



21 de diciembre de 2018

RESUMEN DE LOS TEMAS TRATADOS EN NUESTRA SESIÓN INTERNA DE LETRADOS DEL MES DE DICIEMBRE 2018.

1.- Real Decreto Ley 21/2018 de reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Se comenta el texto normativo y las principales novedades introducidas en la materia.

2.- Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera.

Incorpora muchas normas comunitarias y, principalmente, la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010.

Según establece la norma en sus Disposiciones Generales, una vez "consolidada la zona única de pagos, se hace preciso avanzar en la adaptación de la regulación a los nuevos cambios tecnológicos que permiten a los usuarios disponer de forma más fiable de nuevos servicios de pago y nuevos agentes que van implantándose de forma cada vez más intensa, especialmente en el contexto de un mercado más amplio que el nacional".

Así, la directiva de servicios de pago tiene como objetivo crear un marco integrado a nivel europeo y hacer frente a los retos que plantean nuevas fórmulas de pago como Internet o los móviles, garantizando siempre la seguridad de las transacciones.

Los servicios de pago que regula este real decreto-ley son:

Los servicios que permiten el ingreso de efectivo en una cuenta de pago y todas las operaciones necesarias para la gestión de una cuenta de pago.

Los servicios que permiten la retirada de efectivo de una cuenta de pago y todas las operaciones necesarias para la gestión de una cuenta de pago.

La ejecución de operaciones de pago, incluida la transferencia de fondos, a través de una cuenta de pago en el proveedor de servicios de pago del usuario u otro proveedor de servicios de pago.

Denuncias anónimas ante la CNMV.

En línea con lo anterior, la norma completa la trasposición de la Directiva de ejecución sobre abuso de mercado con la creación de un canal que permitirá denunciar de forma anónima determinados incumplimientos en este ámbito a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV). También se crea un canal en el Banco de España para comunicar los incumplimientos de las entidades de crédito en materia de solvencia, como exige la Directiva de requisitos de capital.

Modifica la LMV y, puntualmente, la LSC (348 bis).

3.- LEY ORGÁNICA 3/2018, de Protección de Datos.

Se analiza la nueva Ley Orgánica y las principales integraciones respecto al Reglamento europeo.

4.- REVISTA DE DERECHO MERCANTIL abril- junio 2018:

a.- Sobre la extinción societaria o concursal de las sociedades sin activo con un acreedor.

(Liquidación y concurso). Destaca, sobre todo, el exhaustivo repaso y análisis de Resoluciones y Sentencias dictados ante tales supuestos y su evolución.

b.- Impugnación de acuerdos de la junta general por abuso de la mayoría.

Situación previa a la Ley 31/2014. Acuerdos perjudiciales para la minoría (i) perjudiciales también para el interés social y (ii) que no perjudican al interés social.

Art. 291 CP.

Regulación ex Ley 31/2014. Deber de fidelidad entre socios.

Artículo 204. Acuerdos impugnables.

1. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.

5.- REVISTA DE DERECHO MERCANTIL julio-septiembre 2018:

La prestación de servicios por los administradores sociales y su remuneración.

Artículo 220. Prestación de servicios de los administradores.

En la sociedad de responsabilidad limitada el establecimiento o la modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores requerirán acuerdo de la junta general.

¿Aplicación a las sociedades anónimas? Origen de esa limitación. Relación con el art. 230 y régimen resultante: necesario acuerdo de Junta en SL en todo caso y, en SA, si se supera 10 %; acuerdo Consejo en SA si no se supera ese límite. Pero, en todo caso, y al margen del órgano social competente en cada caso, el texto legal exige, siempre y en todo caso, una autorización por parte de la sociedad respecto de la transacción que vaya a hacer la persona jurídica con quien es su administrador.

Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa.

1. El régimen relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción es imperativo. No serán válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado precedente, la sociedad podrá dispensar las prohibiciones contenidas en el artículo anterior en casos singulares autorizando

la realización por parte de un administrador o una persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero.

La autorización deberá ser necesariamente acordada por la junta general cuando tenga por objeto la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros, o afecte a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales. En las sociedades de responsabilidad limitada, también deberá otorgarse por la junta general la autorización cuando se refiera a la prestación de cualquier clase de asistencia financiera, incluidas garantías de la sociedad a favor del administrador o cuando se dirija al establecimiento con la sociedad de una relación de servicios u obra.

En los demás casos, la autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado. Además, será preciso asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso.

