertir el fondo, límites de concentración, topes de fondos, limitaciones comisiones depositaria y gestión, etc.).

- Art. 22.7:

«7. Los derechos consolidados del partícipe en un plan de pensiones no podrán ser objeto de embargo, traba judicial o administrativa, hasta el momento en que se cause el derecho a la prestación o puedan ser disponibles o efectivos conforme a lo previsto en el artículo 9.

En los términos del artículo 8, apartados 8 y 10, del texto refundido de la Ley, cuando el derecho a las prestaciones del partícipe en un plan de pensiones sea objeto de embargo o traba, judicial o administrativa, ésta resultará válida y eficaz, si bien no se ejecutará hasta que se cause el derecho a la prestación o puedan hacerse efectivos o disponibles conforme a lo previsto en el artículo 9. Producidas tales circunstancias, la entidad gestora ordenará el traspaso de los fondos correspondientes a las prestaciones o derechos consolidados a quien proceda, en cumplimiento de la orden de embargo.

En caso de que el partícipe o beneficiario sea titular de varios planes de pensiones serán embargables, en primer lugar, los del sistema individual y asociado, y en último término, los planes del sistema de empleo.

Cuando el partícipe o beneficiario sea titular de derechos en planes de pensiones, planes de previsión asegurados y planes de previsión social empresarial, se tendrá en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional octava de este reglamento.»

Redactado actual, consolidado, del art. 9 (tras la presente reforma):

Artículo 9. Supuestos excepcionales de liquidez.

1. Excepcionalmente, los derechos consolidados en los planes de pensiones podrán hacerse efectivos en su totalidad o en parte en los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración de acuerdo con lo previsto en este artículo, siempre que lo contemplen expresamente las especificaciones del plan de pensiones y con las condiciones y limitaciones que éstas establezcan.

2. Las especificaciones de planes de pensiones podrán prever la facultad del partícipe de hacer efectivos sus derechos consolidados en el caso de que se vea afectado por una enfermedad grave bien su cónyuge, bien alguno de los ascendientes o descendientes de aquéllos en primer grado o persona que, en régimen de tutela o acogimiento, conviva con el partícipe o de él dependa.

Se considera enfermedad grave a estos efectos, siempre que pueda acreditarse mediante certificado médico de los servicios competentes de las entidades sanitarias de la Seguridad Social o entidades concertadas que atiendan al afectado:

a) Cualquier dolencia o lesión que incapacite temporalmente para la ocupación o actividad habitual de la persona durante un período continuado mínimo de tres meses, y que requiera intervención clínica de cirugía mayor o tratamiento en un centro hospitalario.

b) Cualquier dolencia o lesión con secuelas permanentes que limiten parcialmente o impidan totalmente la ocupación o actividad habitual de la persona afectada, o la incapaciten para la realización de cualquier ocupación o actividad, requiera o no, en este caso, asistencia de otras personas para las actividades más esenciales de la vida humana.

Los supuestos anteriores se reputarán enfermedad grave en tanto no den lugar a la percepción por el partícipe de una prestación por incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, conforme al régimen de la Seguridad Social, y siempre que supongan para el partícipe una disminución de su renta disponible por aumento de gastos o reducción de sus ingresos.

3. Los derechos consolidados en los planes de pensiones podrán hacerse efectivos en el supuesto de desempleo de larga duración. A los efectos previstos en este artículo se considera que el partícipe se halla en situación de desempleo de larga duración siempre que reúna las siguientes condiciones:

a) Hallarse en situación legal de desempleo.

Se consideran situaciones legales de desempleo los supuestos de extinción de la relación laboral o administrativa y suspensión del contrato de trabajo contemplados como tales situaciones legales de desempleo en el artículo 208.1.1 y 2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y normas complementarias y de desarrollo.

b) No tener derecho a las prestaciones por desempleo en su nivel contributivo, o haber agotado dichas prestaciones.

c) Estar inscrito en el momento de la solicitud como demandante de empleo en el servicio público de empleo correspondiente.

d) En el caso de los trabajadores por cuenta propia que hubieran estado previamente integrados en un régimen de la Seguridad Social como tales y hayan cesado en su actividad, también podrán hacerse efectivos los derechos consolidados si concurren los requisitos establecidos en los párrafos b) y c) anteriores.

4. Los partícipes de los planes de pensiones del sistema individual y asociado podrán disponer anticipadamente del importe, total o parcial, de sus derechos consolidados correspondiente a aportaciones realizadas con al menos diez años de antigüedad. Los partícipes de los planes de pensiones del sistema de empleo podrán disponer de los derechos consolidados correspondientes a las aportaciones y

contribuciones empresariales realizadas con al menos diez años de antigüedad, si así lo permite el compromiso y lo prevén las especificaciones del plan y con las condiciones o limitaciones que éstas establezcan en su caso.

3.- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Diversas Convenciones. Revista de Derecho Mercantil octubre/diciembre 2017, núm. 306.

