



DERECHO CONCURSAL

I. A la mesa del Juez titular del Juzgado de lo Mercantil nº 14 de Madrid llega, procedente de la oficina de reparto, una solicitud de concurso necesario presentado por la entidad Banco Ibérico de Finanzas SA, que aporta documentación justificativa de su derecho de crédito, en contra de la sociedad británica "Atalanta Investments Ltd.". Para justificar que la solicitud se haya presentado en España, alega que "Atalanta Investments Ltd." es filial de la sociedad española "Atalanta, S.A.", con domicilio social en Madrid, que es titular del 100% del capital social de "Atalanta Investments Ltd.".

1ª pregunta: a) *¿Puede el Juez español controlar de oficio su competencia internacional, o solo puede declararse incompetente si se plantea declinatoria?*

b) *¿Qué criterios han de seguirse para decidir si tiene competencia internacional para conocer de la solicitud de declaración de concurso de "Atalanta Investments Ltd."?*

II. Asimismo, entre los escritos que el titular del Juzgado de lo Mercantil nº 14 de Madrid recibe también esa mañana, se encuentra una solicitud de concurso necesario presentada por la entidad "Construcciones SAGAMA SA" contra la entidad "Subcontratas y Estructuras SA". El Secretario Judicial da cuenta al Juez de que procedente de la oficina de reparto se ha recibido, con la misma fecha de presentación, pero de unas horas más tarde, un escrito de la entidad "Subcontratas y Estructuras SA" por el que pone en conocimiento del juzgado el inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación.

2ª pregunta: *¿Qué decisiones debería adoptar el juzgado ante la concurrencia de tales solicitudes? ¿A cuál de las peticiones debería darse prioridad y con qué consecuencias?*

III. Al día siguiente se le da cuenta al Juez de lo mercantil de que ha surgido una incidencia en relación con el expediente de medidas cautelares previas a una demanda que había decretado, inaudita parte, a instancia de Banco de París en contra de la sociedad de nacionalidad irlandesa "Keane Investments Plc". La medida consistía en la traba de embargo preventivo que había recaído sobre determinadas mercancías que habían sido exportadas a España por dicha sociedad. En dicho expediente se persona



quien acredita ser el “provisional liquidator” de un proceso denominado “compulsory winding up by the Court”, y que alega que se trata de un procedimiento de insolvencia, de liquidación forzosa, previsto en la legislación de la República de Irlanda, en la que el “provisional liquidator” es la persona cuya función consiste en liquidar la masa. Presenta, debidamente traducida al castellano, una certificación de una resolución de apertura del citado procedimiento de insolvencia en la que se le nombra para tal cargo y solicita una serie de actuaciones (concretamente, la ocupación de los bienes sobre los que se han acordado medidas cautelares en el proceso español) que serían consecuencia de la resolución de apertura del procedimiento según la legislación irlandesa.

3ª pregunta: a) *¿Qué actuaciones serían necesarias para reconocer en España la resolución judicial irlandesa de apertura de un procedimiento principal de insolvencia?*

b) *¿Qué normativa debería aplicarse para resolver la solicitud del “provisional liquidator”?*

c) *¿Podría accederse a su petición?*

IV. Meses más tarde, tras múltiples incidencias, en el Juzgado de lo Mercantil nº 14 de Madrid se está llevando a cabo, finalmente, la tramitación de la solicitud de concurso necesario de la entidad “Subcontratas y Estructuras, S.A.” que antes ha sido mencionada. El acreedor, “Construcciones SAGAMA SA”, alegó en su solicitud que “Subcontratas y Estructuras, S.A.” había sobreseído de forma general el pago corriente de sus obligaciones. “Subcontratas y Estructuras, S.A.” ha presentado oposición a ser declarada en concurso y por ello el juzgado ha convocado a las partes a una vista. Durante el desarrollo de la misma, ante la advertencia de “Subcontratas y Estructuras, S.A.” de que alegará y acreditará que ha cumplido el pago de las obligaciones a las que se refería la solicitante en su solicitud como incumplidas, “Construcciones SAGAMA SA” aduce que desea alegar nuevos hechos.

4ª pregunta: a) *¿Sería admisible, y podría sustentar la declaración de concurso, que el solicitante del concurso necesario adicionase, con posterioridad a su solicitud, y en concreto durante el acto de la vista del trámite de oposición, nuevos impagos que apoyasen su alegación de sobreseimiento general del pago corriente de sus obligaciones?*



b) ¿Y si pretendiera cambiar el hecho revelador de la insolvencia alegado en su solicitud, y manifestar ahora que lo que había sucedido en realidad era que “Subcontratas y Estructuras, S.A.” estaba realizando una liquidación apresurada de sus bienes?

V. A la hora de elaborar los documentos anejos al informe de la Administración Concursal se constata que la finalmente declarada en concurso, “Subcontratas y Estructuras SA”, había constituido una hipoteca sobre el edificio de su propiedad sito en la calle Serrano de Madrid, a favor del Banco Ibérico de Finanzas SA, en garantía de un préstamo por importe de 5 millones de euros concedido a una sociedad del mismo grupo que la concursada, denominada “Inmobalia SA”.

5ª pregunta: *¿Qué reflejo debería haber tenido en la documentación anexa al informe de la Administración Concursal el que la concursada hubiese puesto dicho bien como garantía real del referido préstamo?.*

VI. La concursada libró en su momento una serie de letras de cambio y de pagarés que endosó a la entidad RUECA SL para pagarle por el suministro de materiales y que ésta, a su vez, también endosó a favor de RONDA SA, que descontó dichos efectos en Banco de Extremadura. Como este último no reclama el reconocimiento de ningún crédito en el seno del concurso de “Subcontratas y Estructuras SA”, la Administración Concursal opta por no incluir crédito alguno en el listado de acreedores.

6ª pregunta: *a) ¿Podría reconocerse en la lista de acreedores un crédito a favor de RUECA, S.L., en tanto que predecesor en la cadena de endosos del efecto mercantil, si ésta realiza una comunicación de crédito alegando que sabe que va a verse afectado por acciones de regreso?*

b) De poder reconocerse, ¿de qué clase lo sería?

c) Si RUECA, S.L. llegara a abonar efectivamente al endosatario el importe del efecto cambiario, ¿qué consecuencia concursal se debería producir?



VII. “Euroleasing, S.A.” tenía concertado un contrato de leasing con la concursada “Subcontratas y Estructuras SA”, por lo que decidió comunicar el crédito derivado de las cuotas impagadas. Solicitaba que se calificase como ordinario con privilegio especial el importe correspondiente a las cuotas vencidas antes de la declaración de concurso. Respecto de las cuotas vencidas con posterioridad a la declaración de concurso, solicitaba a la Administración Concursal que proceda al pago de las mismas una vez vencidas, porque constituían un crédito contra la masa. En el contrato de leasing se preveía que “Euroleasing, S.A.” quedaba liberada de cualquier responsabilidad por los defectos del material objeto del contrato o por las perturbaciones que la arrendataria financiera sufriera en la posesión de los bienes objeto del contrato, y cedía a la arrendataria financiera todas las acciones para conservar la posesión de tales bienes o exigir en su caso la reparación de sus defectos.

7ª pregunta: *¿Era correcta la calificación que había otorgado “Euroleasing, S.A.” a los créditos por las cuotas de leasing impagadas? Analice las alternativas procedentes*

VIII. Seis meses antes de ser declarada en concurso la entidad “Subcontratas y Estructuras SA”, como ya se expuso antes, había constituido una hipoteca sobre el edificio de su propiedad sito en la calle Serrano de Madrid a favor del Banco Ibérico de Finanzas SA, en garantía de un préstamo por importe de 5 millones de euros que había obtenido una sociedad del mismo grupo que la concursada, denominada “Inmobalia SA”.

8ª pregunta: a) *Si la hipoteca hubiera sido constituida simultáneamente a la concesión del préstamo, ¿podría prosperar una acción de reintegración?*

b) *¿Y si la hipoteca se hubiese constituido dos años después de concederse el préstamo?*

c) *Volviendo al caso de que la hipoteca hubiera sido constituida simultáneamente a la concesión del préstamo, ¿qué trascendencia tendría que la sociedad concursada sea filial de la prestataria, que es la sociedad matriz y dominante de un grupo vertical de sociedades?*



IX. La sociedad "Subcontratas y Estructuras SA" está integrada por dos socios titulares del capital social al 50%, que son a su vez administradores mancomunados. En la junta de 30 de junio de 2012 se aprobó el acuerdo de repartir dividendos a sus socios, con cargo a reservas de libre disposición. El acuerdo se ejecutó en diciembre de 2012. En ese momento, los socios y administradores sabían que los meses transcurridos desde la adopción del acuerdo habían sido catastróficos y la sociedad había incurrido en pérdidas que determinaban que los fondos propios fueran negativos y que no se pudieran atender regularmente las obligaciones vencidas. La Administración Concursal designada cuando se declaró el concurso de "Subcontratas y Estructuras SA" el 15 de julio de 2014, ejercita una acción de reintegración respecto del pago de dividendos, al considerar que se trata de un acto de disposición perjudicial para la masa.

9ª pregunta: a) *¿Puede estimarse la defensa de los socios demandados, consistente en que los pagos cuya rescisión se pretende son la ejecución de un acuerdo social que no ha sido objeto de una acción de impugnación y que tampoco ha sido objeto de una acción de reintegración, por ser previo al periodo de dos años anteriores a la declaración de concurso?*

b) *En el caso de que no existiera ese óbice, pues el acuerdo de reparto de dividendos hubiera sido adoptado en el periodo de dos años previos a la declaración de concurso, ¿podría estimarse la defensa consistente en que cuando se adoptó el acuerdo de reparto de dividendos, tal acuerdo no era perjudicial para la masa pues existían reservas abundantes, de modo que el valor del patrimonio neto no era, cuando se adoptó el acuerdo, inferior al capital social, ni resultaba serlo a consecuencia del reparto de dividendos acordado?.*

X. La sociedad "Subcontratas y Estructuras SA" tenía concertada una póliza de crédito por un millón de euros, a un plazo de dos años, con el Banco del Mar Negro. Transcurrido un año y nueve meses, había dispuesto hasta 900.000 euros, y en ese momento concierta un préstamo hipotecario con el Banco del Mar Negro, con una carencia de dos años, por importe de 905.000 euros, que se utilizan para rebajar hasta cero el límite de lo dispuesto en la póliza de crédito, así como para pagar los 5.000 euros de comisión bancaria, ampliándose la duración de la póliza de crédito otros dos años. Cuando meses después la sociedad "Subcontratas y Estructuras SA" es declarada en concurso, la Administración Concursal ejercita una acción rescisoria de la hipoteca constituida en garantía del préstamo, al considerar que se está en el caso de



constitución de garantías reales a favor de una obligación nueva contraída en sustitución de una preexistente, que no contaba con garantía real.

10ª pregunta: a) *¿Puede prosperar la acción de reintegración?*

b) *¿Tiene alguna trascendencia que el negocio no esté encuadrado en un acuerdo de refinanciación que reúna los requisitos del art. 71.bis de la Ley Concursal?*

XI. En la sección de calificación del concurso de la sociedad “Subcontratas y Estructuras SA”, tras alegaciones efectuadas por los acreedores sobre determinadas maniobras que consideraban como una derivación de bienes a favor de tercero, lo que se alegó por la Administración Concursal en su informe y el Ministerio Fiscal en su dictamen es que la referida sociedad se encontraba en situación de insolvencia desde varios años antes de que se adoptase la iniciativa de solicitar la declaración de concurso, por lo que invocó la presunción de culpabilidad prevista en el art. 165.1 de la Ley Concursal y se pidió que se declarara como persona afectada por la calificación al administrador único de la sociedad. Éste se abstuvo de proponer prueba alguna, y alegó en su descargo que no existía prueba de que ese incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso hubiera agravado la insolvencia, por lo que no podía calificarse el concurso como culpable ni realizar pronunciamiento condenatorio alguno respecto de él, como persona afectada por la calificación, pues la presunción del art. 165.1 de la Ley Concursal solo abarca la existencia de dolo o culpa grave, pero no se extendería a la agravación de la insolvencia.

11ª pregunta: a) *¿Puede estimarse la defensa esgrimida por el administrador social?*

b) *Con independencia de ello, ¿podría el Juez calificar el concurso como culpable por causas no alegadas por la Administración Concursal en su informe ni por el Ministerio Fiscal en su dictamen, pero que hubieran sido alegadas por un acreedor en el trámite del art. 168.1 de la Ley Concursal?*

XII. Declarado el concurso de una sociedad en enero de 2015, dos de los 125 trabajadores de la empresa interponen demanda de extinción de sus contratos de trabajo con amparo en el art. 50 del Estatuto de los Trabajadores (ET) ante el Juzgado



de lo Social alegando falta de ocupación efectiva que redundaría en menoscabo de su dignidad, si bien no consta disminución salarial.

La empresa posee cuatro centros de trabajo, en uno de los cuales no existe representación legal de los trabajadores (RLT).

El órgano judicial social se declaró incompetente y se inhibió en favor del Juez del concurso.

Con posterioridad a la fecha del Auto del Juzgado de lo Social, el administrador concursal solicitó la extinción colectiva de los contratos de trabajo de la mitad de la plantilla de la empresa.

12ª pregunta a) *¿Debe admitir su competencia el Juez del concurso si dichos trabajadores reproducen ante él su pretensión?*

b) *De entender que el Juez del concurso es el competente, ¿cuál sería el momento determinante de la atribución de la competencia al Juez del concurso en detrimento del Juez de lo social?*

c) *En caso de concurrir los requisitos necesarios para entender que las pretensiones extintivas de los trabajadores han de incorporarse al expediente concursal ¿Qué incidencia tendría el dato de que los trabajadores no hubieran dejado de percibir puntualmente sus salarios?*

d) *Finalmente, habida cuenta de la solicitud del administrador concursal, indique a quiénes convocaría el Juez del concurso a fin de desarrollar el periodo de consultas.*

XIII El Juez del concurso dicta auto en el que acuerda la extinción del contrato de trabajo de la totalidad de la plantilla de la empresa, fijando la indemnización correspondiente. El Juez excluye del mismo a un trabajador que fue declarado en situación de incapacidad permanente total (IPT) 6 meses antes de la iniciación del expediente concursal.