3. La obligación de no competir con la sociedad solo podrá ser objeto de dispensa en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa. La dispensa se concederá mediante acuerdo expreso y separado de la junta general.

En todo caso, a instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante.

6.- REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA (ROJA) 2018, 3. LIBRO VI CCC.

a.- Artículo de M^a del Carmen Gete Alonso sobre el Libro VI CCC, la substitución -que no derogación- de la Compilación, la estructura y los elementos fundamentales de dicho Libro. Especial consideración de los remedios rescisorios. Muy recomendable repaso de lo fundamental de dicha Ley y su estructura, por tipos de contratos.

b.- La correspondencia entre abogados. Cita legal y estado jurisprudencial.

7.- Reglamento UE 2018/302, de 28 de febrero.

Se analizan los contenidos de mayor relevancia.

8.- DGRN 29.5.2018.- No es inscribible el Auto judicial homologando una transacción, ni tampoco un acta de su protocolización que no se ha otorgado con el consentimiento de todas las partes y afectados.

Reitera, una vez más, la doctrina que hemos comentado veces: “No estamos ante un documento judicial resultante de un procedimiento ordinario que haya finalizado con una decisión del juez sobre el fondo del asunto (...) La homologación judicial no altera el carácter privado del documento pues se limita a acreditar la existencia de dicho acuerdo (...) para que dicho acuerdo transaccional se convierta en título inscribible, será necesaria su transformación en documento público en el que intervengan, prestando su consentimiento, todas las partes.

9.- STS 20 de julio de 2018. Art. 1843 CC (fianza). Abuso de derecho.

Dos personas ostentan el 100% determinada sociedad limitada. Mientras son sus socios y administradores otorgan determinados avales garantizando la devolución por parte de la sociedad (desde la principal) de determinados préstamos bancarios. Posteriormente, transmiten la sociedad a terceros, íntegramente. Tiempo después, Banesto insta la ejecución de dichos avales por la sociedad deja de atender los referidos préstamos.

Esas dos personas instan demanda en la que, al amparo del art. 1843 del CC, piden que se condene a la sociedad limitada, en cuanto deudora principal, a otorgar garantía que, cubierto el proceso de ejecución a los fiadores; subsidiariamente, que se condene a la misma sociedad a relevar de su condición a los fiadores, mediante el pago de la deuda de Banesto u obteniendo el consentimiento de Banesto a la relevación de los fiadores.

Ambas instancias desestimar la demanda. El TS estima el Recurso de Casación:

Uno. El fundamento de derecho cuarto de la Sentencia es un resumen extenso de toda la jurisprudencia doctrina sobre abuso de derecho, ex art. 7.2 CC. Recuerda que si bien dicha norma fue introducida con la reforma del título preliminar del CC en 1974, tiene un origen jurisprudencial que arranca de la Sentencia de la misma sala de 14.2.1944: "incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa, en realidad, los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daños para tercero o para la sociedad".

Tras revisar toda la jurisprudencia posterior, indica que el art. 1843 CC legitima al fiador para, en determinados casos que enumera, aún antes de haber pagado, dirigirse contra el deudor

para "obtener relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor". La Sentencia continuó diciendo que la relevación de la fianza sólo se puede dar por el pago al deudor o porque este último llegar a un acuerdo con el acreedor beneficiario de la garantía para que accediera a relevar al fiador. Como esto último depende del acreedor y el fiador no tiene acción contra él, la acción de relevación se reconduce ordinariamente a la pretensión alternativa de que el deudor otorgue una garantía, real o personal, que proteja el derecho de regreso del fiador. La primera de las situaciones que, conforme al art. 1002 por ende des CC, legitimaría a los fiadores para ejercitar la acción de cobertura es que el deudor haya sido demandado judicialmente para el pago.

El segundo requisito del abuso de derecho sería que el ejercicio por parte de los fiadores de la acción de cobertura que les confiere el art. 1843 CC ocasionará un daño a un interés, no protegido una específica prerrogativa jurídica. En este caso, el daño vendría determinado por la garantía que la sociedad deudora tendría que ofrecer y, en última instancia, por que respondiera ella del crédito O, de hacer los fiadores, les reembolsará el pago en los términos previstos en el art. 1838 o 1839, en función de la acción que ejercitar. Pero el TS añade que este perjuicio al interés del deudor principal no justifica la apreciación del abuso de derecho mientras no concurra el tercer requisito: la inmoralidad o antisocialidad de ese daño.