Importancia creciente por su frecuente cita en Sentencias.

Especial interés de las siguientes: (i) cesión de créditos, (ii) comercio electrónico, (iii) utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, (iv) arbitraje.

Con motivo de la celebración de los 50 años de vida de la CNUDMI – UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) se han publicado muchos artículos destinados a valorar su labor. Durante los últimos años la UNCITRAL se ha dedicado básicamente a dos funciones principales con relación al Derecho Uniforme del Comercio Internacional: su armonización y modernización.

Los principales resultados de tales funciones han sido: (i) El despliegue conceptual y disciplinario de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, convirtiéndose en un verdadero derecho internacional para la compraventa internacional, integrando sus propias normas y jurisprudencia; (ii) La formulación y estructuración de una disciplina uniforme del comercio electrónico, mediante la elaboración de normas jurídicas aplicables a los contratos comerciales internacionales pactados en soporte electrónico y aprobando leyes modelo en material de comercio electrónico, firma electrónica, uso de las comunicaciones electrónicas en contratos internacionales y documentos transmisibles electrónicos; (iii) La formulación de una disciplina del transporte de mercancías total o parcialmente marítimo; (iv) La formulación de instrumentos aplicables al arbitraje comercial internacional.

Merecen especial comentario:

La Convención sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (CARIT – Convention on Assignment of Receivables International Trade) Nueva York 2001, de la que resulta la siguiente crítica:

- No ha sido ratificado ni por Canadá ni USA.
- No se han apreciado ventajas para la comunidad financiera internacional.

ORTEGA ▪ CONDOMINES ▪ ABOGADOS

- Ha servido de base/antecedentes a la Guía legislativa sobre operaciones garantizadas de 2007. Está en el suplemento relativo a las garantías reales sobre Propiedad Intelectual 2010.
- Se crea un registro de Garantías reales (2013).
- Ha sido aprobada la ley modelo sobre operaciones garantizadas de 1 de julio de 2016 aprobada por la comisión.

Además, la Convención sobre comunicaciones electrónicas 2005, que tiene por objetivo buscar un instrumento jurídico asimilable a la Convención de Viena.

- Este Convenio en comunicaciones electrónicas no se circunscribe al contrato de compraventa sino que facilita la aplicación de los principios rectores del comercio electrónico en la celebración y ejecución de los contratos internacionales en general.
- Se aplica a contratos entre empresarios en el ámbito del ejercicio de su actividad y quedando excluidos los de los consumidores.
- Se excluyen también las materias relativas al sistema financiero y los títulos de tradición y de pago o crédito (letras de cambio, pagarés, cartas de porte, conocimientos de embarque o resguardos de almacén) por ser instrumentos basados en el papel.
- Sin embargo, la generalidad y complejidad del texto no hacen fácil su aplicación, sobre todo ante el conflicto de interés. Ya se verá con la práctica y la jurisprudencia.
- Se convierte en un instrumento internacional de derecho positivo para la aplicación de principios generales contenidos en la ley Modelo sobre comercio electrónico y en las legislaciones nacionales que han seguido la pauta de la Ley Modelo.

4.- DGRN 31.1.2018. Complemento de convocatoria. Junta ante Notario, que levanta el acta.

“Obligación” del Consejo de administración de acordar, previo a su publicación, el complemento de la convocatoria de la junta:

El Consejo de administración de una sociedad anónima acuerda convocar junta general para la aprobación de las cuentas anuales y cese y designación de cargos, publicándose, en consecuencia, los anuncios correspondientes; posteriormente, un socio minoritario solicita al órgano de administración complemento de convocatoria y requiere la presencia de Notario en la junta para levantar acta; el órgano de administración publica, sin otra formalidad adicional, tal complemento, a los efectos oportunos, y la junta se celebra en presencia de Notario; el acta notarial se presenta en el Registro Mercantil, para su inscripción, recogiendo los acuerdos

ORTEGA · CONDOMINES · ABOGADOS

adoptados por la junta general de la sociedad, según solicitó el socio minoritario que instó el complemento de la convocatoria, y no se inscribe porque ni el complemento de la convocatoria ni la presencia de Notario en la junta son acuerdos adoptados previamente en una sesión ad hoc del Consejo de administración.