Algunos de los trabajadores afectados presentan demanda de incidente concursal pretendiendo que se declare la existencia de un grupo empresarial integrado por la concursada y otra sociedad mercantil.



13ª pregunta a) *Teniendo en cuenta el carácter supletorio de la legislación laboral en esta materia, ¿puede el Juez mercantil analizar si la condición de empleadora alcanza a una sociedad distinta de la concursada y aplicar la teoría del levantamiento del velo?*

b) *Asimismo el trabajador en situación de IPT anuncia recurso de suplicación frente al Auto que pone fin al expediente de extinción concursal. ¿Qué decisión corresponde adoptar en sede del Juzgado de lo Mercantil?*

c) *¿Cuál es el cauce por el que dicho trabajador podría instar su inclusión en la decisión extintiva?*

d) *Y, en su caso, ¿qué motivos encuentra a favor o en contra de su pretensión?*

DERECHO DE SOCIEDADES

El Juez de lo Mercantil núm. 14 de Madrid ha de resolver varios litigios en los que se plantean cuestiones de Derecho societario.

XIV.- El primero de tales litigios tiene su origen en una demanda planteada por un socio, Antonio, contra "Merccalia, S.L.". En la junta general de esta sociedad, celebrada el día 15 de junio de 2015 se trató, como primer punto del orden del día, el examen y aprobación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio precedente y la aplicación de resultados. El acuerdo fue aprobatorio de las cuentas anuales con el respaldo del 75% del capital social. Pese a cerrarse el ejercicio con beneficios por importe de 60.000 euros (la sociedad tiene un capital social de 100.000 euros y disponía, al cierre del ejercicio anterior, de unos fondos propios que ascendían a 500.000 euros), se aprobó la propuesta de no repartir dividendos porque con ello se reforzaría el patrimonio de la entidad. Antonio, socio titular del 25% del capital social, votó en contra explicando que no había percibido ningún dividendo desde la constitución de la entidad en el año 2007. El litigio promovido por Antonio contra "Merccalia, S.L." ha quedado para sentencia. Algunas de las cuestiones planteadas en el litigio, a las que el Juez ha de dar respuesta en la sentencia, son las siguientes.

14ª Pregunta

a) *¿Puede estimarse la acción de impugnación del acuerdo social formulada por el socio Antonio con base en la decisión de no repartir dividendos?*



b) ¿Puede estimarse la acción que el socio Antonio alega ejercitar de forma subsidiaria a la anterior, con la que pretende hacer efectivo el derecho de separación por falta de distribución de dividendos?

XV.- Aunque no estaba incluido en el orden del día, a propuesta del socio Antonio se votó sobre la procedencia del cese del administrador único y el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra dicho administrador único de la sociedad, el socio Manuel. El socio Antonio consideraba que la actuación de Manuel, al no haber dado deliberadamente cumplimiento al contrato con un importante proveedor, había quebrantado los intereses de “Mercalía, S.L.”, hasta el punto de que hubo que indemnizar a dicho proveedor en una importante suma, que triplicaba el coste que hubiera implicado cumplir el contrato, además de la condena al pago de unas cuantiosas costas, cuando era claro que no había razón suficiente para ir a litigio. La propuesta sólo obtuvo el voto a favor de Antonio y en contra del resto de socios, incluido Manuel, que es también el administrador único

15ª Pregunta *a) ¿Fue correcto someter dicha cuestión a votación de la junta, pese a no estar incluida en el orden del día?*

b) ¿Fue correcto que se permitiera votar al socio Manuel pese a ser el administrador social cuyo cese se proponía, y contra quien se proponía ejercitar la acción social de responsabilidad?

c) ¿Qué iniciativas procesales podría emprender el socio Antonio respecto de esta cuestión?

XVI. Sobre la mesa del Juez Mercantil núm. 14 de Madrid hay otros asuntos a los que ha de dar solución. En concreto, ha recaído una sentencia firme estimando una acción de impugnación por la que se decreta la anulación del nombramiento del administrador social de la entidad “FOMENTO DE OBRAS, S.A.”:

16ª Pregunta *a) ¿Conllevaría la declaración judicial de nulidad del acuerdo social de nombramiento de administrador, en el caso de que prosperase la impugnación, la nulidad de los acuerdos de ulteriores juntas convocadas por el administrador cuyo nombramiento ha sido anulado?*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Dictamen pruebas de especialización en los asuntos propios de lo mercantil (Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de 20 de enero de 2015)

b) ¿Conllevaría la declaración de nulidad del acuerdo social de nombramiento de administrador la nulidad de los actos que hubiesen sido realizados por el citado administrador?

XVII.- En otra de las sentencias que ha de dictar, la demanda ha sido planteada por Juan Ramón, que es socio de una sociedad denominada RUBICÓN, S.A., que ha observado que en las cuentas anuales del ejercicio 2014 sometidas a la aprobación de la junta se recoge el pago de una retribución al administrador. En los estatutos sociales no está previsto que el cargo sea remunerado.

17ª Pregunta *a) ¿Puede prosperar la acción de impugnación del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales basada en la ilegalidad del pago hecho al administrador social?*

b) Sea cual sea la respuesta a la anterior pregunta, indique qué acciones, distintas de la impugnación de acuerdos sociales, podría ejercitar dicho socio con base en el pago de esa retribución al administrador contraria a lo previsto en los estatutos.

XVIII.- Al Juez de lo Mercantil nº 14 de Madrid se le da cuenta de un escrito que contiene una solicitud del socio Pedro, que ha obtenido una sentencia firme en la que se declara la nulidad del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2012 de la entidad "Instanfoto, S.A.", por infracción del principio de imagen fiel, por haberse incluido indebidamente en el activo del balance el valor otorgado al fondo de comercio. El socio Pedro solicita al Juzgado que, en ejecución de dicha sentencia, se proceda a anular los acuerdos de aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2013, únicas aprobadas con posterioridad, puesto que partían de la situación contable reflejada en las cuentas del ejercicio 2012, cuyo acuerdo de aprobación ha sido anulado.

18ª Pregunta *¿Puede ser atendida esta solicitud?*

XIX.- En otro litigio, el socio Ramón impugnó el acuerdo de aprobación de las cuentas anuales de "Turbohélice, S.A.", también por infracción del principio de imagen fiel, por haberse incluido indebidamente en el activo de la sociedad el valor del fondo



de comercio. La sociedad contestó a la demanda, oponiéndose a la impugnación, pero pocos días antes de la audiencia previa, acredita ante el Juzgado de lo Mercantil que se han formulado de nuevo las cuentas, eliminando el valor del citado fondo de comercio del activo del balance, ha convocado regularmente una nueva junta general de socios, se ha dejado sin efecto el anterior acuerdo y se ha adoptado un nuevo acuerdo en el que se aprueban las cuentas anuales conforme a la nueva formulación, por lo que solicita que se dicte auto declarando terminado el proceso por desaparición sobrevenida del objeto. El Juzgado da audiencia al impugnante Ramón respecto de la solicitud de la sociedad, y el socio impugnante se opone a la terminación del proceso.

19ª Pregunta a) *¿Es admisible esa oposición a la terminación del proceso por desaparición sobrevenida del objeto?*

b) *¿Qué solución sería la procedente si lo que se alega es que el acuerdo impugnado produjo efectos (por ejemplo, el depósito de las cuentas en el Registro Mercantil) que es necesario eliminar?*

XX.- Otro de los litigios a resolver es el relativo a que en la sociedad anónima "Atalanta, S.A.", los estatutos sociales no contienen previsión alguna sobre la privación del derecho de voto al socio que solicite autorización para transmitir acciones sujetas a una restricción estatutaria de la libre transmisibilidad, y, efectivamente, el socio que solicita tal autorización vota en la junta convocada al efecto a favor de concederla, siendo su voto decisivo para que se apruebe el acuerdo de autorización. Un socio disconforme impugna el acuerdo.

20ª Pregunta a) *¿Puede estimarse la impugnación si se basa en que no se debió permitir votar al socio en cuestión?*

b) *¿Y si en vez de una sociedad anónima, Atalanta hubiera sido una sociedad de responsabilidad limitada?*

XXI.- El Juez Mercantil núm. 14 tramita también una demanda de impugnación de acuerdos sociales de la sociedad "Promociones de España, S.A." cuyo objeto es el siguiente: convocada una junta general para aprobar un acuerdo de aumento del capital social, sin prima de emisión, un socio titular del 10% de las acciones formuló por escrito, con 15 días de antelación a la celebración de la junta,



una pregunta consistente en qué criterios se habían seguido para valorar los inmuebles de la sociedad, a efectos de valorar si estaba justificado que no hubiera prima de emisión. Los administradores sociales denegaron la información porque la consideraron innecesaria para tutelar los derechos del socio. El socio que solicitó la información ejercita una acción de impugnación del acuerdo social que aprueba el aumento del capital basado en la infracción de su derecho de información

21ª Pregunta a) *¿Qué debería hacer el Juez Mercantil si la sociedad, al contestar a la demanda, alega que esa información no era esencial para el ejercicio del derecho de voto?*

b) *Al dictar sentencia, ¿podría estimarse la oposición de la sociedad basada en que el voto del socio impugnante no podría haber sido determinante para la aprobación del acuerdo puesto que votaron a favor los socios titulares del restante 90% del capital social?*

c) *¿Podría estimarse la oposición de la sociedad basada en que el socio no denunció la existencia de un defecto de forma?*

d) *¿Podría estimarse la acción de impugnación si, en vez de haber solicitado la información por escrito, lo hubiera hecho verbalmente en la junta?*

e) *¿Podría estimarse la acción de impugnación si, en vez de haber solicitado la información por escrito, lo hubiera hecho verbalmente en la junta, y no se tratara de una sociedad anónima sino de una sociedad de responsabilidad limitada?*

XXII.- Antonio, socio de una sociedad de responsabilidad limitada de carácter familiar, "ALCOSTO, S.L.", se entera en un momento dado de que existen unos acuerdos adoptados en junta universal, inscritos en el Registro Mercantil, que datan de dos años antes. Dado que él no asistió a dicha junta, presenta una demanda de impugnación de tales acuerdos sociales, que es turnada al Juzgado Mercantil núm. 14 de Madrid. Iniciado el proceso, la sociedad opone en su contestación a la demanda, como motivos de defensa, la caducidad de la acción de impugnación, pues los acuerdos llevaban más de un año inscritos en el Registro Mercantil, y que los acuerdos se habrían adoptado también sin el voto favorable de Antonio, pues este tiene una participación minoritaria.



22ª Pregunta *¿Son atendibles los argumentos opuestos por la sociedad, o debe prosperar la acción de impugnación?*

XXIII.- Un acreedor de la sociedad “ALMARGEN, S.L.”, ha ejercitado una acción de responsabilidad por deudas contra los administradores sociales, reclamándoles el importe de la deuda que la sociedad mantiene con él, puesto que la sociedad está incurso en causa legal de disolución (pérdidas que han dejado reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social) desde hace justamente dos años, sin que se haya convocado junta para acordar la disolución. Resulta probado que la deuda corresponde al precio de una compraventa que se celebró hace tres años, pero en la que el pago del precio se aplazó en dos años, por lo que fue exigible un año después de incurrir la sociedad deudora en causa legal de disolución. El Juez Mercantil núm. 14 de Madrid debe resolver en la sentencia varias cuestiones planteadas por los administradores sociales demandados.

23ª Pregunta a) *¿Es admisible la oposición de los administradores que consiste en alegar que la sociedad, aunque incurso en causa legal de disolución, es solvente y debió por tanto dirigirse la reclamación contra ella, y solo en caso de no poder ser cobrada, ejercitarse la acción de responsabilidad por deudas contra los administradores?*

b) *¿Es admisible la oposición de los administradores que consiste en alegar que la deuda no es posterior a la concurrencia de la causa legal de disolución?*

c) *¿Es admisible la oposición de los administradores consistente en alegar que, por causa de la situación conflictiva existente en el órgano de administración, no se han formulado las cuentas anuales en los últimos ejercicios y, por tanto, no han llegado a tener conocimiento de la concurrencia de la causa legal de disolución hasta la interposición de la demanda?*

XXIV.- La sociedad anónima “Construcciones y Promociones, S.A.”, que tiene por objeto social la construcción de inmuebles y también la promoción inmobiliaria, traspasó en bloque, por sucesión universal, la parte del patrimonio social relacionada con la promoción inmobiliaria, que formaba una unidad económica, a una sociedad de nueva creación, llamada “Sargent Pepper, S.A.”. “Construcciones y Promociones, S.A.” conservó el patrimonio social relacionado con la actividad de construcción. Las



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Dictamen pruebas de especialización en los asuntos propios de lo mercantil (Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de 20 de enero de 2015)

acciones de la nueva sociedad, "Sargent Pepper, S.A.", se distribuyeron entre los socios de la sociedad "Construcciones y Promociones, S.A.". El titular de un crédito derivado de la actividad de promoción inmobiliaria, al resultar impagado a su vencimiento, interpone una demanda contra la sociedad escindida, "Construcciones y Promociones, S.A.", alegando que fue esta sociedad la que contrajo en su día la deuda en el ámbito de la actividad de promoción inmobiliaria que desarrollaba en aquel momento, y que las operaciones societarias que haya podido realizar, como es el caso de la escisión parcial, no pueden afectarle como tercero ajeno a las mismas, tanto más cuando en el patrimonio transmitido a la sociedad beneficiaria, "Sargent Pepper, S.A.", el pasivo era muy superior al activo. El Juez Mercantil núm. 14 debe dictar la sentencia resolviendo el litigio.