El, para concluir que lo normal es que sea el deudor principal que asuma la obligación garantizada por fiadores, que por esos les concede exacción de cobertura y, en su caso, las de reembolso y subrogatoria, por lo que el derecho de los fiadores para ejercitar estas acciones es legítimo, sin que quede desvirtuado por la supuesta "inmoralidad" denunciada y apreciada en la instancia.

10.- STS 19.7.2018. Garantía hipotecaria, ejecución hipotecaria, nulidad de préstamo personal, apoderamiento.

En la sesión anterior comenzamos determinada Sentencia del TS sobre nulidad/validez de lo hecho por el poderdante ignorando tanto este como el tercero que el mandato había quedado extinguido. Esta deroga Sentencia incide en la cuestión, planteándose la misma la validez de la hipoteca constituida por el apoderado para garantizar un préstamo personal concedido a su favor mediante el uso de un poder que le había otorgado la propietaria de la vivienda 17 años antes, en un contexto en el que se iba a constituir un préstamo hipotecario para financiar la compra de esa vivienda; pese a la existencia del poder, que se préstamo hipotecario para financiar la compra de la vivienda lo concertó personalmente la arbitraria y poco después de otorgado el poder, terminó la relación sentimental que había existido entre las partes, sin que tuvieran más contacto.

En concreto, esa relación sentimental término en 1991 y Luis Manuel hizo uso del poder notarial

ORTEGA · CONDOMINES · ABOGADOS

el año 2008 para un préstamo personal de 141.000 €, ofreciendo en garantía la vivienda que en 1991 había comprado Antonieta. Resulta que, evidentemente, Luis Manuel no devolvió ninguna cantidad al prestamista, por lo que acreedor inició el proceso de ejecución hipotecaria. El 16 de septiembre de 2008 la Sra. Antonieta conoció el uso de su poder cuando fue requerido de pago en ejecución hipotecaria, procediendo a revocarlo dos días después.

Antonieta inició acciones penales, que concluyeron con Sentencia de 2012 de la AP de Vizcaya por la que se absolvió a Luis Manuel del delito de estafa. Tras inadmitir el TS en octubre de 2013 el Recurso de Casación contra esa Sentencia, Antonieta interpuso el 17 de noviembre del mismo año 2013 demanda contra Luis Manuel y el Sr. Roberto.

De modo principal solicitó la declaración de nulidad radical del poder, con subsistencia del presente personal entre los demandados, la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria y la cancelación de la dotación de la hipoteca. Es una subsidiaria solicitó la nulidad del desahogo personal suscrito entre los demandados.

Luis Manuel podrán rebeldía y D. Roberto se opuso a la demanda alegando que desconocía la relación de la demandante con Luis Manuel, que el préstamo no era usurario, que actuó de buena fe, que el procedimiento penal se hizo constar que no existía indicio alguno de que conociera que la denunciante ignoraba el contrato ni le era exigible una investigación de tal extremo porque el poder no adolecía de defecto alguno ni estaba revocado, que el poder fue revocado después del otorgamiento de la escritura.

Las dos sentencias de instancia acogieron la demanda en lo fundamental: declarar la nulidad de la garantía hipotecaria por haberse otorgado sin ostentar Luis Manuel la legítima representación de Antonieta, haciendo uso de un poder notarial tácitamente revocado. La de instancia añadió "no se considera que el acreedor hipotecario puede ampararse en la buena fe para mantenerse ajeno a las consecuencias antijurídicas del contrato que firmó, pues no actuó con la mínima diligencia que le era exigible para cerciorarse de que la propietaria del inmueble realmente estaba al tanto de la operación. No se preocupó realmente de la efectividad es garantía hipotecaria, no exigir la tasación de la finca, no intentó comprobar su real situación posesoria. Simplemente se fío de lo que manifestaba su deudor, a quien no conocía de nada y sabiendo que el poder era muy antiguo y además sólo se aportaba fotocopia. El Sr. Roberto dice en el juicio que si el notario da por válido el no tenía por qué dudar. No se comparte el argumento pues, con independencia de las responsabilidades en las que este profesional puede incurrir, el acreedor es quien tiene que asegurarse unas mínimas comprobaciones de la solvencia del deudor y de garantía que ofrece. En definitiva, no pueda ser por cierto que actuara en connivencia con Luis Manuel, pero sin duda su total desinterés del éxito de la operación y por la viabilidad de la garantía fueron elementos y piezas clave para permitir que el deudor consiguiera lo que sería propuesto: recibir dinero sin nada a cambio, perjudicando a la Sra. Antonieta sobre quién recaería el peso de pagar, con su casa, el préstamo".