La DGRN exige un nuevo acuerdo del Consejo de administración, (cuando este sea el sistema de administración) cuando se solicita ampliación de convocatoria y presencia de Notario por parte del socio minoritario, esgrimiendo las siguientes razones:

- Convocar la junta general es competencia indelegable del Consejo de administración, de modo que la ausencia de acuerdo del Consejo de administración sobre la convocatoria de la junta general es causa de invalidez de la convocatoria realizada y de los acuerdos en ella adoptados.
- El monopolio del órgano de administración de convocar la junta general se extiende al supuesto en el que exista complemento de convocatoria (ex. Art. 172 LSC), por lo que no cabe la actuación individual del presidente o consejero delegado a tal efecto.
- El hecho de que el art. 172 LSC no especifique la necesidad del acuerdo del Consejo para ampliar convocatoria, considera que la ausencia de regulación específica debe interpretarse como una remisión al régimen general de funcionamiento de las sociedades anónimas, por lo que es esencial el previo acuerdo del Consejo para la validez de la convocatoria y su ampliación. Todo ello frente al argumento del recurrente que considera el complemento de convocatoria como un acto debido bastando, en este caso, tener que darle cumplimiento.
- Así, el automatismo en el desarrollo de los hechos derivados de la solicitud de complemento de convocatoria no es correcto. Es obligatorio acudir al acuerdo del Consejo y de no reunirse este acudir a la autoridad judicial: Terrible (y ello sin valorar si quiera lo que ocurriría si el voto resultante del acuerdo fuese negativo).

Esta resolución ha sido calificada por Jesús Alfaro Águila-Real como “innecesariamente cruel con los administradores” y es a su entender otra de tantas que hace la vida imposible a los administradores sin otro motivo que demostrar quién manda.

Es una Resolución criticable por un exceso de celo y rigidez cuando no hay vulneración de derecho alguno; vuelve a poner de manifiesto el divorcio entre el Registro Mercantil y la realidad de las necesidades de las sociedades de capital; y como señala Jesús Alfaro es una resolución posiblemente ilegal debido a que el art. 204 LSC considera no impugnables los acuerdos por defectos procedimentales, lo que a contrario, significa que esos defectos no pueden servir de base para una calificación negativa del Registrador basada, precisamente, en la ilegalidad de los acuerdos adoptados; cuando es el Presidente del Consejo el que ordena la

convocatoria o su complemento es una infracción de requisito procedimental y no un requisito relativo a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos.

5.- DGRN 11.12.2017.- Depósito de cuentas cuya documentación incorporaba el requerido certificado del acuerdo de la junta aprobando las cuentas anuales, estando ese certificado integrado por dos hojas, si bien firmado por el administrador único sólo en la segunda (como suele ser habitual).

La Registradora rechaza el depósito de las cuentas, entre otras cuestiones, porque el certificado no está firmado en todas ellas. Afortunadamente, presentado el oportuno recurso, esta calificación fue revocada por la DGRN, pero.... Ante tal calificación, un tanto estricta respecto a lo que suele ser habitual, la DGRN le echa un capote a la Registradora diciéndole que si normalmente no se ha considerado defecto que las certificaciones que ocupan más de una hoja no vayan firmadas en todas ellas (pese a que las grandes compañías sí lo hacen), si la Registradora sopesa que hay motivos para rechazar el depósito por creer que el certificado de aprobación del acuerdo no es auténtico o no es íntegro debe expresarlo así en su acuerdo de calificación, especificando los motivos en que lo fundamente.

A tener en cuenta: No es necesario que las certificaciones de los acuerdos de la junta se firmen en todas las hojas; sin embargo, si el Registrador tiene dudas respecto a la legitimidad de alguna de las hojas en las que no aparece la firma, puede rechazar el depósito (o quizá algún otro acto societario), siendo el defecto no la falta de firma, sino la duda del registrador sobre la autenticidad e integridad de la certificación: por ejemplo escritura con otro tipo de letra, papel distinto, expresiones o forma de redacción no concordantes entre unas hojas y otras.

6.- STS 19.5.2017. Contrato de agencia / contrato de distribución.

El TS confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que consideró que la distribuidora demandante (Maffinter Med S.L.) tenía derecho tanto a la indemnización por clientela como por falta de preaviso, y que la concedente demandada (Gebrüder Martín & CO KG,) debía hacerse cargo del stock, pero a precio de coste y no de venta.

La AP de Madrid, desestimando el recurso de apelación de la demandante y estimando en parte el de la demandada, absolvió a ésta del pago de la indemnización derivada por el stock que tenía almacenado al no estar probada su obligación de recompra.

ORTEGA · CONDOMINES · ABOGADOS

No obstante, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la demandada y estima en parte los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación formulados por la demandante, confirmando la sentencia dictada en primera instancia.

1.- Contrato de Distribución entre empresa alemana fabricante de implantes maxilofaciales y distribuidor en exclusiva en España con contrato de duración indefinida.

2.- El principal resolvió sin causa y de manera unilateral e injustificada el contrato, sin dar preaviso.

3.- El distribuidor reclama el pago de indemnización por clientela y por falta de preaviso y el importe de los stocks que tiene en depósito.

4.- El TS declara la aplicación analógica del artículo 28 LCA a la distribución de productos sanitarios.

5.- Se acredita la fidelización de la clientela por la actividad desplegada por la distribuidora y no se calcula la indemnización por clientela en base a los ingresos brutos del distribuidor, sino a los beneficios netos (diferencia entre el beneficio bruto y los gastos generados). Esto confirma sentencias anteriores del TS que se han decantado por considerar el beneficio neto del distribuidor como base de cálculo de la indemnización por clientela.