24ª Pregunta *¿Puede estimarse la demanda interpuesta por ese acreedor?*



DERECHO CONCURSAL

I.- La sociedad CONSTRUCCIONES MODULARES es una sociedad anónima con actividad propia y, a su vez, holding de un grupo de sociedades (“Grupo CM”). Tanto la matriz como sus filiales se dedican a la construcción y ensamblaje de todo tipo de estructuras: plataformas para conciertos, atracciones de feria, módulos para transporte de mercancías etc. Como principal actividad, sin embargo, figura la construcción de inmuebles, tanto para viviendas como para oficinas e incluso centros de producción industrial, aplicando una técnica propia consistente en el ensamblaje de módulos contruidos con materiales desechables. Tanto algunos de esos materiales como el procedimiento de ensamblaje están protegidos por patentes cuya titularidad pertenece a la matriz.

El Grupo CM está compuesto por la matriz arriba referida, dos filiales españolas y tres filiales extranjeras. Una de las filiales españolas (CM Cas), encargada de la producción de productos y accesorios a nivel nacional, se encuentra domiciliada en Castellón de la Plana; la otra, (CM Ov), que gestiona la logística de la construcción y las relaciones con terceros involucrados en el proceso de construcción, está domiciliada en Oviedo. La matriz, domiciliada en Barcelona, se encarga de administrar el grupo así como de dirigir e implementar la política comercial, tanto a nivel nacional como a nivel extranjero. El Grupo CM tiene una filial (CM LAT) en Veracruz (Méjico), que se ocupa del negocio en Iberoamérica, y otra (CM EU) en Bolonia (Italia), para la actividad en el ámbito de la UE. Además, la matriz tiene un establecimiento activo en Dinamarca, donde produce los pegamentos necesarios para ensamblar los compartimentos; y la filial boloñesa tiene un establecimiento en Cluj (Rumanía), donde centraliza la negociación con los proveedores de materias primas.

El grupo tiene un total de 1800 trabajadores, repartidos del siguiente modo: 250 en Barcelona, 600 en Castellón, 150 en Oviedo, 150 en Bolonia, 150 en Rosario, 200 en Dinamarca y 300 en Rumanía. Opera sobre la base de dos tipos de financiación:

- La financiación para la adquisición/uso de activos, que se subdivide en (i) activos industriales (maquinaria, medios de transporte, etc.) que se financian a través de leasing, y (ii) los inmuebles están todos hipotecados a medio plazo con entidades de crédito.
- La financiación del establecimiento, operativa y circulante se realiza de la siguiente manera: (i) un préstamo sindicado con un pool de 5 bancos, 3 españoles y dos extranjeros; (ii) préstamos bilaterales a plazo con 3 bancos nacionales; (iii) líneas de descuento y de crédito con 2 de los



mismos bancos nacionales; (iv) el circulante de la actividad industrial europea se financia por dos bancos alemanes; (v) la financiación de la actividad en Latinoamérica se obtiene por dos bancos locales, que tienen, entre sí, un acuerdo de subordinación. La financiación bancaria tiene garantías cruzadas de todas las empresas del grupo. La financiación tiene cláusulas de *cross-default* y estrictos *covenants* informativos.

- Ante la aparición de competidores serios, la dirección del Grupo decidió realizar una política expansiva. Para ello, Construcciones Modulares realizó una emisión de bonos corporativos por 10 millones de euros. Debido a la importancia de la actividad, la Generalitat de Catalunya, a través de su Instituto de Finanzas, avaló la emisión.
- Existen otros acreedores “operacionales”: hay retrasos por el pago de impuestos y de cotizaciones a la seguridad social. Los trabajadores están al día, y los proveedores han pasado a cobrar a los 3 meses en lugar de a los 2, como era costumbre.

Debido a la caída generalizada en el sector, y a la aparición de competidores que ofrecen servicios similares, CONSTRUCCIONES MODULARES (y generalmente el Grupo CM) tiene tensiones serias de liquidez, que, entre otros problemas, les van a dificultar el pago del siguiente vencimiento del préstamo sindicado. En este contexto, se realizan las siguientes acciones:

- a) Ticio y Cayo, Consejero delegado y Director general, respectivamente, de CONSTRUCCIONES MODULARES se reúnen en primer lugar con el Banco A y el Banco B, que financian el circulante a corto y medio plazo, e invitan a su contacto habitual en el Instituto Catalán de Finanzas. Llegan a un acuerdo por el que: (i) se posponen los vencimientos de los créditos bancarios existentes 6 meses; (ii) se concede un nuevo crédito por cada uno de los bancos de 500.000 euros, garantizado en un 80% con prendas sobre inversiones financieras de la matriz, y se otorga una garantía adicional sobre un activo inmovilizado de la filial CM Cas para cubrir el riesgo de un crédito anterior que carecía de garantía; (iii) se otorga un crédito participativo de 2 millones de euros por el ICF con intereses elevados (4 puntos por encima del interés previo), pero ligados al beneficio de la empresa; (iv) el ICF solicita que se incremente la actividad en los centros de Barcelona y de Castellón; que se reduzcan generalmente los costes de la actividad; y que, ante las reiteradas



pérdidas, cese la actividad de ensamblaje de maquinaria agrícola. Los créditos involucrados en esta operación ascienden al 14% del total del pasivo de la matriz.

Primera pregunta: *¿En caso de posterior insolvencia de la matriz, puede rescindirse este acuerdo?*

II.- La situación se agrava por momentos, y el resto de las instituciones financieras son ahora concedoras de las dificultades del grupo. Los directivos de todas las entidades empiezan a recibir llamadas presionándoles para que otorguen nuevas garantías y realicen operaciones de reestructuración empresarial que, en opinión de los directivos, serían perjudiciales para el negocio. Ante esta situación, la matriz y todas las empresas españolas del grupo solicitan la apertura de un periodo de negociación conforme al art. 5 bis LC.

Segunda pregunta:

- a) *¿Dónde debe presentarse la solicitud (en relación con cada una de las sociedades)?*
- b) *Dado que la aplicación del art. 5 bis implica la paralización de ejecuciones contra las entidades solicitantes:*

¿Quién podría salir beneficiado de esta situación? ¿Existiría algún modo de reducir el riesgo generado por las asimetrías informativas que crea el artículo 5 bis?

- c) *La paralización de las ejecuciones (o de algunas ejecuciones) se contempla como una causa suficiente para el vencimiento anticipado de los préstamos otorgados por bancos locales en Méjico, y por los bancos alemanes en relación con la filial italiana:*

¿Puede hacerse valer la paralización de las ejecuciones frente a dichos bancos extranjeros? (diferencie la explicación para ambos supuestos)

III.- Tras varios contactos bilaterales, largas reuniones con los representantes del sindicato bancario y con algunos acreedores estratégicos, los gestores del Grupo CM llegan a la conclusión de que la mejor solución es alcanzar un acuerdo de refinanciación que sea posteriormente homologado judicialmente conforme a la Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal (DA 4 LC). El acuerdo que se propone tiene dos partes, que los deudores y todos los acreedores favorables consideran inseparables:



A) Por un lado, una reestructuración empresarial del grupo, que incluye duras medidas de recorte de gastos, cierre de algún centro de producción y cambios de estrategia, que, según un plan detallado, otorga una probabilidad de continuación de la actividad durante 2 años superior al 50%.

Para todo ello, se renuevan las líneas de financiación del circulante y se concede un préstamo de 2 millones de euros a devolver en 2 años, garantizado por segunda hipoteca sobre las fábricas de Castellón y Oviedo y por la pignoración de las acciones de las filiales extranjeras. Este nuevo préstamo se otorga por las entidades que forman parte del sindicato, en proporción a su crédito original.

B) Por otra parte se acuerda una profunda reestructuración de la deuda. El acuerdo debe incluir a todas las sociedades del grupo, como condición de eficacia. Con respecto a la reestructuración financiera, éstos son los datos principales:

- Para los acreedores sin garantía real, se incluyen dos opciones:
 - Como opción A se propone una refinanciación de la deuda por 8 años, con una quita del 60%: los dos primeros años de carencia, con pagos del 10% en cada uno los años siguientes. Todo ello en valores actualizados conforme a una fórmula de actualización incluida en el acuerdo. Esto se hace a través de una novación de los créditos.
 - La opción B consiste en la conversión de los créditos en préstamos participativos, a repagar en 10 años, con un tipo de interés variable, creciente con los resultados –favorables- de las entidades.
- Los acreedores con garantía real quedarán sometidos a una espera de 2 años y una quita del 15% de la parte del crédito cubierto con la garantía.
- Se incluyen en las medidas anteriores a los créditos por avales.
- También se reestructuran los bonos corporativos emitidos, que son cambiados por nuevos bonos con un aplazamiento de cada uno de los vencimientos de un año y una quita de nominal del 20%.
- Se acuerda en la matriz una operación acordeón, con la reducción a cero del capital social y su simultánea ampliación por 4 millones de euros, con exclusión del derecho de suscripción preferente. Se concede una opción de compra del 10% del capital social a un precio acordado a los dos accionistas mayoritarios anteriores.



- Los créditos novados, y el régimen de sus garantías, quedan sometidos a derecho inglés.
- La eficacia de todos los efectos arriba descritos se encuentra sometida a la condición suspensiva de la homologación judicial el acuerdo.

El acuerdo resulta aprobado por el 77% de los créditos sin garantía y por el 89% de los créditos garantizados, habiéndose cumplido todos los requisitos formales demandados por la DA 4 LC y la Ley de Sociedades de Capital. Los accionistas mayoritarios ejercen inmediatamente la opción de compra y, por lo tanto, devienen accionistas minoritarios de la matriz. Se les permite mantener un miembro en el consejo de administración. El acuerdo es presentado a su homologación judicial.

Tercera pregunta: *¿Qué juez o jueces serían los competentes?*

Cuarta pregunta:

- ¿Qué debe comprobar el juez para realizar la homologación?*
- ¿Puede el juez solicitar información adicional o auxilio de expertos independientes adicionales? ¿Acordar la práctica de alguna prueba?*

Quinta pregunta:

- ¿Pueden impugnarse el contenido del acuerdo por el que se reestructuran las garantías? En su caso, ¿cómo y cuándo?*
- ¿Si se impugna el acuerdo sobre la base de error en el quorum, debe contarse a los acreedores del acuerdo inicial de refinanciación?*

IV.- Por turno de reparto, le corresponde al Juzgado Mercantil número 20 de Madrid el conocimiento de la solicitud de concurso necesario presentada el 9 de septiembre de 2016 por Don Francisco contra la entidad CONSTRUCCIONES MODULARES.

En dicha solicitud, alega que ha sido trabajador de la empresa desde el 23 de abril de 2001 y está en alta en la actualidad, con la categoría de Encargado de Obra y un salario mensual, con pagas extras incluidas, de 4.000



€. La empresa le adeuda las nóminas desde el mes de mayo. Como trabajador de la entidad, conoce que la misma tiene deudas con la AEAT y la Seguridad Social desde el mismo periodo de tiempo, y aporta con la solicitud Nota Simple del Registro de la Propiedad número XX de Madrid, en la que consta anotación preventiva de embargo sobre el bien inmueble sito en la Calle La Estrella número 2 de Madrid. Según se refleja en las cuentas anuales del ejercicio 2015, la deuda bancaria no ha sido refinanciada y presenta un fondo de maniobra negativo.

Solicita que se declare el concurso necesario y que se practique la siguiente prueba documental: a) se libre oficio a la TGSS y a la AEAT para que certifiquen la existencia de aplazamientos de deudas y fechas de vencimiento en su caso, e importes aplazados; b) se libre oficio a BBVA, BANKIA, BANCO SANTANDER, BANCO DE SABADELL, S.A., BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., LIEBERBANK, a fin de que certifiquen el impago o situación de los riesgos vivos, vencidos, impagados, los créditos y garantías que tenga la entidad; c) pericial de economista auditor para que con la documentación solicitada y la contabilidad que aporte la sociedad, emita un informe en el que valore si existe un sobreseimiento generalizado de los pagos de las obligaciones corrientes.

La entidad CONSTRUCCIONES MODULARES presenta escrito oponiéndose a la solicitud de concurso necesario por no concurrir los presupuestos legales. Aporta certificación de la AEAT acreditativa de que se encuentra al corriente de sus obligaciones tributarias, y certificación de la TGSS en la que consta que se pactó un aplazamiento en el pago de las deudas con dicho organismo, que se concedió condicionado a la aportación de garantías, lo que ha hecho mediante el otorgamiento de hipoteca unilateral en garantía de crédito.

Con fecha 15 de octubre de 2016 tiene entrada en el Juzgado, repartida por antecedentes, una solicitud de concurso voluntario presentada por 25 sociedades del mismo Grupo empresarial, entre las que se encuentra CONSTRUCCIONES MODULARES. Con dicha solicitud, se aporta un plan de liquidación para la venta de la unidad productiva de CONSTRUCCIONES MODULARES.

Sexta pregunta:

- a) *¿Procedería declarar el concurso necesario de la entidad CONSTRUCCIONES MODULARES?*



- b) *¿Y la declaración conjunta del concurso voluntario del grupo de sociedades?*
- c) *¿Cómo se tramitarían ambas solicitudes?*

V.- El concurso de la sociedad se declara por Auto de 2 de noviembre de 2016.

El capital de la sociedad CONSTRUCCIONES MODULARES, S.L. corresponde a tres socios: KKK (titular del 60%), HHH (titular del 20%) y GGG (titular del 20%). Estas dos últimas sociedades están participadas íntegramente por el Banco Popular que ha financiado a CONSTRUCCIONES MODULARES, S.L. mediante préstamos con garantía hipotecaria sobre varios inmuebles de su propiedad. El Consejo de Administración de CONSTRUCCIONES MODULARES, S.L. está integrado por cinco miembros, uno de los cuales era HHH y otro una sociedad denominada UUU. Las personas designadas para representar en el Consejo a HHH y UUU son empleados de Banco Popular. A mediados de noviembre de 2015, estas dos sociedades dimiten del cargo de consejeros y la administración pasa a desempeñarla un consejero delegado, Don Fernando.

