



9 de julio de 2018

RESUMEN DE LOS TEMAS TRATADOS DURANTE NUESTRA SESIÓN INTERNA DE LETRADOS DEL MES DE JUNIO 2018.

1.- Orden Ministerial JUS/319/2018: titularidad real.

De acuerdo con la nueva Orden Ministerial JUS/319/2018, de 21 de marzo, por la que se aprueban los modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación (la “**Orden**”), estarán obligadas a identificar al titular real todas las personas jurídicas domiciliadas en España que (i) tengan la titularidad real a favor de personas físicas, directa o indirectamente, de más del 25% de su capital social y que (ii) depositen sus cuentas anuales relativas a los ejercicios cerrados con posterioridad a 1 de enero de 2017, exceptuando aquéllas que coticen en un mercado regulado.

En caso de no presentación del citado formulario de identificación del Titular Real junto con las cuentas anuales, el Registro Mercantil calificará de defectuosa la presentación e impondrá las consecuentes sanciones por el referido defecto.

El Consejo General del Notariado (el “**CGN**”) y la patronal CEPYME (la “**Patronal**”) interpusieron un recurso contencioso administrativo contra la Orden y solicitaron, además, la medida de cautelar de suspensión de esta obligación de información, ya que consideran que ésta:

- (i) otorga la plena accesibilidad a la información de la titularidad real a cualquier persona con la solicitud de una sencilla certificación al Registro Mercantil;
- (ii) es ilegal al estar aprobada por el Ministerio de Justicia que carece de competencia;
- (iii) es inexacta por ser esta información anual; y
- (iv) es inútil pues ya hay una Base de Datos de Titularidad Real en España, recogida en el Reglamento de Blanqueo

Esta medida cautelar ha sido rechazada por la Audiencia Nacional, que alega que no se está violando el derecho a la intimidad de las personas que aparecen identificadas como titulares reales. El recurso presentado sigue en curso, por lo que deberemos que estar atentos a las futuras decisiones de los tribunales en cuanto a la polémica obligación de identificación.

2.- Varios:

Artículo sobre blockchain.

Cinco respuestas ante la nueva Directiva europea contra el fraude fiscal.

KPMG. Novedades jurídicas y fiscales.

3.- 621-46 CCC ULTRADIMIDIUM y 621-45 CCC RESCISIÓN POR VENTAJA INJUSTA.

Artículo 621-45. Ventaja injusta.

1. El contrato de compraventa y los otros de carácter oneroso pueden rescindirse si, en el momento de la conclusión del contrato, una de las partes dependía de la otra o mantenía con ella una relación especial de confianza, estaba en una situación de vulnerabilidad económica o de necesidad imperiosa, era incapaz de prever las consecuencias de sus actos, manifiestamente ignorante o manifiestamente carente de experiencia, y la otra parte conocía o debía conocer esta situación, se aprovechó de ello y obtuvo un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta.

2. En la compraventa de consumo, el contrato puede rescindirse, además de por los motivos a que se refiere el apartado 1, si ocasiona en los derechos y obligaciones de las partes un grave desequilibrio en perjuicio del consumidor, contrario a las exigencias de la buena fe y la honradez de tratos.

Artículo 621-46. Lesión en más de la mitad.

1. El contrato de compraventa y los demás de carácter oneroso pueden rescindirse si la parte perjudicada prueba que, en el momento de la conclusión del contrato, el valor de mercado de la prestación que recibe es inferior a la mitad del valor de mercado de la prestación que realiza.

2. En el caso a que se refiere el apartado 1, la otra parte puede oponer que el pretendido desequilibrio se justifica en el riesgo contractual propio de los contratos aleatorios o en la existencia de una causa gratuita.

3. En los supuestos de opción de compra, el desequilibrio a que se refiere el apartado 1 debe existir en el momento en que se pacta la opción.

Artículo 621-47. Adaptación del contrato y corrección de la lesión.

1. En el supuesto a que se refiere el artículo 621-45, a petición de la parte perjudicada, la autoridad judicial puede adaptar el contenido del contrato a la práctica contractual prevalente en el momento de su conclusión y a las exigencias de la buena fe y la honradez de los tratos.

2. En el supuesto a que se refiere el artículo 621-46, puede evitarse la rescisión del contrato mediante el pago en dinero del valor total de la prestación, con los intereses legales, a partir de la conclusión del contrato.

Artículo 621-48. Acciones.