6.- También declara indemnizable el lucro cesante sufrido por el distribuidor por incumplir la concedente un preaviso razonable, y confirma decisiones anteriores del TS en el sentido de considerar que la falta de preaviso produce daños indemnizables, como el lucro cesante.

7.- El TS confirma la obligación de la demandada de hacerse cargo del stock. Conforme al principio de integración del contrato, se le condena a su recompra. El principal no niega la obligación de la demandante (distribuidor) de mantener un depósito de los productos que suministraba. EL TS ordena el derecho del distribuidor a revender su stock a precio de coste.

8.- La distribuidora debe ser indemnizada por el daño emergente que le ha supuesto tener a disposición de la concedente un stock que finalmente no va a ser objeto de venta, pero la indemnización debe calcularse con relación al precio de adquisición de los productos en stock y no a su precio de venta.

La STS 569/2013, de 8 de octubre, ya declaró lo siguiente:

«[...]La doctrina jurisprudencial sobre la improcedencia de la aplicación mimética o automática del régimen jurídico del contrato de agencia al contrato de distribución se extiende no sólo a la compensación por clientela sino también a otras previsiones legales, como es la que se refiere

ORTEGA · CONDOMINES · ABOGADOS

a la obligación de preaviso en caso de resolución de un contrato de duración indefinida (Sentencia 378/2010, de 22 de junio, con cita de otra anterior 239/2010, de 30 de abril).»

Pero lo anterior no obsta que, en supuestos como el presente relativos a contratos de distribución en exclusiva que han operado durante largo tiempo, en nuestro caso por veinte años, la jurisprudencia haya considerado el preaviso una exigencia de la buena fe con que deben ejercitarse los propios derechos y de la lealtad que debe imperar en las relaciones mercantiles. Como recuerda la sentencia 480/2012, de 18 de julio, "en nuestro sistema, como regla, las partes tienen la facultad de desvincularse unilateralmente de los contratos de duración indefinida (Sentencia 130/2011, de 15 marzo), pese a lo cual, el deber de lealtad, cuya singular trascendencia en el tráfico mercantil destaca el artículo 57 CCom, exige que la parte que pretende desistir unilateralmente sin causa preavise a la contraria incluso cuando no está así expresamente previsto, de conformidad con lo establecido en el artículo 1258 CC, salvo que concurra causa razonable para omitir tal comunicación".

Aunque "es, desde luego, innecesario el preaviso para resolver los contratos de duración indefinida (...), que un ejercicio de la facultad resolutoria de una forma sorpresiva o inopinada, sin un margen de reacción en forma de un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo de derecho, o constitutiva de conducta desleal incurrida en la mala fe en el ejercicio de los derechos, que si bien no obsta a la extinción del vínculo, sí debe dar lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios" (sentencia 130/2011, de 15 de marzo, que reitera la anterior sentencia 1009/2005, de 16 de diciembre (LA LEY 10476/2006)).

«En nuestro caso, aunque en sí misma la resolución de la relación contractual es razonable, en atención a los legítimos intereses del comitente frente a una bajada ostensible de la facturación de su distribuidor, sin embargo la falta de preaviso, que permitiera a la distribuidora reorientar su actividad comercial, sí supone una infracción de los reseñados deberes de lealtad y buena fe en el desarrollo de una relación contractual como la presente, sin que concurra ninguna circunstancia que justifique su omisión. En atención a la larga duración del contrato de distribución resuelto unilateralmente por la comitente, veinte años, el preaviso debería haber sido de al menos seis meses, por analogía con lo regulado en el art. 25 LCA, que aunque no resulte directamente de aplicación, sirve de referencia para determinar prudencialmente la antelación del preaviso en un supuesto como el presente. Los perjuicios derivados del incumplimiento de este preaviso no quedan reducidos únicamente al daño emergente, como serían las inversiones realizadas por motivo de la distribución y no amortizadas al tiempo de la resolución del contrato, sino que pueden extenderse también al lucro cesante, al amparo de lo previsto en el art. 1106 CC (LA LEY 1/1889), tal y como es interpretado por la jurisprudencia. Y a este respecto estimamos el recurso de casación, pues la sentencia de instancia, al juzgar que no constaba acreditado que se hubiera producido un perjuicio como consecuencia del

incumplimiento del preaviso, reducía el posible daño indemnizable derivado de la falta de preaviso a las inversiones no amortizadas y excluía de su consideración el lucro cesante».

7.- La acción rescisoria contractual (71 LC) y las acciones estructurales. La STS de 21.11.2016.

¿Cabe el ejercicio de una acción concursal rescisoria de una modificación estructural inscrita?

El art. 47 LME:

1. Ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley. Quedan a salvo, en su caso, los derechos de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados.