En el informe, la administración concursal ha calificado el crédito de Banco Popular como subordinado por considerar que ha sido administrador de la sociedad concursada en los dos años anteriores a la declaración del concurso (art. 92.5 en relación con el art. 93.2.2 LC)

La entidad bancaria impugna la lista de acreedores considerando que su crédito debe ser calificado como privilegiado especial en la parte cubierta por la garantía, como ordinario en otra parte y subordinado en lo que respecta a los intereses. El acreedor Don Benito impugna la lista de acreedores por considerar que además procede la subordinación del crédito por concurrir el supuesto del art. 93.2.1 en relación con el art. 92.5 LC y del art. 93.2.3 LC.

Séptima pregunta: *¿Qué calificación correspondería al crédito controvertido?*

VI.- En la fase de liquidación y antes de la aprobación del plan de liquidación presentado con la solicitud conjunta del concurso voluntario, la concursada se desiste de la propuesta de venta de la unidad productiva presentada y la administración concursal solicita, al amparo de lo dispuesto en el artículo 43.2



LC, que se autorice la venta de dicha unidad productiva a la entidad XXXXX. Con la solicitud se aporta la oferta presentada por esta entidad que la administración concursal considera que, de todas las presentadas, es la que mejor satisface el interés del concurso, ya que es la que genera mayor caja, no deja ninguna deuda vinculada con personal y anticipa el pago del ERE que ya ha sido aprobado.

El precio de compra de la unidad productiva es de 50 millones de euros.

El perímetro de dicha unidad viene determinado en la oferta de XXX que la administración concursal aporta con su escrito de 1 de diciembre de 2016:

1.- Inmovilizado material e inmaterial (maquinaria detallada en el Anexo II de la oferta). La oferta se referiría a todos los bienes y derechos, mobiliario, equipos informáticos, elementos de transporte, software, etc. Se adquiere igualmente el Know-how relacionado con la actividad de la unidad productiva.

2.- Bienes inmuebles: edificio sito en Calle La Estrella número 2 de Madrid, y edificio sito en Calle Castillo número 1 de Madrid. Sobre el primero está constituida hipoteca para garantizar 30 millones de euros de principal.

3.- Participación en las sociedades filiales, UTES y consorcios que se detallan en el Anexo IV.

4.- La totalidad de los trabajos en curso pendientes de facturar o certificar y los materiales acopiados en cada una de las obras asumidas.

5.- Signos distintivos, marcas, patentes, nombres comerciales, dominios de internet, páginas web, derechos de propiedad industrial e intelectual, diseños y todos aquellos otros elementos distintivos de la actividad adscritos a la unidad productiva (Anexo V).

6.- Clasificaciones, certificaciones, referencias y homologaciones que hasta la fecha venía utilizando la unidad productiva para el acceso a la contratación con clientes públicos y privados.

7.- Contratos de obras (Anexo VIII) Se incluyen los contratos de aval suscritos y entregados para el aseguramiento de la ejecución de los contratos de obra. En el caso de los contratos de obra que son desarrollados a través de UTES en la unidad productiva, se incluye la participación en las UTES correspondientes de las sociedades concursadas.

8.- Ofertas comerciales y licitaciones en curso pendientes de adjudicación (Anexo IX).

9.- Cuentas a cobrar. La totalidad de las cuentas a cobrar de clientes y deudores de las sociedades del Grupo así como los derechos de crédito derivados de reclamaciones judiciales o extrajudiciales que estén en curso. Igualmente, los saldos retenidos como consecuencia de procedimientos ejecutivos y embargos administrativos sobre las sociedades que integran el grupo social.



10.- Trabajadores. La adquirente asume 200 trabajadores que prestan sus servicios en las sociedades que desarrollan la unidad productiva (Anexo X). Los trabajadores mantendrán su categoría profesional y antigüedad y las mismas condiciones laborales.

11.- La sociedad quedará subrogada en los siguientes pasivos: Deuda con TGSS; Deuda pendiente con trabajadores asumidos, incluido el prorrateo de las vacaciones y pagas extras, sin aplicación del límite establecido en la Ley Concursal; Anticipos de contratos de obra.

En el escrito de la administración concursal se solicita:

1.- Que, al autorizarse la venta de la unidad productiva, se acuerde la cancelación de las hipotecas que gravan el edificio sito en la calle La Estrella número 2.

2.- Se acuerde la subrogación de XXX en todos los contratos incluidos en la oferta, tanto públicos como privados, con excepción de las obligaciones de pago derivadas de dichos contratos que se hubieran devengado con anterioridad a que se produzca la transmisión efectiva de la unidad productiva. La adquirente se subrogará en los avales correspondientes a los contratos de obra que efectivamente se transmitan.

3.- En particular, la subrogación de XXX en las clasificaciones concedidas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (Ministerio de Hacienda y Función Pública) que ostentan las sociedades concursadas que desarrollan la actividad integrante de la unidad productiva. Estos elementos forman parte indisoluble de la experiencia técnica que se transmite con la unidad productiva y conforman la solvencia técnica del proyecto que pasará con la transmisión de la unidad productiva.

4.- XXX no se subrogará en ninguna deuda ni obligación contractual, extracontractual o legal, concursal o contra la masa, que corresponda a las sociedades concursadas, sin perjuicio de las obligaciones expresamente asumidas en la oferta. En particular, no se subrogará: (a) en la parte de los salarios e indemnizaciones pendientes de pago que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial, de conformidad con el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores; y (b) en ninguna deuda tributaria de las sociedades concursadas, conforme al art. 42 de la Ley General Tributaria.

Octava pregunta:

- a) *¿Cómo tramitaría la solicitud?*
- b) *¿Puede admitirse a trámite, después de abierta la fase de liquidación?*
- c) *¿Cabe el desistimiento de la concursada de la propuesta de venta presentada con la solicitud de concurso voluntario?*



d) *¿Podría aprobarse la propuesta de venta de unidad productiva que presenta la administración concursal?*

VII.- Dos de los socios de la sociedad luego declarada en concurso no asisten a la Junta general en la que se iba a adoptar el acuerdo de capitalización de deuda en el marco de un plan de refinanciación. Uno de ellos tenía el 51% del capital y el otro el 25%.

Novena pregunta:

- a) *¿Qué incidencia tendría la actitud de ambos socios en la calificación del concurso?*
- b) *¿Sería relevante que el acuerdo de refinanciación no reuniera todos los requisitos del art. 71 bis LC?*

VIII.- El administrador único de la sociedad concursada al tiempo de la declaración de concurso no llevó a cabo la conducta de despatrimonialización de la sociedad en la que se podría sustentar la calificación de concurso culpable. Quien la llevó a cabo dejó de ser administrador dos años y un mes antes de la declaración de concurso. Resulta acreditado que el administrador saliente y el nuevo administrador habían acordado retrasar la declaración de concurso, sin haber llegado a rebasar los plazos legales, con el objetivo de salvar las responsabilidades de ambos.

Décima pregunta:

- a) *¿Es posible declarar culpable el concurso?*
- b) *¿Cabe considerar a alguno de los administradores personas afectadas por la calificación de concurso culpable?*
- c) *Se da la circunstancia de que los socios de la concursada se beneficiaron de dicha despatrimonialización, al ser propietarios, mediante sociedades interpuestas, de la sociedad destinataria de los activos de la concursada. ¿Pueden ser considerados personas afectadas por la declaración de concurso culpable? ¿Pueden ser condenados como cómplices?*

IX.- 1) Con la alegación de que el 20 de febrero de 2013 hubo falta de ocupación efectiva, un grupo de trabajadores interpone demandas por extinción contractual y subsidiariamente por despido tácito, ante el Juzgado de lo Social, el 28-02-2013; 2) El día 06-03-2013 la empresa inicia un período de consultas para efectuar un despido colectivo; 3) El 20-03-2013 la empresa solicita ser declarada en situación de concurso voluntario; 4) El 03-04-2013 la empresa es declarada en concurso voluntario de acreedores; 5) Tras recibir el expediente de despido colectivo en la situación en la que se encontraba en la fecha de



declaración del concurso, por Auto del Juzgado Mercantil de fecha 16-05-2013 se declara la extinción colectiva de los contratos de trabajo; 6) El día señalado para el juicio en el Juzgado de lo Social (06-06-2013), con carácter previo, los demandantes, desisten de la acción de extinción contractual por voluntad del trabajador y mantienen la acción por despido tácito; y 7) En fecha 19-06-2013 se dictan dos sentencias por el Juzgado de lo Social declarando la nulidad de los despidos tácitos impugnados, indicando que se evidenciaron "a través de la falta de ocupación efectiva y de contestación de la empresa a los requerimientos de los actores en cuanto a su reincorporación o a su situación laboral".

Decimoprimer pregunta: *¿Puede el auto del Juzgado de lo Mercantil declarar la extinción colectiva de los contratos de trabajo de los trabajadores que tenían formuladas demandas por despido tácito ante el Juzgado de lo Social motivado por la situación económica del empleador por hechos anteriores a la solicitud de declaración de concurso de acreedores por parte de la empleadora y habiéndose también presentado la demanda ante el juez de lo social con anterioridad a tal fecha y se encontrara el proceso social en tramitación en el momento de la declaración de concurso?*

X.- Mediante Auto de 25.11.2013 del juzgado de lo Mercantil, se autorizó la petición de la administración concursal en sus propios términos y se aprobó la transmisión de la unidad productiva de La Cabeza Rubia S.A en liquidación (lote A) a favor de La Desilla SLU, por importe de 9.000.000 euros, conforme a los términos de esta resolución y del plan de liquidación aprobado por auto de fecha 20.9.2013.

Mediante escritura pública de compraventa de unidad de producción otorgada ante notario, en fecha 20.12.2013, se transmitió la unidad productiva de La Cabeza Rubia S.A. a favor de La Desilla S.L.U.

En el punto 3 de la citada escritura se recoge "...la venta se lleva a cabo sin subrogación del adquirente en ninguna de las deudas ni de seguridad social ni de orden civil, mercantil o tributario de la empresa concursada y libre de cargas y gravámenes. Conforme lo previsto en el plan de liquidación, la adjudicataria del Lote A objeto de la presente, queda subrogado desde mañana como empleador, con las obligaciones consiguientes, en los contratos laborales vigentes de los 116 contratos reflejados en el plan de liquidación, los cuales conocen las partes, con sus condiciones actuales.."

Decimosegunda pregunta: *¿Qué juzgado es competente para conocer de una demanda de ejecución contra la Desilla SLU de la condena al pago de*



determinada cantidad, derivada de obligaciones laborales, pronunciada contra La Cabeza Rubia SA?

XI.- El Juzgado de lo Mercantil 5 de Zaragoza dictó Auto el 3 de abril de 2014 autorizando la extinción y la suspensión de contratos de trabajo de la empresa concursada Almacenes y Transportes La Sevillana, SA.

Un trabajador presenta demanda incidental concursal solicitando la nulidad del Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil por los motivos siguientes:

- 1) El Auto extintivo y suspensivo causa indefensión a la parte actora por no pronunciarse acerca de las alegaciones presentadas en el procedimiento concursal del art. 64 de la LC, en particular por no responder a la oposición presentada por los representantes de los trabajadores al informe de la autoridad laboral, así como a las peticiones de prueba, con la finalidad de acreditar la existencia de un grupo de empresas.
- 2) La empresa no proporcionó la lista de trabajadores afectados durante el periodo de negociación, de forma que no se conocieron hasta que había concluido.
- 3) El despido colectivo debe declararse nulo por el carácter genérico e impreciso de selección de los trabajadores despedidos.
- 4) El despido colectivo debe declararse nulo por no precisar inicialmente los criterios de selección de los trabajadores afectados.
- 5) La existencia de un grupo de empresas con efectos laborales, solicitando que se demande a todas las empresas integrantes del grupo.
- 6) La empresa no puso a disposición de los trabajadores afectados la indemnización de 20 días por año de servicio.
- 7) Falta de buena fe durante el periodo de consultas.
- 8) Coacciones por parte de la empresa durante el periodo de consultas.
- 9) Se modificó la solicitud de autorización una vez iniciado el "expediente" concursal, comenzando con un número de extinciones y terminando con todos los trabajadores afectados, unos con extinción de su contrato y otros con suspensión de su relación laboral.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Dictamen pruebas de especialización en los asuntos propios de lo mercantil (Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de 11 de mayo de 2017)

10) Su inclusión en el listado de los trabajadores despedidos vulneró sus derechos debido a que su polivalencia y capacitación no es menor que la de sus compañeros y por tanto el trabajador considera que debe ser excluido del listado de trabajadores despedidos.

Decimotercera pregunta: *¿Tiene legitimación el trabajador individual para impugnar el auto del juzgado de lo mercantil por estas causas?*

DERECHO DE SOCIEDADES

I.- La sociedad Albatros S.L. suministra habitualmente a la sociedad Bitácora S.L. el material necesario para el desarrollo de la industria de artes gráficas a la que esta venía dedicada. En un litigio seguido a instancia de Albatros contra Bitácora recayó sentencia firme que condenó a Bitácora al pago de diversas partidas cuyo precio no había sido atendido. En el proceso de ejecución de dicha sentencia se acordó el embargo de bienes de Bitácora. Personada la comisión judicial en su domicilio social, coincidente con la nave industrial en la que desarrollaba su actividad y en la que Albatros había venido sirviendo los pedidos en el pasado, dicho establecimiento se encontraba cerrado. Por tal motivo, se dejó en suspenso el embargo, quedando constancia en la diligencia judicial tanto del cierre del establecimiento como de la respuesta ofrecida por el encargado de un establecimiento colindante en el sentido de que hacía tres meses que la nave de la sociedad Bitácora había cerrado sus puertas, no desarrollándose en su interior actividad alguna e ignorando el actual paradero de dicha mercantil.