La Audiencia Provincial confirmó dicha Sentencia hizo hincapié en que la acción es imprescriptible, tratándose de un vicio de nulidad radical por falta de consentimiento, ya que el poder empleado por el nombre de la propietaria obraba debido, al estar tácitamente revocado y sin vigencia. Añade lo siguiente: "sabedor el Sr. Luis Manuel de la revocación del poder, en ese momento poco importa que el Sr. Roberto lo supiera o no o confiara en la intervención del notario para estimar correcto el uso del poder cuanto menos sospechoso por su antigüedad) 1991), y quien pese a acudir a ver por fuera la finca, como admiten su declaración en el presente procedimiento, no intentó comprobar la realidad de la autorización para la constitución de la hipoteca de una vivienda a nombre de persona distinta de quien el prestatario, cuando, además, estamos ante una financiación fuera de los canales habituales...".

D. Roberto interponer recurso de casación por infracción del artículo 1738 del CC, por oponerse a la doctrina jurisprudencial dictada en desarrollo del mismo: lo realizado por el mandatario ignorando la muerte del demandante o cualquiera de las circunstancias que hacen cesar el mandato es válido y produce todos sus efectos respecto de terceros que han contratado con el de buena fe.

El TS recuerda que dicho precepto protege al representante cuando actúa desconociendo la extinción del poder siempre que actúe, asimismo, con terceros de una fe; reitera por tanto que será quien dos presupuestos la buena fe el tercero y que el representante, en el momento de hacer uso del poder, ignorarse el cese del mandato.

El supremo concluye que la Sentencia es correcta porque el representante conocía que ya no podía hacer uso del poder, por lo que se excluye el encaje en el supuesto de hecho del art. 1738, y añadiendo que comí tampoco se infiere que la diligencia del recurrente fuera la suficiente para desplegar la protección que dispensa el precepto, pues sería precisa una confianza razonable en la aparente subsistencia del poder que, en el caso, no será. Basta recordar a estos efectos, la Sentencia recurrida, que estamos ante el uso de un poder cuanto menos sospechoso por su antigüedad y que el recurrente, pese a acudir a ver por fuera la finca, no intentó comprobar la realidad de la autorización para la constitución de la hipoteca de la vivienda a nombre de persona distinta de quien era el prestatario, a quien conoció en la notaría".

11.- DGRN 4.7.2018. Compraventa de finca arrendada. Derecho de adquisición preferente.

Al otorgar escritura de compraventa el vendedor manifiesta que la finca está arrendada y que "en dicho contrato no se estableció el derecho de adquisición preferente a favor del arrendatario". La registradora deniega la inscripción por dos efectos: no haberse practicado la notificación al arrendatario en los términos del art. 25 LAU y no acompañar a la escritura el contrato de arrendamiento para comprobar si efectivamente, contiene la renuncia al tanteo y retracto.

La Dirección General estima el recurso: no es precisa la notificación cuando el arrendamiento no está inscrito y es suficiente la manifestación del vendedor de que la finca no está arrendada o de la inexistencia del derecho de adquisición preferente.

12.- DGRN 30.7.2018. Prohibición de constituir derechos reales sobre las participaciones sociales.

"Los socios no podrán constituir derechos reales sobre sus participaciones sociales, ni utilizar las de otro modo como garantía o para cualquier otro objeto que pudiera dar como resultado una transmisión de dichas participaciones".

Se discute la inscripción de dicha cláusula estatutaria, que el registrador deniega. La elección general estima el recurso: admite que se puede atribuir determinados derechos sociales al titular del derecho constituido que le permitan influir en la vida corporativa de la sociedad. Por ello no puede rechazarse la inscripción de dicha cláusula, toda vez que no es cierto que convierta al socio en "prisionero" de la sociedad, sin que perturbe la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva que sea prácticamente insalvable ni puede considerarse que rebase los límites generales a la autonomía de la voluntad. Por lo demás, es evidente que la cláusula debatida no prohíbe embargos ni afecciones.

13.- Sentencia AP Barcelona 15.3.2018. Falseamiento de los datos de emisiones de vehículos automóviles.