2. El plazo para el ejercicio de la acción de impugnación caduca a los tres meses, contados desde la fecha en que la fusión fuera oponible a quien invoca la nulidad.

3. La sentencia que declare la nulidad habrá de inscribirse en el Registro Mercantil, se publicará en su «Boletín Oficial» y no afectará por sí sola a la validez de las obligaciones nacidas después de la inscripción de la fusión, a favor o a cargo de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad surgida de la fusión.

De tales obligaciones, cuando sean a cargo de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad, responderán solidariamente las sociedades que participaron en la fusión.

4. Si la fusión lo fuere por el procedimiento de creación de una nueva sociedad se estará, además, al régimen de nulidad del tipo societario de que se trate.

8.- Derecho de defensa de la competencia.- Revista de Derecho Mercantil: págs. 487 y ss.: La reclamación de los daños y perjuicios derivados de los ilícitos anticoncurrenciales.

Se ocupa de la aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia (y, en concreto, su efecto resarcitorio).

Incorpora las novedades ex Real Decreto Ley 9 de 2017.

Referencia a la relación con procedimientos administrativos previos (a efectos, por ejemplo, de determinación de los hechos, prescripción, prejudicialidad, etc.).

Diferente finalidad con la aplicación pública: mero resarcimiento, no pretensión disuasoria.

Acceso a las pruebas, culpabilidad de la conducta, defensa passing on, el perjuicio resarcible, la prescripción, la coordinación entre aplicación pública y privada, legitimación del comprador indirecto, acciones colectivas, cuantificación.

En cuanto a la cuantificación del daño y su gran dificultad en muchos casos: [Comisión Europea: Guía Práctica sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 y 102 TFUE \(y su Comunicación\)](#).

Relación de lo anterior con el art. 76.2 LDC: los órganos jurisdiccionales deberán conceder una indemnización al perjudicado cuando queden acreditados los daños pero resulte "prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles".

Otros aspectos del nuevo 283 bis LEC.

La causalidad (arts. 76 y 79 LDC), solidaridad, efecto vinculante de la resolución administrativa previa, etc.

9.- STS 17.5.2017. Pacto de no concurrencia en contrato de distribución y legislación sobre competencia desleal.

Reitera su doctrina según la cual tales pactos no están sujetos a la normativa sobre competencia desleal, declarando que "el incumplimiento contractual, en el que se enmarcaría la infracción de un pacto de no competencia, no puede considerarse por sí mismo como un acto de competencia desleal incluido en el "ámbito objetivo de aplicación del art. 2 LCD, porque la deslealtad de las conductas tipificadas en la LCD nace de la contravención de los deberes generales de conducta, y no, en principio, del incumplimiento de una obligación contractual", sin perjuicio de que un incumplimiento contractual pueda constituir también un acto de competencia desleal.

10.- STS 17.4.2017. Propiedad intelectual. El proyecto de un edificio, ¿es susceptible de protección ex LPI?

Un arquitecto recibió el encargo de una promotora de realizar un proyecto de obra nueva de un edificio destinado a hotel (Proyecto 1). Tras denegarse la licencia por el Ayuntamiento, que consideró necesario modificar la fachada, la promotora contrató a otros dos arquitectos para que, juntamente con el primer arquitecto, colaborasen en la redacción del proyecto y la dirección de las obras en un 50%. Este segundo proyecto (Proyecto 2), que sí obtuvo la licencia municipal, fue paralizado. Dos años más tarde, estos dos últimos arquitectos presentaron, a

petición de la promotora, un tercer proyecto (Proyecto 3), sustancialmente idéntico al Proyecto 2, en el que solo aparecían ellos dos como autores y que también fue paralizado.

El primer arquitecto presentó demanda contra los otros dos arquitectos, solicitando que se le declarase titular de todos los derechos derivados de la condición de coautor del Proyecto 3, por ser igual al Proyecto 2, elaborado por el demandante en colaboración con los demandados, y, por tanto, constituir una obra en colaboración regulada en el art. 7 TRLPI.

Los demandados contestaron (y reconvinieron) alegando que, si bien había identidad sustancial entre los Proyectos 2 y 3, el Proyecto 2 no era una obra en colaboración en la que el demandante hubiera intervenido como autor, en el sentido que la normativa de propiedad intelectual da a este término, puesto que la creación original del Proyecto 2, su singularidad estética, recaía únicamente en elementos introducidos por los demandados (fachada, ajustes en la volumetría y espacios exteriores), y no en la parte aportada por el demandante, meramente técnica, funcional, material y sin sustantividad creativa.

El Juzgado Mercantil desestimó la demanda y estimó la reconvención, declarando a los demandados como los únicos autores, desde la perspectiva de las normas de propiedad intelectual, del Proyecto 2, al no haber probado el demandante su aportación original al Proyecto. Esta sentencia fue revocada por la AP de Barcelona, que estimó en parte la demanda, al considerar que el Proyecto 2 era una obra en colaboración y que todo proyecto arquitectónico está dotado *per se* de creatividad y, por tanto, de originalidad. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por los demandados, confirmando la sentencia del Juzgado Mercantil.