En vista de ese estado de cosas, la sociedad Albatros decide interponer una demanda ante el Juzgado de lo Mercantil contra Don JAVIER, administrador único de la sociedad Bitácora, en reclamación de la suma a la que había sido condenada dicha mercantil en el litigio anterior y en ejercicio de la acción individual de responsabilidad por daños del art. 241 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC). Acompañando a dicha demanda un testimonio de la diligencia judicial negativa de embargo, la sociedad Albatros invocó que la sociedad Bitácora había incurrido en una clara hipótesis de “cierre de facto”.

Primera pregunta: *Comente, a la luz de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales, las probabilidades de éxito de esa acción individual de responsabilidad, en cada una de las siguientes hipótesis:*

- a) La sociedad A se limita a razonar en su demanda que el “cierre de facto” constituye un tipo de comportamiento que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, es generador de la clase de responsabilidad prevista en el art. 241 L.S.C. Por su parte, el administrador demandado Don JAVIER, que no cuestiona el hecho de haber procedido efectivamente al cierre del establecimiento sin disolver ni liquidar ordenadamente la sociedad, argumenta en su descargo que no existe vínculo causal entre dicho comportamiento y la frustración del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Dictamen pruebas de especialización en los asuntos propios de lo mercantil (Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de 11 de mayo de 2017)

derecho de crédito de la actora, dado que una hipotética liquidación ordenada de la sociedad B no hubiera procurado su satisfacción ante la insignificancia y manifiesta insuficiencia de los recursos con los que contaba para saldar sus deudas. Sin embargo, ni justifica este extremo con la documentación acompañada a la contestación ni propone prueba alguna tendente a acreditarlo.

- b) La sociedad A razona en su demanda que el “cierre de facto” sin proceder a una ordenada liquidación de la sociedad constituye un comportamiento antijurídico al que en el presente caso se encuentra causalmente vinculada la frustración de su derecho de crédito por cuanto la conducta de Don JAVIER ha consistido en proceder, antes del cierre del establecimiento, a una liquidación anárquica de sus recursos económicos atendiendo de manera arbitraria a los acreedores que ha considerado oportuno satisfacer y desatendiendo por completo las obligaciones contraídas con los demás, entre ellos la propia sociedad A. Sin embargo, la sociedad A no aporta con su demanda documentación ni propone medio probatorio alguno tendente a justificar tal aserto. Por su parte, en la contestación a la demanda Don JAVIER niega esa liquidación arbitraria y mantiene la inexistencia de vínculo causal en los mismos términos que en el caso anterior a) y con idéntica pasividad en el terreno probatorio.
- c) La demanda y ulterior actividad procesal de la sociedad A se producen en los mismos términos que hemos explicitado en la precedente hipótesis b). Sin embargo, el demandado Don JAVIER, además de invocar la inexistencia de vínculo causal en los términos ya vistos, alega y justifica, mediante documentación acompañada a su escrito de contestación, los siguientes extremos: 1.- Que veinte días antes de haber procedido al cierre físico del establecimiento recibió la visita de la comisión judicial de un Juzgado de 1ª Instancia, quien procedió a embargar y a depositar en poder de un tercero la totalidad de las máquinas de imprenta imprescindibles para el desarrollo de la industria de artes gráficas a la que se dedicaba y de cuya posesión disfrutaba en régimen de arrendamiento financiero, todo ello en virtud de demanda ejecutiva promovida por la entidad acreedora. 2.- Que, en vista de la imposibilidad de seguir desarrollando dicha industria, procedió a despedir informalmente a los 5 empleados con los que contaba, habiendo recibido ya de estos las correspondientes demandas por despido improcedente y en reclamación de los salarios que les adeudaba y que continúa adeudándoles. 3.- Que el propietario de la nave industrial interpuso contra la sociedad B una demanda de desahucio y de reclamación de rentas que fue íntegramente estimada, procediendo Don JAVIER en fase de ejecución de sentencia a la entrega voluntaria a dicho demandante de las llaves de la nave arrendada, habiéndosele embargado los 60.000 € que constituían el único saldo del que dicha mercantil disfrutaba en la entidad CAIXABANK, saldo coincidente con el de tesorería que reflejaban sus libros de contabilidad. 4.- Que, hasta que surgieron las dificultades determinantes de tales hechos, el 100 % de la facturación de la sociedad B estuvo vinculada a los pedidos que recibía de una multinacional del mundo editorial y que, al optar esta por otro proveedor que le ofrecía precios más



competitivos, la sociedad B dejó de generar ingresos durante ocho meses, recibiendo con posterioridad pedidos esporádicos, dispersos y de escasa cuantía. Extremos estos últimos que justificó mediante dictamen pericial elaborado, a la vista de la contabilidad de la sociedad B, por un economista.

II.- Ahora supongamos que en su demanda la sociedad Albatros no hubiera invocado el “cierre de facto” de la sociedad Bitácora, sino la circunstancia de que su administrador único Don JAVIER obtuvo en nombre y representación de la misma un préstamo de 1.000.000 € de la entidad BBVA, cantidad que fue ingresada de forma inmediata y en el momento mismo de su concesión en una cuenta corriente de Don JAVIER, quien la destinó a cubrir deudas personales y a la realización de inversiones de la misma naturaleza, todas ellas ajenas a la sociedad Bitácora. Se alega también en la demanda que la necesidad de atender a los elevados vencimientos de ese préstamo fue la circunstancia determinante de la crisis económica sufrida por Bitácora, y que dicha crisis ha ocasionado la imposibilidad de satisfacer, entre otros, el crédito de la demandante. En el proceso se practican pruebas a propuesta de Albatros que demuestran de manera concluyente el destino dado por Don JAVIER a la suma prestada por BBVA y que confirman enteramente los alegatos efectuados a este respecto en la demanda.

Segunda pregunta: *¿Cuál sería la solución, según su criterio?*

III.- Coetáneamente, dos socios de la sociedad Bitácora, titulares en conjunto de un 20 % del capital social, tras intentar sin éxito la convocatoria de junta general tendente a decidir el ejercicio contra Don JAVIER de la acción social de responsabilidad prevista en el Art. 238 de la Ley de Sociedades de Capital con base en la conducta anteriormente descrita, decidieron ejercitar por sí mismos dicha acción pretendiendo en su demanda que Don JAVIER les indemnizase en la cantidad representativa de la pérdida de valor sufrida, a consecuencia de la referida conducta, por la participación que ellos detentaban en el capital social.

Tercera pregunta: *¿Tiene esta acción alguna posibilidad de prosperar? Razone la respuesta.*

IV.- A la acción de responsabilidad individual por daños contra Don JAVIER, Albatros acumuló en su demanda una acción de responsabilidad por deudas del art. 367 LSC, en relación con el supuesto de disolución obligatoria previsto en el art. 363-1,e) de dicha ley (pérdidas cualificadas). La actora acompañó a su demanda una certificación registral de la sociedad Bitácora expresiva de que, con un capital social de 60.000 €, el ejercicio 2011 se había cerrado con una cifra de patrimonio neto de 31.000 € y de que, sin alteración de la cifra de capital, su patrimonio neto se situó a 31 de diciembre de 2012 en valores negativos (-50.000 €). No resulta controvertido que la deuda reclamada fue contraída por Bitácora



durante los meses de junio y julio de 2012 en que se le sirvieron los pedidos correspondientes. También consta en el proceso, sin que ello haya generado controversia, que la multinacional del ramo editorial que constituía el único cliente de la sociedad Bitácora rompió su relación comercial con ésta mediante misiva de 15 de octubre de 2011, lo que determinó que esta sociedad tuviera que soportar gastos fijos de personal, de arrendamiento de la nave y de arrendamiento financiero de las máquinas por un importe mensual total de 40.000 €, y ello sin generar ingreso alguno por espacio de ocho meses, al no encontrar clientes alternativos. No fue hasta el día 5 de junio de 2015 que la sociedad Bitácora recibió un pedido de otra empresa editorial, siendo esta la circunstancia que motivó, a su vez, el pedido efectuado a la sociedad Albatros del material generador de la deuda objeto del actual litigio.

Cuarta pregunta: *A partir de esos presupuestos, razone las posibilidades de éxito con que puedan contar los siguientes argumentos defensivos esgrimidos en el trámite de contestación por el demandado, Don JAVIER:*

a) Aduce y acredita documentalmente Don JAVIER que él accedió al cargo de administrador único de la mercantil el 17 de septiembre de 2012, por cuyo motivo no puede exigírsele por vía de responsabilidad una deuda que la sociedad Bitácora contrajo antes de que ostentase tal condición.

b) Aduce Don JAVIER que cuando la sociedad Albatros accedió a servirle los materiales que generaron la deuda reclamada, esta mercantil era ya conocedora de que la sociedad Bitácora se encontraba en una situación de pérdidas cualificadas, habiéndose convenido por ambas entidades el suministro de la mercancía con aplazamiento del precio como medio de posibilitar la salida de la sociedad Bitácora de la crítica situación en la que se encontraba. La sociedad Albatros fijó este extremo en la audiencia previa como punto controvertido, negando tanto el referido estado de conciencia como el invocado compromiso de ayuda a la sociedad Bitácora. Por su parte, Don JAVIER no logró acreditar en el proceso ni una cosa ni la otra. Al propio tiempo había razonado Don JAVIER, como un argumento de descargo más, que él no adquirió conciencia de que su sociedad hubiera incurrido en pérdidas cualificadas hasta el 31 de marzo de 2013, último día del plazo previsto para la formulación de las cuentas del ejercicio precedente, fecha en la que, efectivamente, llevó a cabo tal formulación, alegando -y probando documentalmente- que cesó a voluntad propia en el cargo de administrador que había venido desempeñando el día 10 de mayo de 2013, y, por lo tanto, antes de expirar el plazo de dos meses previsto en el art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital para la convocatoria de junta general con fines disolutorios. Ese cese, pese a constar de modo fehaciente, no tuvo acceso al Registro Mercantil.

c) Argumentó también el demandado que la causa de disolución es posterior al nacimiento de la deuda por cuanto él no llegó a ser consciente de esa causa de disolución hasta el 31 de marzo de 2013, con lo que no se cumpliría el requisito temporal establecido



por el art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital. Subsidiariamente, razonó que, en el peor de los casos, la situación de pérdidas cualificadas no podía considerarse concurrente hasta el 31 de diciembre de 2013, fecha de cierre del ejercicio en el que tal situación se pone de manifiesto y que es también posterior en el tiempo a la de nacimiento de la deuda. Aduce al respecto la circunstancia, que ya constaba en la certificación registral aportada por la actora, de que el ejercicio anterior, 2011, se cerró con una cifra de patrimonio neto superior a la mitad del capital social.

V.- La sociedad Albatros, sociedad de responsabilidad limitada de carácter familiar, está integrada por cuatro socios: los hermanos Don MANUEL (20 % del capital), Don JOSÉ (20 % del capital), Don ANTONIO (20 % del capital) y el padre de todos ellos y fundador de la mercantil Don EMILIO (40 % del capital), quien ostenta, además, el cargo de administrador único de la mercantil, cargo para el cual los estatutos sociales no contemplan retribución alguna. En el pasado, Don EMILIO había llegado a tener la totalidad del capital, al haber adquirido la parte que correspondía al otro cofundador, Don JORGE. Al poco tiempo de esta adquisición, Don EMILIO quiso transmitir equitativamente a sus tres hijos una parte considerable del capital, para lo cual otorgaron todos ellos escritura pública el 14 de febrero de 2013, en la que quedó distribuido el capital de la forma ya expuesta. En dicho instrumento público, además de pactarse determinadas contraprestaciones de los hijos en favor del padre, se estableció por acuerdo de todos los otorgantes que, en tanto Don EMILIO ostentase el cargo de administrador único de la mercantil, percibiría anualmente un 5 % de los beneficios, antes de impuestos, obtenidos en cada ejercicio, todo ello sin que se hubieran modificado los estatutos sociales.

Pronto surgen entre los socios diferencias irreconciliables, tanto por motivos personales como por razones de carácter organizativo, lo que determina que se formen en el seno de la mercantil dos grupos enfrentados y bien definidos: por un lado, el integrado por Don MANUEL y Don JOSÉ y, por otro, el formado por Don ANTONIO y Don EMILIO, siendo desde entonces constantes las demandas de impugnación que los dos primeros interponen contra los acuerdos de la sociedad que salen adelante con el respaldo del grupo mayoritario integrado por los dos segundos.

El 30 de junio de 2016 la sociedad Albatros celebra junta general de socios. Todos los acuerdos adoptados en ella fueron impugnados mediante demanda interpuesta conjuntamente contra la sociedad por Don MANUEL y Don JOSÉ, suscitándose dentro del debate procesal, entre otras, las siguientes cuestiones:

a) El primer motivo de impugnación que, según la demanda, viciaría de nulidad la totalidad de los acuerdos adoptados, se funda en el hecho de que el presidente de la junta, Don EMILIO, negó la participación en la misma a Don JOSÉ, aduciendo que la sociedad tenía noticias fidedignas de que dicho socio había vendido su participación a un tercero, por



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Dictamen pruebas de especialización en los asuntos propios de lo mercantil (Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de 11 de mayo de 2017)

lo que, sin perjuicio de las acciones que la mercantil pudiera emprender por haberse llevado a cabo dicha operación sin la observancia de las reglas sobre transmisibilidad, dicho socio ya no tenía la cualidad de tal y, por lo tanto, no podía admitirse su participación en la junta. En la demanda se niega de manera rotunda que Don JOSE haya transmitido sus participaciones. La sociedad demandada, consciente de que carece de medios probatorios para acreditar la alegada transmisión, asume en su escrito de contestación que, en efecto, Don JOSÉ debió ser admitido a participar en la junta. Sin embargo, argumenta que tal circunstancia no es suficiente para viciar los acuerdos adoptados, en aplicación del criterio jurisprudencial conocido como “prueba de la resistencia”, exponiendo que, con o sin la participación de Don JOSÉ, los acuerdos habrían obtenido el respaldo del 60% del capital social, que es la proporción ostentada por el grupo mayoritario (Don ANTONIO y Don EMILIO), por lo que el resultado de la junta hubiera sido exactamente el mismo.