Las acciones establecidas por la presente subsección caducan en el plazo de cuatro años a contar desde la conclusión del contrato y no son renunciables en ese momento.

Destacamos: Art. 34 LH.- Artículo de Fernando P. Méndez sobre el artículo 34 LH. Última orientación del TS: concepción psicológica, concepción ética.

5.- Revista NOTARIO DEL SIGLO XXI, mayo-junio 2018.

Destacamos los siguientes artículos:

1.- Interesante artículo sobre el crowdfunding inmobiliario. Breve descripción de la figura y reflexión sobre el crowdfunding para proyectos directos.

2.- Magnífico artículo del Profesor Alfaro: “Hipertofria de la calificación mercantil”. ¡Lo que tantas veces hemos comentado sobre la función del RM y las graves disfunciones que está produciendo!

6.- SAPB 17.5.2017. Causa/motivos de los contratos. Pacto comisorio/compraventa a carta de gracia. Usura. Opción de compra. Penalidades: 1152 y jurisprudencia TJUE cuando se trata de consumidores. Nulidad parcial / total.

Suplico de la demanda.

Nulidad por pacto comisorio.

1254 – 1258 – 1261.3 y 1274 –perfección del contrato (concurso consentimientos, elementos principales, conocimiento de la aceptación de la oferta) --- causa y motivos / elevación de los mismos a presupuesto del pacto – falsedad de la causa: simulación contractual – 1276 simulación relativa – contenido real del contrato – interpretación del contrato: 1281, primer párrafo / segundo y ss – 1285: todo orgánico y 1282 (actos).

Pacto comisorio: hacerse dueño de la cosa dada en prenda – 1255 : 1859 y 1884 / venta a carta de gracia o “empenyament”: *finalidad del vendedor de obtener dinero sin desprenderse irrevocablemente de la cosa, por lo general inmueble, ya que el comprador adquiere un dominio, en este caso una opción, temporalmente revocable que se transforma en irrevocable si no se ejercita el derecho a redimir, quedando garantizada la devolución del precio, consiguiéndose esta finalidad mediante el desdoblamiento que se produce del dominio en dos derechos reales específicos: el dominio resoluble del comprador, y el derecho de redimir del vendedor.*

Usura (Ley Azcárate 1908) --- intereses remuneratorios / moratorios.

Renuncia posterior a la acción de rescisión (322 Compil).

“Angustia”--- efectos en el contrato: ¿supone per se la nulidad? Solamente para evaluar consentimiento (su ausencia total). --- nulidad radical: vía de acción o de excepción / anulabilidad: 1300 ss: sólo acción (no excepción), demanda o reconvención (408.2).

Opción de compra: establecimiento de las obligaciones, cuya efectividad queda supeditada al arbitrio o voluntad del optante: negocio de perfección bilateral del que resulta la facultad unilateral de optar sin perjuicio de incluir una obligación a cargo del optante como el pago de un precio o una prima. --- 14 RH y 568.1 y ss CCC.

Onus probandi 217 LEC.

Cláusulas abusivas --- TJUE consumidor – cláusulas abusivas.

7.- STS 10.1.18. “Consumidor”; evolución y consideración actual del concepto. Importante en relación CC Cataluña.

Análisis de fondo: contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito el 31/10/2007 entre Ángel Jesús y Banco Popular, S.A., por importe 60.000 Euros, para financiar la adquisición de un local de uso comercial.

Desestimación de la acción de nulidad de la cláusula 3 del contrato, que contiene un límite a la baja de las revisiones del tipo de interés aplicable, cuyo tenor literal es: “3.3. Límite a la variación del tipo de interés aplicable.- No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable a este contrato será del 3,00 por ciento”.

Evolución del concepto de “consumidor”: cuando se suscribió el contrato todavía estaba vigente el art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (concepto de “destino final de los bienes o servicios”); posteriormente, el TRLGCU abandonó el criterio del destino final de los bienes o servicios, y adoptó el de la celebración del contrato “en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”.

En una fase inicial, la jurisprudencia comunitaria interpretó el concepto de “consumidor” de forma limitada o restrictiva, pero recientemente se ha hecho una interpretación más flexible. Se tiene en cuenta el ámbito objetivo de la operación y no la personalidad del contratante.