El Tribunal Supremo señala que, de acuerdo con el art. 10.1.f TRLPI, son obras protegidas por la propiedad intelectual «los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería». La anterior enumeración no es exhaustiva y, si bien no incluye los edificios o construcciones ya ejecutadas, su consideración como obras protegidas se deriva de una interpretación sistemática del TRLPI y de lo dispuesto en el Convenio de Berna, del que España es parte.

Asimismo, indica que una obra arquitectónica, proyectada o ya construida, está protegida por las normas de propiedad intelectual cuando constituye una creación humana (arts. 1 y 5.1 TRLPI), exteriorizada y original (art. 10.1 TRLPI).

Dado que las obras arquitectónicas, por su carácter funcional, se prestan a una menor originalidad, requieren para su protección un grado de singularidad superior. En este ámbito, la originalidad exige un grado de altura creativa que dote a la obra arquitectónica de un carácter novedoso y permita diferenciarla de otras preexistentes, lo que excluye las construcciones ordinarias. Tampoco quedan protegidas por el derecho de autor las obras arquitectónicas en la

parte impuesta por exigencias técnicas, funcionales o normativas, salvo que la originalidad se derive de la singularidad y novedad de las soluciones adoptadas para cumplir con tales esas exigencias.

Añade que la falta de originalidad de algunos elementos de una obra arquitectónica no impide la protección de las partes que sí lo reúnen. Por ello, en las obras de colaboración, los arquitectos que realizan aportaciones dotadas de originalidad pueden ser considerados autores protegidos por la normativa sobre propiedad intelectual, mientras que los que elaboran las partes carentes de originalidad no gozan de tal consideración y protección, sin perjuicio de los derechos de naturaleza contractual por el encargo.

Según el Tribunal, en el presente supuesto nos encontramos ante una obra en colaboración, en cuya elaboración participaron varios arquitectos entre los que mediaba un acuerdo de colaboración para realizar un proyecto en común, repartiéndose distintas partes del mismo y en el que es posible distinguir lo elaborado por cada uno de ellos. Considera que la participación del demandante en el proyecto no tuvo un grado de originalidad (altura creativa suficiente) para poderle considerar como coautor protegido por las normas de la propiedad intelectual y que, para ello, habría tenido que cumplir los requisitos de singularidad, individualidad y distinguibilidad.

11.- STS 28.6.2017. Contrato de agencia. Revisión de la cuantía de la indemnización por clientela.

No es posible en casación, al igual de la fijación de daños morales o materiales, salvo (i) por error notorio o arbitrariedad, (ii) cuando existe una notoria desproporción o (iii) se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación de la cuantía (...); la cuantía de la indemnización no es objeto de casación como tal, solo puede serlo la base jurídica que da lugar al mismo”.

12.- SAPB 25.7.2017.- Responsabilidad del liquidador.

Art. 397.2 LSC: “Los liquidadores serán responsables ante los accionistas y los acreedores de cualquier perjuicio que les hubiesen causado con dolo o culpa grave en el desempeño de su cargo”.

Cita jurisprudencia (especialmente STS 6.3.2014) , para recordar lo siguiente: es preciso demostrar el nexo causal entre el incumplimiento y el perjuicio (es decir, y principalmente, de la capacidad económica de la sociedad para haber satisfecho la deuda).. Ahora bien: si el liquidador omite sus obligaciones, sin ni siquiera formar dentro de los tres meses siguientes a su nombramiento el inventario y balance iniciales (Art. 383-388 LSC), se invierte la carga de la

prueba, debiendo ser él quien demuestre esa falta de causalidad (reiterando, esa incapacidad económica).

13.- SAPB 1.5.2017. Responsabilidad solidaria/subsidiaria de quien subcontrata.

1.- El art.43.1.f) LGT establece que serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria las personas o entidades que subcontraten la ejecución de obras o la prestación de servicios correspondientes a su actividad económica principal, por las obligaciones tributarias relativas a tributos que deban repercutirse o cantidad que deban retenerse a trabajadores, profesionales u otros empresarios, en la parte que corresponda a las obras o servicios objeto de la contratación o subcontratación.

Dicha responsabilidad no será exigible cuando el contratista o subcontratista haya aportado al pagador un certificado específico de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias emitido a estos efectos por la Administración tributaria durante los doce (12) meses anteriores al pago de cada una de las facturas correspondiente a la contratación o subcontratación.

2.- Art.7.2 Ley 32/2006, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción: el incumplimiento de las obligaciones de acreditación y registro, o del régimen de la subcontratación, determinará la responsabilidad solidaria del subcontratista que hubiera contratado incurriendo en dichos incumplimientos y del correspondiente contratista respecto de las obligaciones laborales y de SS derivadas de la ejecución del contrato acordado que correspondan al subcontratista responsable del incumplimiento en el ámbito de la ejecución del contrato.