Quinta pregunta: *¿Es aceptable este argumento defensivo de la sociedad? Razone la respuesta.*

b) Uno de los acuerdos adoptados consistió en fijar en 80.000 € la retribución que correspondía percibir a Don EMILIO por haber desempeñado durante 2015 el cargo de administrador, al representar esa suma el 5 % de los beneficios, antes de impuestos, obtenidos en dicho ejercicio. En su demanda, los actores Don MANUEL y Don JOSÉ, pese a reconocer que prestaron su consentimiento a la referida retribución en la escritura pública de 14 de febrero de 2013, y, sin negar eficacia entre las partes a dicho contrato, consideran que el acuerdo es nulo por contrario al art. 217-1 LSC, al no contemplar los estatutos de la sociedad retribución alguna para los administradores. Invocaron al respecto el reiterado criterio jurisprudencial contrario a la oponibilidad a la sociedad de los pactos parasociales. Por su parte, la sociedad argumentó en su escrito de contestación que, al no cuestionar los demandantes la validez de ese pacto parasocial, su actitud impugnando el acuerdo societario que era respetuoso con él constituía una actitud contraria a las exigencias de la buena fe (art. 7 del Código Civil).

Sexta pregunta: *¿Puede ser acogido el argumento impugnatorio contenido en la demanda? Razone la respuesta.*

c) Otro de los acuerdos adoptados consistió en una modificación estatutaria por virtud de la cual se confirió al cargo de administrador el carácter de cargo retribuido, del que hasta ese momento carecía. El nuevo precepto estatutario, además de proclamar el carácter retribuido del cargo, estableció que el sistema de remuneración consistiría en la cantidad que estableciera cada año la junta general. En la demanda se argumentó que dicho acuerdo era ilegal, por contrario al art. 217 LSC.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Dictamen pruebas de especialización en los asuntos propios de lo mercantil (Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de 11 de mayo de 2017)

Séptima pregunta: *¿Es aceptable este motivo de impugnación? Razone la respuesta.*

VI.- Los dos socios más jóvenes de Albatros, que están más al tanto de las nuevas tecnologías, plantean al resto la posibilidad de escindir la rama de actividad consistente en imprenta, para constituir una nueva sociedad de responsabilidad limitada dedicada al diseño y la impresión digitales. Llevada la cuestión a junta general, el acuerdo de escisión es aprobado con el voto favorable del padre y dos de los hermanos, oponiéndose el tercero.

Octava pregunta:

- a) *¿El socio discrepante tendría derecho de separación?*
- b) *¿Qué medios de impugnación del acuerdo de escisión tendría?*
- c) *¿Qué efectos tendría una hipotética sentencia estimatoria de la impugnación?*
- d) *En caso de que se desestimara la impugnación, ¿qué efectos tendría la escisión sobre los socios de la sociedad escindida?*
- e) *¿Cómo se tutelan legalmente los derechos de los acreedores de la sociedad Albatros?*
- f) *¿La escisión conllevaría necesariamente una reducción de capital de Albatros? ¿En su caso, cómo repercutiría en los acuerdos a adoptar?*

VII.- La sociedad Albatros adeudaba a una empresa denominada “Cartonajes Peninsulares, S.L.” 50.000 € por compra de mercancía. Para realizar el suministro, Cartonajes exigió que la deuda se documentara en una letra de cambio aceptada por Albatros y que figurara como avalista su administrador, Don Emilio. Llegado el vencimiento de la cambial, resultó impagada por Albatros, por lo que el Banco del Tajo, tenedor de la letra por descuento, requirió de pago extrajudicialmente al avalista, que la abonó para evitar que embargaran sus bienes.

Acto seguido, D. Emilio presentó ante el juzgado de primera instancia una demanda de juicio ordinario contra Albatros, en reclamación del importe por el pago hecho al tenedor de la letra. La diligencia de emplazamiento se entendió con el propio D. Emilio, en su calidad de administrador social, el cual no dijo nada al resto de socios y dejó pasar el plazo de contestación a la demanda sin oponerse. El juzgado dictó sentencia en rebeldía, íntegramente estimatoria de la demanda.

La primera noticia de estos hechos que tuvieron los socios no administradores de Albatros tuvo lugar en la primera junta general posterior al dictado de la sentencia, en la que el administrador social dio cuenta de lo sucedido.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Dictamen pruebas de especialización en los asuntos propios de lo mercantil (Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de 11 de mayo de 2017)

Novena pregunta:

- a) *¿Tenía D. Emilio el deber de poner en conocimiento de la sociedad que había hecho un pago como garante de ella y que le iba a presentar una demanda?*
- b) *¿Debió hacer D. Emilio, al recibir el emplazamiento, algo distinto de lo que hizo?*
- c) *¿La sociedad tiene algún tipo de acción frente al administrador?*
- d) *¿Qué sucedería si el avalista de la letra y demandante frente a la sociedad, en vez de D. Emilio, fuera una sociedad limitada en la que D. Emilio tuviera el 51% del capital social?*
- e) *¿Cambiaría la situación según los hechos hubieran ocurrido antes o después de la entrada en vigor de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre?*



Dictamen de las pruebas de promoción y especialización en los asuntos propios de los órganos de lo mercantil (Acuerdo de 4 de junio de 2020)

Consejo General del Poder Judicial

CONCURSAL

1. Antonio fue socio único y administrador de una sociedad limitada unipersonal, «Antonius S.L.U.». Antonio, como persona física, en su propio nombre, arrendó un local de su propiedad personal a la sociedad «Antonius S.L.U.», y fijó un importe de renta, pagadera mensualmente, acorde con el usual en el mercado.

Las rentas mensuales del arrendamiento no fueron pagadas y se generó una deuda por el importe de las rentas impagadas, siendo deudor «Antonius S.L.U.» y acreedor, Antonio.

Un año después de iniciado el arrendamiento del local, Antonio vendió a un tercero todas las participaciones sociales de «Antonius S.L.U.» y cesó como administrador social. El arrendamiento del local continuó, pero el arrendatario, la sociedad «Antonius S.L.U.», siguió sin pagar las rentas.

Seis meses después de que Antonio vendiera a un tercero las participaciones sociales y cesara como administrador, «Antonius S.L.U.» fue declarada en concurso. Antonio comunicó en plazo su crédito por las rentas impagadas. La administración concursal calificó su crédito como subordinado.

Antonio impugna la calificación de su crédito como subordinado dado que en el momento de declaración del concurso carecía de cualquier relación con la sociedad concursada.

Pregunta: Resuelve la impugnación que Antonio ha hecho de la calificación concursal de su crédito. Razona cuál es la calificación correcta (bien de todo el crédito, bien distinguiendo entre unas partidas y otras, según lo que consideres correcto)

2. Juan Ramón es acreedor concursal de la sociedad «Relax S.L.» porque le había prestado un servicio de asesoría con anterioridad a la declaración de concurso, si bien hubo de demandar a «Relax S.L.» porque esta no le pagó los honorarios convenidos. A su vez, Juan Ramón había comprado algunos bienes a «Relax S.L.», también antes de la declaración de concurso, que no pagó a la vista del impago de sus honorarios.

Juan Ramón comunica su crédito a la administración concursal. Esta, al elaborar el informe y los documentos que deben acompañarlo, incluye en la lista de acreedores el crédito por los honorarios de asesoría comunicado por Juan Ramón, e incluye en el inventario de la masa activa el crédito del que la sociedad concursada es titular frente a Juan Ramón por los bienes que le vendió.

Juan Ramón promueve un incidente concursal en el que solicita que se compensen ambos créditos pues, alega, los requisitos de la compensación concurrían con anterioridad a la

declaración de concurso, ya que tanto el crédito por los honorarios de asesoría como el crédito por el importe de los bienes vendidos se devengaron antes de la declaración de concurso.

La administración concursal se opone a la solicitud de compensación por dos razones:

i) porque la sentencia que reconoció el crédito de Juan Ramón frente a «Relax S.L.» se dictó tras la declaración de concurso;

ii) porque es incompatible comunicar un crédito con oponer más adelante su compensación.

Pregunta: resuelve motivadamente el incidente concursal promovido por Juan Ramón, a la vista de cuál es la pretensión formulada y cuáles los motivos por los que la administración concursal se opone a tal pretensión

3. Pedro alega tener un crédito frente a la sociedad «Biblos S.A.», que esta niega, por lo que, pese a admitir que se trata de un crédito no vencido, Pedro interpone una demanda en la que ejercita una acción declarativa para que se reconozca su derecho de crédito y su vencimiento y exigibilidad en determinada fecha.

Poco después, al tener conocimiento de que «Biblos S.A.» se halla en situación de insolvencia y que existen diversas ejecuciones singulares dirigidas contra ella, promovidas por otros acreedores, Pedro presenta una solicitud de declaración de concurso de «Biblos S.A.».

Admitida a trámite la solicitud y emplazada «Biblos S.A.», esta se opone a la solicitud. En primer lugar, «Biblos S.A.» alega la excepción de cosa juzgada por cuanto que hace dos años el mismo acreedor instó una solicitud de concurso necesario contra ella, que se inadmitió por no concurrir los presupuestos necesarios para la declaración de concurso, pues «Biblos S.A.» no se encontraba en situación de insolvencia. Como segundo motivo, «Biblos S.A.» niega que Pedro esté legitimado para solicitar su declaración de concurso, puesto que

i) Pedro esgrime un derecho de crédito que está siendo objeto de litigio pues «Biblos S.A.» no lo reconoce;

ii) Incluso en caso de aceptarse la existencia de ese crédito, se trataría de un crédito de cuantía inferior al pretendido por Pedro;

iii) Además, se trataría de un crédito no vencido, como reconoce el propio Pedro, por lo que incluso de aceptarse la existencia del crédito, tal crédito es irrelevante para apreciar si el deudor es o no solvente, ya que no estaría obligado a satisfacerlo en una fecha próxima.

Preguntas: a) resuelve motivadamente la oposición de «Biblos S.A.» basada en la excepción de cosa juzgada

b) resuelve motivadamente la oposición de «Biblos S.A.» basada en la excepción de falta de legitimación activa de Pedro por las diversas razones alegadas para fundamentar tal excepción

Aunque consideraras estimable alguna de las causas de oposición, debes pronunciarte sobre todas ellas.

4. La sociedad «Xarxa S.A.» está integrada por cinco socios, cada uno de los cuales es titular de acciones que representan el 20% del capital social. En el último ejercicio social, «Xarxa S.A.» obtuvo unos resultados que le permitían repartir dividendos con cargo a beneficios. Los administradores sociales formularon las cuentas anuales y propusieron el reparto de tales dividendos. En la junta de socios ordinaria, al decidir sobre la aplicación del resultado del ejercicio, los socios aprobaron el acuerdo de reparto de dividendos con cargo a los beneficios obtenidos en el último ejercicio, respetando las exigencias legales y estatutarias sobre reservas y valor del patrimonio social neto resultante.

Inmediatamente después de adoptado dicho acuerdo y antes de que se hiciera efectivo el pago de los dividendos a los socios, el sector en el que operaba «Xarxa S.A.» entró en una grave crisis que le provocó repentinamente importantes pérdidas, que provocaron que la sociedad entrara en situación de insolvencia, al no poder cumplir sus obligaciones.

Ante tal situación, los administradores sociales, a instancia de los socios, acordaron hacer efectivo el acuerdo de reparto de dividendos adoptado en la anterior junta, pues aún no había sido ejecutado, y los dividendos fueron pagados inmediatamente. Cuatro semanas después, se solicitó la declaración de concurso voluntario.

Declarado el concurso, la administración concursal ejercitó contra los socios de «Xarxa S.A.» la acción rescisoria concursal respecto del reparto de los dividendos en las semanas previas a la solicitud de concurso.

Los socios se opusieron a la demanda. Como argumentos principales, alegaron:

i) El acuerdo de reparto de dividendos cumplió los requisitos legales y no había sido impugnado, por lo que el pago de los dividendos era un acto debido, pues supuso la ejecución de un acuerdo social legal y eficaz y el cumplimiento de una obligación social vencida y exigible, nacida del citado acuerdo de aplicación del resultado por el que los socios pasaron a ser acreedores de tales dividendos;

ii) La administración concursal demandante no había probado que el reparto de los dividendos hubiera provocado o agravado la insolvencia de la sociedad. La falta de prueba de dicho extremo debía llevar a la desestimación de la demanda.

Pregunta ¿Puede estimarse la acción rescisoria concursal? Razona tu decisión tanto si es afirmativa como negativa, tomando en consideración las razones por las que los socios se opusieron a la demanda.

5. En el concurso de acreedores de «Libros del Milenio S.A», que se encuentra en fase de liquidación, la administración concursal comunica al juez del concurso que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa y propone un determinado orden de pago de tales créditos.

En lo que aquí interesa, propone, en primer lugar, que ese orden de pago se aplique exclusivamente a los créditos contra la masa que se devenguen a partir de esa comunicación.

En segundo lugar, alega que el crédito correspondiente a sus honorarios devengados y pendientes de pago hasta ese momento, así como el correspondiente a los honorarios por todas las actuaciones que realice a partir de ese momento, corresponde a actuaciones imprescindibles para la liquidación, por lo que solicita que sean pagados como gastos prededucibles.

Varios acreedores, titulares de créditos contra la masa, se oponen a la pretensión de la administración concursal.

Pregunta: ¿Qué respuesta debe dar el juez del concurso a la propuesta de la administración concursal, en sus dos apartados?

6. En la sección de calificación de la sociedad «Repuestos Intxausti S.L.», dentro de los diez días siguientes a la última publicación de la resolución que acordó la formación de dicha sección, el acreedor Iñaki se personó en la sección, solicitó ser parte, realizó las alegaciones que consideró relevantes para la calificación del concurso como culpable y solicitó que el concurso se declarase culpable por alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores, al haber transmitido fraudulentamente la sociedad determinados bienes a su administrador único, y por incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso, puesto que la solicitud se presentó transcurrido con creces el plazo en que legalmente debió ser solicitado. El acreedor solicitó que se declarara a Aitor, administrador único de Repuestos Intxausti S.L., como persona afectada por la calificación, se le inhabilitara para administrar los bienes ajenos y para representar a cualquier persona durante dos años, se le condenara a devolver los bienes que había obtenido indebidamente de la sociedad ahora concursada, a la pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal y a indemnizar los daños y perjuicios provocados por el retraso en la presentación de la solicitud de concurso, y se le condenara asimismo a la cobertura de todo el déficit concursal.