Se interpone demanda en la que, con fundamento en la manipulación del software para medir los niveles de contaminación determinados modelos de Volkswagen, se solicita, en primer lugar, la sustitución del vehículo por otro nuevo, subsidiariamente la resolución del contrato de compraventa con restitución de las prestaciones y, subsidiariamente también, una limitación de daños y perjuicios que se fija en 6852 € y comprende el importe de la reparación, depreciación del vehículo y daño moral.

La Sentencia de primera instancia consideró que el vehículo se había homologado de forma fraudulenta, lo que provocaría un cumplimiento defectuoso de la obligación de entregar el mismo, dando lugar a la pretensión indemnizatoria que fija en la suma de 2284 € por daños patrimoniales y daños morales.

El vehículo había sido adquirido el 6 de agosto de 2013. El llamado "dieselgate" saltó a la luz pública en septiembre de 2015.

Ha quedado incólume el Recurso de Apelación el pronunciamiento conforme a que el vehículo

es apto para circular y lo hace con las debidas condiciones de uso y seguridad, tanto desde el punto de vista técnico como legal, contando con todas las autorizaciones administrativas, que no han sido anuladas ni suspendidas. No se aprecia, por tanto, un supuesto de incumplimiento esencial o que haya frustrado o impedido la realización del fin del contrato.

La Sentencia de la Audiencia Provincial recoge la de la AP de Valladolid de 29 de noviembre de 2017, cuyas conclusiones asume: se trata de un cumplimiento irregular y defectuoso del contrato y, concretamente, de la obligación de entrega correspondiente al vendedor, con cita del art. 1258 del CC: la buena fe "obviamente incluye la obligación de que el automóvil vendido no tenga instalado un dispositivo que distorsione el control de emisiones en las pruebas de homologación (...). Se trata simple y llanamente de cumplir de forma completa y exacta con las obligaciones pactadas y derivadas de la buena fe negocial. Precisamente el ofrecimiento hecho por el fabricante para llevar a cabo gratuitamente en todos los vehículos afectados una intervención gratuita a fin de que dicho dispositivo/programa, no viene sino a corroborar la existencia de ese irregular o defectuoso cumplimiento del contrato, pues, de lo contrario, carecería de sentido una operación de tanta entidad, tan generalizada y tanto coste económico."

Confirmada la entrega defectuosa, se discute en la alzada la realidad y acreditación de los daños y perjuicios susceptibles de indemnización derivados de la misma; en concreto, la procedencia del reconocimiento de la indemnización por pérdida de valor y degradación del coche (consumo extra de combustible, lo que implicará una degradación más rápida del vehículo y venta más difícil y por menor precio el día de mañana por estar afectado por el "Dieselgate") y por daños morales.

La Audiencia rechaza tales argumentos, por ser meras hipótesis, y por no haberse demostrado que el valor de tales vehículos se haya depreciado en el mercado. Asimismo, descarta que pericialmente se haya demostrado esas consideraciones técnicas.

Comparten esa misma valoración las Sentencias que indica de las AAPP de Valladolid, Valencia, Zaragoza, Baleares y Burgos.

En cuanto a los daños morales, que la actora fundamenta en los perjuicios que su vehículo va a producir a personas y público en general y a los accionistas inversores de la propia Volkswagen.

Pero los daños morales no pueden fundamentarse en causas ajenas a la esfera privada y personal de quien los reclama.

Se rechaza la demanda en su totalidad.

14.- STS 17.10.2017. Aplicación de la Ley de la morosidad a la prestación de servicios jurídicos por parte de un despacho profesional, como Sociedad Mercantil.

Traemos a colación a Sentencia, entre otras cosas, para sugerir su inclusión en todas las demandas de esta naturaleza que hayamos de interponer. El TS determina que la prestación de servicios jurídicos que realiza un despacho profesional, ya sea bajo forma societaria o como ejercicio profesional de un abogado, queda sujeta a la aplicación de la Ley 3/2004 y, por tanto, a los intereses de demora que prevé, todo ello conforme a la finalidad de la Directiva 2000/35/CE.

15.- STS 19.12. 2017. Plazo para reclamar por lesiones en accidente de tráfico.

La Sentencia recuerda que el plazo para reclamar por las lesiones sufridas eran siempre tráfico comienza cuando las secuelas han quedado determinadas o se ha fijado la incapacidad o los defectos de forma permanente, lo que no impide que puedan tenerse en cuenta un momento posterior por resultar necesarias ulteriores comprobaciones sobre alcance de las secuelas. En la base de tal jurisprudencia está la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido del daño en aquellas situaciones en que no podido conocer en su totalidad el alcance del mismo.