3.- En el mismo sentido, art. 42 ET.

Así, es indudable la responsabilidad solidaria o subsidiaria de la contratista respecto de los incumplimientos, fiscales o laborales, de la subcontratada.

En el caso: prueba indudable de que la subcontratada no estaba al corriente. La cuestión: ¿tiene derecho la contratista, por tal motivo, a retener las cantidades que adeuda a la subcontratada? La Sentencia expone que es una cuestión que suscita serias dudas de derecho.

Sentencia: aun cuando realmente esos incumplimientos tributarios y laborales de la subcontratada puedan suponer la responsabilidad solidaria o subsidiaria de la deudora, ninguna de esas normas le concede ese derecho a retener. El derecho de retención tiene origen legal o convencional. Por lo que si no se pacta expresamente, no existe, sin que el 1258 CC ampare lo contrario.

14.- SAPB 9.5.2017. Derecho de retención. Art. 569.3 CCC.

1.- Derecho de retención.- “Los poseedores de buena fe de un bien ajeno, mueble o inmueble, que deban entregar a otra persona, pueden retener su posesión en garantía del pago de las deudas a que se refiere el art. 569-4 hasta el pago completo de la deuda garantizada.”

El Port Olímpic de Barcelona, S.A. retiene sendos veleros propiedad de D. Raimundo por el impago de los servicios previstos en los contratos de servicios de amarre.

Repaso al modo de ejercicio del derecho y causa del mismo (créditos relacionados con el bien poseído), naturaleza real, oponible erga omnes, de carácter accesorio, que solamente puede ejercitar el poseedor de buena fe y siempre que dicha situación posesoria sea eficaz y válida y siempre que la deuda sea de las previstas en el 569.4 CCC.

Caducidad: 569.5.1 CCC: plazo de caducidad de dos meses para oponerse a la recepción de la notificación por conducto de la retención que debe efectuar el retenedor.

2.- Caducidad en general 122.3 CCC, epígrafe 2: “cuando se trata de relaciones disponibles, la caducidad no debe ser apreciada de oficio por los tribunales, sino que debe ser alegada por una persona legitimada”.

15.- TS 21.12.2017. Ilegalidad de preceptos estatutarios contrarios a normas legales imperativas.

Los estatutos de una sociedad limitada indican que, en caso de venta de participaciones sociales, al ejercitar el derecho de adquisición preferente, la valoración de las mismas debe ser efectuada por el auditor de la sociedad. El supremo indica que las previsiones estatutarias están subordinadas a las normas legales imperativas, y que el art. 107.3 Ley Sociedades de Capital prohíbe expresamente dicha atribución al auditor, sin que sea óbice que los estatutos fueran anteriores a su vigencia.

16.- STS 7.11.2017. Carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca.

Artículo 145 LH.

Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere:

Primero. Que se hayan constituido en escritura pública.

Segundo. Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.

Artículo 1875 CC.

Además de los requisitos exigidos en el artículo 1.857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad.

Las personas a cuyo favor establece hipoteca la ley, no tienen otro derecho que el de exigir el otorgamiento e inscripción del documento en que haya de formalizarse la hipoteca, salvo lo que dispone la Ley Hipotecaria en favor del Estado, las provincias y los pueblos, por el importe de la última anualidad de los tributos, así como de los aseguradores por el premio del seguro.

Determinada S.A. otorga al 14 de junio de 2007 escritura de préstamo hipotecario, en garantía del cual hipoteca una finca de su propiedad. El 26 de noviembre de ese mismo año solicita ser declarada en situación de concurso, y por auto de 14 de diciembre fue declarada en concurso. La escritura de préstamo hipotecario se inscribe el 28 de febrero de 2008. La Administración Concursal pide que se hipoteca se declare nula porque se había constituido después de la declaración de concurso sin contar con autorización judicial del art. 43 de la Ley Concursal:

Artículo 43. Conservación y administración de la masa activa.

1. En el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso. A tal fin, los administradores concursales podrán solicitar del juzgado el auxilio que estimen necesario.

2. Hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez.

3. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior:

1.º Los actos de disposición que la administración concursal considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso. Deberá comunicarse inmediatamente al juez del concurso los actos realizados, acompañando la justificación de su necesidad.

2.º Los actos de disposición de bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad cuando se presenten ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario. Se entenderá que esa coincidencia es sustancial si en el caso de inmuebles la diferencia es inferior a un diez por ciento y en el caso de muebles de un veinte por ciento, y no constare oferta superior. La administración concursal deberá comunicar inmediatamente al juez del concurso la oferta recibida y la justificación del carácter no necesario de los bienes. La oferta presentada quedará aprobada si en plazo de diez días no se presenta una superior.

3.º Los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, en los términos establecidos en el artículo siguiente.