La administración concursal presentó un informe en el que solicitó que el concurso se declarara culpable, pero exclusivamente por el retraso en la solicitud de concurso. Pidió que se declarara a Aitor, administrador único de «Repuestos Intxausti S.L.», como persona afectada por la calificación. No hizo solicitud alguna respecto de la inhabilitación del administrador de la sociedad concursada, y solo solicitó que se le condenase a Aitor a indemnizar en los daños y perjuicios causados por el retraso en la solicitud de concurso.

El Ministerio Fiscal, en su dictamen, se adhirió a las pretensiones formuladas por la administración concursal.

El juez mercantil considera probados todos los hechos alegados por el acreedor en su escrito de alegaciones y considera que el concurso debe ser calificado como culpable.

Pregunta: Responde motivadamente, y con el desarrollo adecuado de las cuestiones relevantes, a las siguientes cuestiones:

a) *¿Por qué causas puede ser declarado culpable el concurso de Repuestos Intxausti S.L. en la sentencia que ha de dictar el juez mercantil?*

b) *¿Qué pronunciamientos condenatorios puede contener la sentencia respecto del administrador de la sociedad concursada?*

c) *Si el Juzgado Mercantil hubiera dictado una sentencia en la que hubiera calificado el concurso como fortuito y el Ministerio Fiscal y la administración concursal hubieran decidido no apelar la sentencia, ¿podría apelarla el acreedor Luciano?*

7. En el concurso voluntario de la persona física Asunción, la Tesorería General de la Seguridad Social (en lo sucesivo, TGSS) comunicó un crédito por un importe total de 1.600.000 euros. El crédito tiene su origen en un expediente de derivación de responsabilidad del artículo 33.2.a del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, seguido frente a Asunción por las deudas que la sociedad «Pincha, S.A.» (de la que Asunción es administradora única) mantiene con la TGSS, que se desglosan en 1.400.000 euros de las cuotas de la seguridad social no ingresadas, 130.000 euros de recargos de apremio y 70.000 euros de intereses de demora.

En el informe provisional de la administración concursal, se califica como subordinado la totalidad del crédito de la TGSS, por importe de 1.600.000 euros, por considerar que la responsabilidad de Asunción basada en el precepto invocado por la TGSS tiene naturaleza sancionadora y, como tal sanción, ha de ser calificada en el concurso como crédito subordinado, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 92.4º de la Ley Concursal.

La TGSS presenta demanda incidental en la que impugna la calificación de su crédito como subordinado, pues considera que es una deuda autónoma e independiente, que se configura como una responsabilidad objetiva, derivada de la ley, y no como una sanción, y pide que todo su crédito se califique como crédito con privilegio general.

Pregunta: Da una respuesta razonada y detallada al incidente sobre la calificación del crédito de la TGSS

8. «Ladrillos S.L.», sociedad que se dedica a la promoción, edificación y construcción de edificios, fue declarada en concurso voluntario por el Juzgado de lo Mercantil 10 de Madrid.

Abierta la fase de liquidación, la administración concursal presentó al juez del concurso un plan de liquidación en el que se preveía la venta de la unidad productiva consistente en la transmisión de un solar hipotecado en la calle Gran Vía de Madrid, propiedad de «Ladrillos S.L.», donde esta estaba llevando a cabo la promoción y construcción de un edificio de viviendas de lujo y oficinas. La venta de la unidad productiva se realizaría sin subsistencia de la hipoteca.

La unidad productiva está integrada por el citado solar en construcción además del proyecto arquitectónico, los contratos de suministro de material, las autorizaciones administrativas para la construcción y toda la cartera de clientes que ya han comprometido la compra de viviendas y oficinas.

La unidad productiva se ha valorado por la administración concursal, a efectos de su venta, en 5 millones de euros. Dentro de ella, se ha valorado en 4 millones de euros el solar y la construcción del edificio ya iniciada.

BBVA es titular de una hipoteca que grava el solar y el edificio en construcción, que garantiza el pago de un préstamo de 5 millones de euros (importe que ha sido entregado en su totalidad al prestatario, «Ladrillos S.L.»), 600.000 euros de intereses y 400.000 euros de costas, en total, 6 millones de euros.

El plan de liquidación propuesto por la administración concursal prevé que el precio obtenido por la venta de la unidad productiva se distribuirá de conformidad con lo determinado en el artículo 149.2.a) de la Ley Concursal (art. 214.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal), por lo que corresponderá al acreedor con privilegio especial la parte del precio obtenido proporcional al valor que el bien sobre el que se ha constituido la hipoteca suponga respecto del valor global de la unidad productiva que se pretende transmitir. La parte del crédito garantizado que no quedase satisfecha tendría la calificación crediticia que le corresponda según su naturaleza.

BBVA ha presentado alegaciones al plan de liquidación en las que se opone a la venta de la unidad productiva sin subsistencia de la hipoteca en los términos establecidos en el artículo 149.2 de la Ley Concursal. Se alega además que ya había iniciado la ejecución separada de la hipoteca antes de la apertura de la liquidación, que había quedado en suspenso con la declaración de concurso al considerarse bienes necesarios los bienes objeto de la ejecución hipotecaria.

La concursada y la administración concursal se oponen a las alegaciones al plan de liquidación hechas por BBVA y alegan que el art. 149.2 de la Ley Concursal recoge normas supletorias que no vinculan al juez del concurso; este debe fijar el plan de liquidación que proteja mejor los intereses del concurso.

Preguntas: a) ¿Cuál sería la resolución que debe adoptar el juez del concurso?

b) ¿Qué ocurriría si, por el contrario, BBVA hubiera mostrado su conformidad con el plan de liquidación propuesto por la administración concursal?

9. «Lanas S.L.» fue declarada en concurso por auto del Juzgado Mercantil 10 de Barcelona de 15 de junio de 2019. En octubre de 2019, «Servicios Energéticos de Barcelona, S.L.U.» interpuso una demanda de incidente concursal contra la concursada «Lanas S.L.» y la administración concursal, en la que solicitaba la resolución de los contratos de suministro de energía eléctrica y gas natural suscritos entre la concursada y la demandante, por el impago de las facturas correspondientes al suministro de gas y electricidad en el periodo comprendido entre enero y mayo de 2019, esto es, el inmediatamente anterior a la declaración de concurso. Como pretensión subsidiaria, solicitaba, para el caso que se mantuvieran los contratos por ser considerados de interés para el concurso, que se acuerde el pago inmediato, con cargo a la masa, de la totalidad del crédito derivado de estos contratos.

La administración concursal se opone a la demanda. Alega que en ningún caso procedería la resolución de los contratos de suministro de gas y electricidad pues se trata de contratos de interés para el concurso por ser imprescindibles para la continuación de la actividad. Y que tampoco procede la resolución contractual pretendida, pues ha pagado los suministros de gas y electricidad realizados tras la declaración de concurso, por lo que el crédito de «Servicios Energéticos de Barcelona, S.L.U.», anterior a la declaración de concurso, es un crédito concursal ordinario, que ha de integrarse en la masa pasiva del concurso y ha de resultar afectado por el convenio o por la liquidación del concurso.

Como consecuencia de lo anterior, la administración concursal alega que en ningún caso podría acordarse el pago con cargo a la masa de la cantidad adeudada por los suministros

anteriores a la declaración de concurso, que se ha calificado como crédito concursal ordinario puesto que, de acordarse tal pago, se alteraría la *par condicio creditorum*. Y menos aún procedería acordar el pago inmediato de tal crédito, con anterioridad a otros créditos contra la masa de vencimiento anterior.

Pregunta: ¿Cómo resolverías este incidente, a la vista de las pretensiones formuladas en la demanda incidental y de los argumentos de defensa utilizados por la administración concursal?

10. «Limonos La Rambla S.L.» tenía su domicilio social en Alcantarilla, Murcia. En un momento determinado, su domicilio social fue trasladado a París. En la misma fecha, se canceló su inscripción en el registro mercantil español. A raíz del traslado de su domicilio social, «Limonos La Rambla» fue inscrita en el registro de sociedades de Francia con la mención «EE» («Entreprise étrangère», sociedad extranjera). «Limonos La Rambla EE» mantuvo unas instalaciones en Alcantarilla en las que procesaba los limones que comercializaba. En esas instalaciones había también unas oficinas dedicadas a labores administrativas.

Transcurrido un año desde este traslado del domicilio social, «Limonos La Rambla EE» instó antes un tribunal de comercio francés la apertura de un procedimiento principal de insolvencia. El tribunal francés abrió dicho procedimiento principal de insolvencia, en concreto un procedimiento de «liquidation judiciaire», y nombró un «mandataire liquidateur».

Al mes siguiente, «Camiones Paco Pepe S.L.», sociedad a la que «Limonos La Rambla EE» había dejado impagados varios portes de mercancías, solicitó al Juzgado mercantil de Murcia la declaración de concurso de la sociedad deudora. Y solicitó que fuese abierto como procedimiento de insolvencia principal, a fin de integrar en su masa activa los bienes trasladados a Francia, puesto que el centro de intereses principales del deudor se hallaba realmente en Alcantarilla, ya que en París solo había alquilado una oficina, aunque la sociedad deudora ha trasladado a Francia importantes activos con la finalidad de que sus acreedores en España no puedan embargarlos.

Pregunta: a) ¿Qué decisión, y con qué alcance, debe adoptar el Juzgado Mercantil de Murcia?

b) Caso de que no se hubiera abierto ningún procedimiento de insolvencia en Francia y se abriera un procedimiento de insolvencia principal en España, por estimarse que tenía en España su centro de intereses principales

b-1) ¿qué efectos podía tener el procedimiento de insolvencia principal abierto en España respecto de los bienes de la sociedad deudora existentes en Francia?

b-2) ¿Qué opciones tenían sus acreedores franceses, con deudas derivadas de la actuación en Francia de la sociedad deudora a través del establecimiento situado allí?

b-3) De existir solamente el concurso principal abierto en España, ¿podría aplicar el Juzgado Mercantil de Murcia la ley española a la extinción, dentro del procedimiento

concurzal, de los contratos de trabajo de los empleados contratados en Francia por la concursada?

11. En el concurso de la sociedad «Antracitas del Bierzo S.A.», la sociedad declarada en concurso formula una solicitud ante el juez del concurso para la extinción colectiva de los contratos de trabajo de todos los trabajadores de dicha sociedad. La representación de los trabajadores considera relevante el hecho de que «Antracitas del Bierzo S.A.» esté integrada en un grupo societario, cuyos integrantes constituyen una unidad de empresa, con una caja única, y que los trabajadores que formalmente están contratados por «Antracitas del Bierzo S.A.», en realidad prestan sus servicios a otras sociedades del grupo en situación económica saneada, por lo que no procedería acordar la extinción colectiva solicitada, que para la representación de los trabajadores solo tiene por finalidad despedir a los trabajadores con una indemnización menor de la que correspondería en una situación no concursal y sustituirlos por otros trabajadores con un menor salario, que serían ya contratados formalmente por esas otras sociedades del grupo.

Pregunta: a) ¿Cómo, en qué momentos, mediante qué actuaciones y por qué cauces procesales, y ante qué órganos judiciales puede plantear la representación de los trabajadores tal cuestión para conseguir que no se apruebe la extinción colectiva de los contratos de trabajo?

b) ¿Qué actuaciones, por qué cauces procesales y ante qué órganos judiciales puede cada trabajador afectado pretender que no se extinga su particular relación laboral o, subsidiariamente, que esa extinción se produzca en los términos más favorables para el trabajador?

SOCIETARIO

12. La sociedad «Cefalópodo S.A.» celebró una junta en la que, entre otros acuerdos, se nombró a D. Agapito como administrador único. Al final de la junta, se aprobó el acta en que se recogieron los acuerdos adoptados.

D. Fernando, socio de la sociedad «Cefalópodo S.A.», impugnó el acuerdo social que nombró como administrador social único a D. Agapito. Basó su impugnación en que D. Agapito estaba incurso en una incompatibilidad legal para ser administrador social.

Estando pendiente este proceso, D. Agapito convocó la junta ordinaria en la que se adoptaron varios acuerdos (entre otros, aprobación de las cuentas anuales y aplicación del resultado, y nombramiento de auditor de cuentas).

Poco después, se dictó sentencia en la que se estimó la demanda interpuesta por D. Fernando y se declaró la nulidad del acuerdo de nombramiento de D. Agapito como administrador social de «Cefalópodo S.A.». Esta sentencia quedó firme porque no fue recurrida.

Acto seguido, D. Fernando interpuso una demanda en la que solicitó que se declarara la nulidad de los acuerdos adoptados en la junta ordinaria celebrada durante la pendencia del proceso de impugnación del nombramiento de D. Agapito como administrador. Basó su

impugnación en que dicha junta fue convocada por el administrador cuyo nombramiento había sido anulado; que la nulidad del acuerdo de nombramiento de administrador producía efectos *ex tunc* y, por tanto, la convocatoria de la junta por dicho administrador durante la pendencia del proceso en que se impugnó su nombramiento, fue ilegal porque se hizo por quien no podía ser considerado administrador, lo que determinaba la nulidad de los acuerdos adoptados en una junta convocada ilegalmente.

Pregunta: ¿Puede estimarse la demanda de anulación de los acuerdos adoptados en la junta convocada por D. Agapito antes de que su nombramiento fuera anulado? Razona brevemente tu respuesta, sea afirmativa o negativa.

13. La sociedad «Energías Renovables del Somontano S.A.», cuyo objeto social es la generación de energía procedente de fuentes renovables, traspasó en bloque, por sucesión universal, la parte del patrimonio social relacionada con la generación de energía geotérmica (que, por su especificidad, formaba una unidad económica) a una sociedad de nueva creación, llamada «Geotérmica del Somontano S.A.».