El prestatario NO tiene la condición de consumidor porque solicitó el préstamo para financiar la adquisición de un local para su explotación comercial, bien por sí mismo o mediante su cesión a terceros. No tenía la condición de consumidor al momento de celebrarse el contrato, por lo que no le es aplicable la legislación protectora de los actos de consumo. Son irrelevantes las circunstancias surgidas tras la suscripción del préstamo. No es aplicable a la cláusula impugnada

el control de transparencia (ya que es un contrato en el que no ha intervenido un consumidor). El concepto de “abusividad” se limita a los contratos suscritos con consumidores. La cláusula litigiosa es comprensible y sus consecuencias económicas y jurídicas fueron debidamente explicadas al prestatario (libre prestación del consentimiento).

8.- Novedades jurídicas y fiscales EY nº 66, abril 2018.

Destacamos: Artículo sobre la deducibilidad fiscal de las retribuciones de los administradores (especialmente, de los consejeros a los que se han delegado facultades ejecutivas) tras la STS 26.2.2018.

9.- STS 1.2.2018.- Dolo y reclamación de daños y perjuicios.

1.- La sociedad demandante tenía suscrito un contrato de remanentes servicios con su asesor Fiscal, para que se ocupase de los servicios contable, fiscal y legal. Dicha sociedad recibió una reclamación de hacienda que puso de manifiesto la mala fe en la actuación de dicho asesor. Fruto de ello, la sociedad presentó una demanda contra el mismo en que reclamó la condena solidaria de la misma y su aseguradora en cuanto al pago de las cantidades reclamadas por hacienda, más los intereses correspondientes a impuestos no satisfechos de sociedades que iba, así como los honorarios abonados por los servicios profesionales prestados en años anteriores.

El Juzgado de primer instancia absolvió a los demandados, lo que confirmó la AP de Madrid, al entender que la propia actora conocía la ilicitud de la actuación, consistente en la utilización de facturas que no representaban gastos reales.

El TS manifiesta que la práctica ilusoria de impuestos efectuadas por las partes se desarrolló con la necesaria colaboración de ambos, de común acuerdo, y sin inducción ni imposición, por lo que los daños padecidos por la actora se deben a su propia conducta consciente. Y, la mala fe contractual que se puede apreciar en el demandante es compartida con su asesoría Fiscal, de forma que los dos operaron en unidad de acto e intención, no degradando o moderando la una la del otro, siendo las dos de inescindible importancia en orden a provocar el resultado ilusorio apetecido.

2.- Incongruencia por aplicación de oficio, ex principio iura novit curia, del art. 1306 CC (nulidad de los contratos) cuando la acción ejercitada fue de reclamación de daños y perjuicios.

El TS acoge el recurso por infracción procesal: doctrina del TC al respecto.

10.- STS 6.3.2018. Acción rescisoria ex art. 71 Ley Concursal.

La agencia tributaria ejercita acción rescisoria, como acreedor concursal, de escritura de cesión de bienes en pago de deuda otorgada por la entidad concursada consistente en un derecho de uso exclusivo de tres plazas de aparcamiento en pago de determinada deuda. El valor de los derechos cedidos es inferior a la mitad del crédito que se extinguió con la cesión. Dicha cesión se efectuó tras haber instado la concursada el cinco bis Ley Concursal y meses antes de la declaración de concurso.

En primer instancia se desestimó la demanda por entender que si bien la operación había aminorado la más activa del concurso, a su vez había reducido el pasivo en el importe de las cuotas y gastos de mantenimiento y por tener en consideración que dicha cesión había supuesto una quita superior al 50% establecida en la propuesta anticipada de convenio, para cuya aprobación la concursada contaba con las adiciones necesarias. La Audiencia Provincial de Orense estimó el recurso, acordando la rescisión concursal de la nación en pago, al considerarla injustificada y perjudicial para la más activa, fundando tal perjuicio de la alteración de la par conditio creditorum.

El TS revisa su consolidada jurisprudencia sobre el "perjuicio para la masa activa": que tal perjuicio suponga un sacrificio patrimonial injustificado. El TS hace hincapié en que la cesión supone que el acreedor recibe en pago unos derechos que valen menos de la mitad de sus créditos, sin que se aprecian circunstancias excepcionales respecto de la naturaleza de los créditos o de la condición del acreedor hubiera determinado la naturaleza injustificada de la diferencia de trato entre los acreedores que vieron satisfecho parcialmente su crédito. Consta que la cesión no se realizó de forma aislada, sino que otros acreedores recibieron bienes asimismo en pago y en condiciones, por lo que, a juicio del TS, es difícil apreciar la concurrencia del sacrificio patrimonial injustificado. Por tanto, y pese la proximidad de la declaración de concurso, por las condiciones en que se hicieron las sesiones no conllevaban un perjuicio en cuanto que el sacrificio patrimonial que suponían no era injustificado: porque se extinguieron pasivos por el doble del valor de los derechos cedidos, con lo cual no existió un detrimento de la más activa y por la grabación sufrida por los créditos concursados afectados por el concurso les permitió cobrar sus créditos, más tarde, pero en similar proporción y el dinero.