4. En el caso de transmisión de unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al concursado se estará a lo dispuesto por los artículos 146 bis y 149.

Tanto en primera como en segunda instancia se estima la pretensión de la citada administración, aplicando esos preceptos del CC y la LH.

17.- DGRN 28.11.2017. Compraventa con pacto de reserva de dominio y con pacto de retener todas las cantidades percibidas por el vendedor.

Se otorga una compraventa en que se pacta que hasta la entrega total del precio, el vendedor se reserva el dominio de la finca vendida. Se pacta, además, que en caso de no cumplirse la condición el vendedor retendrá todas las cantidades entregadas. La registradora considera que el pacto de reserva de dominio solamente es aplicable a los bienes muebles, que se trata de un pacto comisorio prohibido y que, por tanto, la compraventa no es inscribible. Tan sorprendente como cierto.

La Dirección General revoca la calificación, haciendo un repaso a nuestra jurisprudencia, reconociendo la validez y eficacia del pacto de reserva de dominio en bienes inmuebles; reconoce los efectos de dicha previsión, que impiden que el vendedor pueda disponer del bien así como la imposibilidad de embargos por deudas del mismo. Lo que sí niega la Dirección General es que el vendedor puede retener, si opta por la resolución, todas las cantidades entregadas, ya que lo impide el art. 175.6 RH:

Artículo 175.

En consecuencia de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 82 de la Ley, la cancelación de las inscripciones cuya existencia no dependa de la voluntad de los interesados en las mismas se verificará con sujeción a las reglas siguientes:

Primera. Las inscripciones de hipoteca y demás gravámenes sobre el derecho de usufructo se cancelarán a instancia del dueño del inmueble con sólo presentar el documento fehaciente que acredite la conclusión de dicho usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario.

Segunda. Cuando, en virtud del procedimiento de apremio contra bienes inmuebles se enajene judicialmente la finca o derecho embargado, se cancelarán las inscripciones y anotaciones posteriores a la correspondiente anotación de embargo aunque se refieran a enajenaciones o gravámenes anteriores y siempre que no estén basadas en derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación del embargo y no afectados por ésta.

La cancelación se practicará a instancia del que resulte ser dueño de la finca o derecho, con sólo presentar mandamiento ordenando la cancelación, expedido de acuerdo con lo previsto en el artículo 1518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tercera. Las inscripciones de hipotecas constituidas sobre obras destinadas al servicio público, cuya explotación conceda el Gobierno y que estén directa y exclusivamente afectas al referido servicio, se cancelarán, si se declarase resuelto el derecho del concesionario, en virtud del mismo título en que se haga constar esa extinción y del documento que acredite haberse consignado en debida forma, para atender al pago de los créditos hipotecarios inscritos, el importe de la indemnización que en su caso deba percibir el concesionario.

Cuarta. La inscripción de subhipoteca, constituida sin los requisitos del artículo 149 de la Ley, podrá cancelarse en virtud de la escritura en que conste la resolución del derecho del subhipotecante. En el caso de que se hubieren cumplido dichos requisitos, será necesario, además, el consentimiento del subhipotecario o la consignación de la cantidad asegurada por la subhipoteca, si fuere igual o inferior a la garantizada por la hipoteca.

Quinta. Las inscripciones de hipotecas constituidas sobre bienes litigiosos, mencionadas en el número noveno del artículo 107 de la Ley, podrán cancelarse, en cuanto al todo o parte de la finca o derecho, y en el caso de que el deudor haya sido vencido en el juicio, con sólo la presentación de la ejecutoria recaída.

Sexta. Las inscripciones de venta de bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias podrán cancelarse, si resulta inscrita la causa de la rescisión o nulidad, presentando el documento que acredite haberse rescindido o anulado la venta y que se ha consignado en un establecimiento bancario o Caja oficial el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto.

Si sobre los bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias se hubieren constituido derechos reales, también deberá cancelarse la inscripción de éstos con el mismo documento, siempre que se acredite la referida consignación.

18.- DGRN 13.11.2017.- Reducción de capital por pérdidas: no es posible si la sociedad dispone de reservas incluida prima de emisión.

Art. 322 LSC. No puede reducirse el capital por pérdidas mientras la sociedad cuenta con cualquier clase de reservas voluntarias, teniendo tal consideración la prima de emisión.

Al decir ese precepto “cualquier clase de reservas”, debe entenderse en su sentido más amplio: cualquier partida distinta del capital que represente recursos propios.

19.- DGRN 29.11.2017.- Venta de activo esencial de sociedad en liquidación.

Art. 160 f) LSC.

¿Puede el liquidado comparecer ante notario y proceder a la venta sin ese acuerdo previo de los socios? No hace falta.

Departamento xxxxxxxx
Persona de contacto: xxxxxxxxxx
Email: xxxxxxxxx@ortega-condomines.com

ORTEGA · CONDOMINES · ABOGADOS

Barcelona, xxx de xxxxxxxx de xxx.