11.- STS 5.4.208. Préstamo sin plazo.

En 2008 una sociedad concede algo que sus socios y administrador solidario los préstamos de 50.000 € cada uno, sin señalar un plazo para su devolución. En 2012 se celebra junta para informar y reclamar las deudas a los socios, a la que no asistió el deudor. Un año más tarde, la sociedad demandó judicialmente al deudor reclamando el importe del préstamo y los intereses. Ambas instancias estimaron la reclamación del principal, pero no la reclamación de los intereses

capitalizados, sino solamente los devengados después de la reclamación judicial.

El recurrente se basa en la infracción del artículo 313 Código Comercio, sobre los préstamos concedidos sin plazo de devolución, que concede al prestatario el plazo de un mes desde que se le requiera notarialmente para el pago. La Sentencia entiende que "requerimiento notarial" debe ser entendido en sentido amplio, admitiendo otras formas de requerimiento que permitan acreditar su existencia y el momento en que se realizó, para que pueda comenzar a computarse el plazo de 30 días. Sin embargo, considera que en este caso la convocatoria y celebración de esa junta de socios para informar sobre las deudas de los mismos no equivalen a requerimiento de pago, sino que deberían existir un requerimiento formal de dicha deuda, aquí sí equivale la demanda judicial, momento a partir del cual debe contarse dicho plazo de 30 días y, transcurridos éstos, comenzará el devengo de intereses.

12.- STS 11.4.2018. Responsabilidad solidaria de los administradores por deudas sociales posteriores a la aparición de causa de disolución: conocimiento la situación por el acreedor.

Una sociedad de responsabilidad limitada contrae una deuda tras incurrir en causa de disolución, y sin que los administradores hubiesen promovido su disolución. A priori, se dan los requisitos exigidos al artículo 367 Ley de Sociedades capital, lo que se aprecia en primer instancia.

La Audiencia Provincial estima el recurso de uno de los administradores de la deudora, primo y amigo del administrador de la sociedad acreedora; alega que el acreedor tenía conocimiento suficiente de la situación de insolvencia, asumiendo por ello un riesgo de impago, lo que es acogido.

El TS casa la Sentencia y reitera con contundencia la doctrina jurisprudencial en virtud de la cual "el mero conocimiento de la situación de crisis económica o de insolvencia de la sociedad por parte del acreedor al tiempo de generarse el crédito no le priva de legitimación para el ejercicio de la acción de responsabilidad del artículo 367 LSC", exigiendo para que exista actuación contraria a la buena fe, la concurrencia de otras circunstancias (principalmente, de control de la sociedad deudora por el acreedor, o por ser éste un socio relevante de la misma cerrar paréntesis).

13.- DGRN 19.7.2017 como un reforzamiento del quórum para separar administradores.

La resolución expresa las dudas sobre la validez de este refuerzo en la S.A., que iría contra la libre separación de administradores, art. 223 LSC. En cambio, recuerda que sí es admitida expresamente para la Sociedad de Responsabilidad Limitada, sin que pueda ser superior a 2/3

de los votos correspondientes a todas las participaciones sociales (artículo 223.2), mientras que para la Anónima no se contempla la misma posibilidad.

14.- DGRN 3.8.2017. Forma de notificación de la renuncia del administrador solidario.

Como sabemos, una de las formas de renuncia al cargo y lograr su inscripción, consiste en que el administrador notifique notarialmente a la sociedad, exactamente a su domicilio social, dicha renuncia. Se plantea qué sucede si la notificación es devuelta. Reiterando su doctrina, la Dirección General indica que cuando resulte fallida la notificación por correo, el notario debe procurar realizar la notificación personalmente, lo que sí produciría los efectos de una notificación.

15.- DGRN 30.8.2017. Persistencia de la personalidad jurídica para obligaciones residuales posteriores a la cancelación.

La citamos porque hace una amplísima e interesante recopilación jurisprudencial sobre esa personalidad residual abre (o, en palabras del TS, "personalidad controlada") de la sociedad cancelada pero no extinguida del todo.

16.- STS Pleno, 26/04/2018, Cláusulas de seguros de delimitación temporal. Artículo 73 LCS.

“Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho.

Serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3 de la presente Ley que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración. Asimismo, y con el mismo carácter de cláusulas limitativas conforme a dicho artículo 3 serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquéllas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del

asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos, de un año desde el comienzo de efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado”.

El Pleno del TS fija la siguiente doctrina respecto al párrafo segundo del art. 73 LCS:

El párrafo segundo del art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro ([EDL 1980/4219](#)) regula dos cláusulas limitativas diferentes, cada una con sus propios requisitos de cobertura temporal, de modo que para la validez de las de futuro (inciso segundo) no es exigible, además, la cobertura retrospectiva, ni para la validez de las retrospectivas o de pasado es exigible, además, que cubran reclamaciones posteriores a la vigencia del seguro»...”

“...CUARTO.- Decisión de la Sala: validez de la cláusula de delimitación temporal retrospectiva si cumple los requisitos propios de esta, sin que sean exigibles, además, los requisitos de las cláusulas de futuro. Estimación del recurso:

El motivo, y por tanto el recurso, debe ser estimado por las siguientes razones:

1.ª) No se discute que, conforme al art. 13 en relación con el art. 8 de las condiciones especiales de la póliza, el seguro cubriría las reclamaciones efectuadas durante la vigencia de la póliza «en (entiéndase «por») obras realizadas con anterioridad o durante la vigencia de este contrato».

2.ª) Tampoco se discute que la cláusula limitativa se ajustó a los requisitos del art. 3 LCS en cuanto a aparecer destacada de modo especial y ser específicamente aceptada por escrito.

3.ª) La cuestión controvertida, consistente en la exigencia o no de que una cláusula retrospectiva cumpla, además, el requisito temporal de las de futuro (cobertura de las reclamaciones posteriores en, al menos, un año después de la vigencia del seguro), es resuelta por la sentencia recurrida confirmando el criterio afirmativo de la de primera instancia, que consideró nula la cláusula de delimitación temporal porque «no respeta uno de los dos mínimos de cobertura exigidos por el párrafo segundo del artículo 73 LCS».

4.ª) Tal interpretación no se corresponde con lo que en realidad dispone el art. 73 LCS. Cualquiera que sea la opinión que merezca la introducción de su párrafo segundo al alterar la regla general de su párrafo primero para poner el acento no en el nacimiento de la obligación del asegurado de indemnizar a un tercero, sino en la reclamación de este tercero contra el asegurado, lo cierto es que se declaran legalmente admisibles dos modalidades de cláusulas de delimitación temporal, cada una de ellas con sus propios requisitos de validez. Así se desprende de su regulación diferenciada en dos incisos separados por un punto y seguido y del comienzo de la redacción del inciso segundo con el adverbio «asimismo», equivalente a «también», seguido de las palabras «y con el mismo carácter de cláusulas limitativas», reveladoras de que

cada una de las modalidades contempladas en el párrafo segundo del art. 73 LCS es diferente de la otra y tiene sus propios requisitos de validez, por más que ambas sean limitativas.

5.ª) En consecuencia, la cláusula de delimitación temporal controvertida cumplía con lo exigido para la modalidad del inciso segundo del párrafo segundo del art. 73 LCS, pues la limitación temporal consistente en que la reclamación al asegurado se formulara «durante la vigencia de la póliza» se compensaba con una falta de límite temporal alguno respecto del hecho origen de la reclamación («obras realizadas con anterioridad o durante la vigencia de este contrato»); es decir, cualquiera que fuese el tiempo de «nacimiento de la obligación», y por más que la redacción del art. 8 de las condiciones especiales de la póliza, en negativo, fuese manifiestamente mejorable con solo haberla hecho en positivo.

6.ª) Por tanto la sentencia recurrida, al declarar nula la cláusula en cuestión por no incluir una cobertura, además, de las reclamaciones posteriores en, al menos, un año a contar desde la fecha de finalización del contrato, infringió el párrafo segundo del art. 73 LCS, pues vino a sumar un requisito exigido únicamente para las limitaciones temporales de la modalidad del inciso primero (cobertura posterior de futuro), que pone el acento en la reclamación y no en el nacimiento de la obligación resarcitoria del asegurado frente a terceros.

QUINTO.- Casación de la sentencia recurrida, decisión sobre el caso y fijación de doctrina jurisprudencial.