«Energías Renovables del Somontano S.A.» conservó el patrimonio social relacionado con la generación de energía solar y eólica. Las acciones de «Geotérmica del Somontano S.A.» se distribuyeron entre los socios de «Energías Renovables del Somontano S.A.».

«Excavaciones XXI S.A.» había sido contratada por «Energías Renovables del Somontano S.A.» para realizar una obra relacionada con la actividad de generación de energía geotérmica. Al resultar impagado su crédito, que venció en un momento posterior a la escisión parcial, interpuso una demanda contra la sociedad escindida, «Energías Renovables del Somontano S.A.», pues alegó que esta era la sociedad con la que contrató en su día, antes de que se produjera la escisión parcial, y que esta modificación estructural no le impide demandar a la sociedad escindida, puesto que en el patrimonio social transmitido a «Geotérmica del Somontano S.A.», el pasivo es muy superior al activo, por lo que su reclamación frente a esta sociedad sería infructuosa.

«Energías Renovables del Somontano S.A.» se opone a la demanda de «Excavaciones XXI S.A.».

i) En primer lugar, opone su falta de legitimación pasiva porque la deuda ha sido transmitida a «Geotérmica del Somontano S.A.» en la escisión parcial, en que se transmitió a la sociedad beneficiaria de la escisión la parte del patrimonio social relacionada con la generación de energía geotérmica, tanto los activos como los pasivos.

ii) Subsidiariamente, alega la falta de litisconsorcio pasivo necesario porque no ha sido demandada también «Geotérmica del Somontano S.A.», titular de la unidad económica en la que se generó la deuda.

iii) Como último argumento de defensa, alega que «Excavaciones XXI S.A.» no se opuso a la escisión parcial, pese a que le fue comunicada por escrito. Por tal razón, al no haberse opuesto a la transmisión en bloque del patrimonio social relacionado con la generación de energía geotérmica y haberse producido una sucesión universal en la titularidad de ese patrimonio, «Excavaciones XXI S.A.» solo puede reclamar el pago de la deuda a la sociedad

beneficiaria de la escisión, «Geotérmica del Somontano S.A.», pero no a la escindida, «Energías Renovables del Somontano S.A.»

Pregunta: a) ¿Es atendible la excepción de falta de legitimación pasiva o la de falta del litisconsorcio pasivo necesario opuesta por «Energías Renovables del Somontano S.A.»?

b) ¿Resulta un óbice a la estimación de la demanda dirigida contra «Energías Renovables del Somontano S.A.» que la demandante, «Excavaciones XXI S.A.», no se haya opuesto a la escisión parcial, pese a que le fue comunicada por escrito?

14. La sociedad «Fortis S.L.» es socio minoritario de «Altius S.A.». «Fortis S.L.» es nombrada, por el sistema de representación proporcional, miembro del consejo de administración de «Altius S.A.». Conforme a lo previsto en el art. 212.bis LSC, «Fortis S.L.» designa a D. Felipe como persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de consejera de «Altius S.A.».

D. Felipe desarrolla, por cuenta propia, actividades que entrañan una competencia efectiva con «Altius S.A.», sin que haya obtenido una dispensa aprobada por la junta general de esta sociedad.

En la siguiente junta social, a propuesta de un socio, «Fortis S.L.» es cesada como miembro del consejo de administración de «Altius S.A.», con el voto de la mayoría de los socios, por haber incumplido el deber de lealtad.

«Fortis S.L.» impugna el acuerdo social que le cesa como miembro del consejo de administración de «Altius S.A.». Las razones en que fundamenta su impugnación pueden resumirse así:

i) Su cese como miembro del consejo de administración no aparecía incluido en el orden del día de la junta social en que se adoptó el acuerdo de cese, pues este fue propuesto en la propia junta por un socio que carecía de la condición de administrador social.

ii) Dado que fue nombrada miembro del consejo de administración por los socios minoritarios que agruparon sus acciones, mediante el sistema de representación proporcional del art. 243 LSC, no puede ser cesada por el voto de la mayoría, que no intervino en su nombramiento.

iii) Como último argumento de su demanda, alega que «Fortis S.L.» no ha infringido el deber de lealtad. Quien ha realizado la actividad que entra en competencia efectiva con «Altius S.A.» es D. Felipe, no «Fortis S.L.». D. Felipe, en tanto que persona natural designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador, no se encuentra en la relación de personas vinculadas a los administradores del art. 231 LSC.

Pregunta: Resuelve la acción de impugnación del acuerdo de cese formulada por «Fortis S.L.». Da respuesta motivada a los tres argumentos en que se basa la acción de impugnación del acuerdo. Aunque consideraras estimable uno de los argumentos de la oposición a la demanda, no debes dejar de resolver los demás.

15. La sociedad «Marioneta S.A.» es titular de 100 participaciones sociales de la sociedad «Leopardo S.L.». Como consecuencia de una operación de fusión por absorción, «Marioneta S.A.» resulta absorbida por «Juguetes S.A.», por lo que la personalidad jurídica de «Marioneta S.A.» resulta extinguida y su patrimonio social resulta transmitido en bloque a «Juguetes S.A.».

Concluida la operación de fusión por absorción, «Juguetes S.A.» la comunica a «Leopardo S.L.» para ser reconocida en lo sucesivo como socia de «Leopardo S.L.», en sustitución de «Marioneta S.A.».

«Leopardo S.L.» se niega a reconocer a «Juguetes S.A.» tal cualidad de nueva socia pues, alega, con base en lo previsto en el art. 107.2 LSC, «Marioneta S.A.» debió comunicar por escrito a los administradores sociales de «Leopardo S.L.» su propósito de transmitir las participaciones sociales de «Leopardo S.L.» a «Juguetes S.A.», para que la junta general de «Leopardo S.L.» diera su consentimiento a la transmisión o denegara tal consentimiento y comunicara la identidad de los socios que se habían mostrado interesados en adquirir tales participaciones sociales, para que estos pudieran hacer uso de su derecho de adquisición preferente.

«Juguetes S.A.» interpone una demanda contra «Leopardo S.L.» para que se le reconozca su condición de socia.

Pregunta: Resuelve motivadamente la pretensión formulada por «Juguetes S.A.» contra «Leopardo S.L.»

16. La sociedad «Entrevías S.L.» tenía repartido su capital social entre 10 socios, cada uno de los cuales era titular del 10% de las participaciones sociales. Uno de los socios comunicó que pretendía transmitir a un tercero sus participaciones sociales. La sociedad ejercitó el derecho de adquisición preferente y adquirió esas participaciones sociales, que pasaron a estar en autocartera.

En la junta social de «Entrevías S.L.» celebrada transcurridos más de tres años desde que adquirió sus propias participaciones sociales, se adoptaron los siguientes acuerdos:

1º) Vender las participaciones sociales, por su valor razonable, fijado conforme a lo previsto en la LSC para los casos de separación de socios, a un socio que ha mostrado interés en adquirirlas.

2º) Permitir el pago del precio a plazos durante 5 años, sin necesidad de que el adquirente garantice el pago aplazado, dada su reconocida solvencia.

Uno de los socios no adquirentes, que votó en contra de los dos acuerdos, presenta una demanda en la que pide la nulidad de los acuerdos sociales, por infringir la LSC.

Respecto del primer acuerdo, alega que una vez transcurridos tres años desde la adquisición derivativa de sus propias participaciones sociales, la sociedad solo podía acordar su amortización y la reducción del capital, por lo que el acuerdo de transmitir las a un socio infringe la ley.

Respecto del segundo acuerdo, el demandante alega que el aplazamiento en el pago del precio supone la concesión de asistencia financiera a los socios. Por tal razón, se infringe también la ley, y tal infracción determina la nulidad de toda la operación, esto es, de la venta con asistencia financiera.

La sociedad, al contestar la demanda, alega, respecto de la impugnación del primer acuerdo, que el transcurso del plazo máximo durante el que la sociedad podía tener las participaciones sociales en autocartera no impide que pueda venderlas.

Respecto de la impugnación del segundo acuerdo, alega que no ha incurrido en asistencia financiera puesto que no ha prestado al socio el dinero necesario para comprar sus propias participaciones sociales ni le ha avalado para obtener financiación.

Pregunta: Resuelve las dos impugnaciones razonadamente, a la vista de los argumentos del socio demandante y de la sociedad demandada.

17. El administrador social de «Orbis S.A.» ha realizado actuaciones que entran en competencia directa con la sociedad, sin haber obtenido dispensa. Juan, socio titular del 5% de las acciones de «Orbis S.A.», encarga a un economista un informe pericial, que valora en 1.000.000 euros el quebranto patrimonial que ha sufrido «Orbis S.A.» como consecuencia de la conducta de su administrador.

Preguntas: a) ¿Puede Juan ejercitar la acción responsabilidad en defensa del interés social frente al administrador social, pese a que en la junta de socios resulte rechazada su solicitud de que la sociedad ejercite la acción social para exigir al administrador responsabilidad por el daño que ha causado al patrimonio social?

b) ¿Podría ejercitar Juan directamente esa acción en defensa del interés social, sin haber solicitado siquiera en la junta social que la sociedad acuerde ejercitar la acción social de responsabilidad?

c) ¿Puede optar Juan por ejercitar la acción individual de responsabilidad contra el administrador, sin necesidad de someterlo a la junta, y reclamar, exclusivamente para él, una indemnización de 50.000 euros, importe del daño proporcional a su participación en el capital social?

18. La sociedad «Técnica S.A.» presentó una demanda de responsabilidad de administrador contra Jacinto, administrador de «Obra Hispana S.L.», sociedad que adeudaba a la demandante la suma de 34.000,31 euros, deuda derivada del impago de las mensualidades de renta desde julio de 2018 a diciembre de 2019, ambas inclusive, del arrendamiento del local que «Técnica S.A.» tiene arrendado a «Obra Hispana S.L.». En la demanda, «Técnica S.A.» solicitaba que se condenase a Jacinto a pagarle 34.000,31 euros.

La demandante alega, en primer lugar, que la sociedad «Obra Hispana S.L.» estaba incurso en causa de disolución pues a 31 de diciembre de 2018, las pérdidas sufridas por la sociedad habían dejado reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del

capital social, sin que se haya llevado a cabo la disolución y liquidación en forma de la sociedad. Por tal razón, solicitó que se condenara al administrador social de «Obra Hispana S.L.» al pago de la deuda que esta sociedad mantenía con «Técnica S.A.», como responsable solidario de las deudas sociales, en virtud de lo previsto en el art. 367 LSC.

En segundo lugar, «Técnica S.A.» alega en su demanda que el administrador social de «Obra Hispana S.L.» procedió al cierre de facto de la sociedad, que desapareció del local que ocupaba de un día para otro, lo que aconteció en mayo de 2019, sin que haya podido ser encontrada. Alega que la sociedad deudora era propietaria de varios vehículos y de maquinaria industrial, cuyo valor sobrepasaba con creces la cantidad que «Obra Hispana S.L.» adeudaba a «Técnica S.A.», bienes que han desaparecido sin que se sepa qué ha sido de ellos o del producto obtenido con su venta, por lo que, de haberse producido una liquidación ordenada, la demandante podría haber cobrado su crédito. Tal conducta, alega la demandante, debe dar lugar al éxito de la acción individual de responsabilidad del artículo 241 LSC, para el caso de que no se estimara la acción de responsabilidad por deudas.

Jacinto contesta la demanda y solicita su desestimación. Respecto de la acción de responsabilidad por deudas sociales, alega que el contrato de arrendamiento fue concertado el 1 de enero de 2018, momento en que habría nacido la deuda, y él fue nombrado administrador y tomó posesión del cargo el 1 de marzo de 2019. Y, respecto de la acción de responsabilidad por daño, alega que no se le puede exigir responsabilidad por el impago de deudas sociales mediante la acción del art. 241 LSC, pues tal exigencia de responsabilidad por deudas sociales solo puede hacerse mediante la acción prevista en el art. 367 LSC si concurren los requisitos previstos en tal precepto, sin que tenga que dar explicaciones de qué ocurrió con los bienes de la sociedad a que hacía referencia la demanda.

Pregunta: a) Resuelve motivadamente la solución que debe darse a las pretensiones de «Técnica S.A.» contra Jacinto, a la vista de las acciones ejercitadas y de la oposición formulada por este.

b) ¿Tendría incidencia en la solución que habría de darse al supuesto, que la acción se hubiera dirigido contra un administrador social que alegara y probara en su defensa que había sido cesado por la junta en una fecha anterior a la generación de la deuda, si bien el cese no había sido inscrito en el Registro Mercantil?

19. Rufino es accionista de «Partida Doble S.A.» desde hace diez años. Pese a que durante todos esos años la sociedad ha obtenido beneficios susceptibles de ser repartidos como dividendos, en las juntas ordinarias celebradas durante los últimos cinco años se ha acordado no repartir dividendos y aplicar los beneficios a reservas.

Pregunta: a) ¿Qué iniciativas puede adoptar Rufino para defender sus derechos e intereses como accionista? Para responder a esta pregunta hay que tener en cuenta que los estatutos sociales no contienen ninguna previsión relevante.

b) ¿Tendría trascendencia en esta cuestión el hecho de que las acciones de las que Rufino fuera titular fueran acciones sin voto? Para responder a esta pregunta hay que tener en cuenta que los estatutos sociales prevén que los titulares de las acciones sin voto tienen derecho a

percibir un dividendo anual mínimo del 5% de los beneficios sociales repartibles como dividendos.

20. «Doña Pepa S.A.» es la sociedad matriz del grupo «El Colmenar», del que forman parte, además de aquella compañía, las entidades «Tomasa S.L.» y «Granada Holding Gestión S.L.».

D. Cándido es socio de la compañía «Doña Pepa S.A.», con una participación del seis por ciento en el capital social.

Convocada para el 18 de junio de 2019 la junta general ordinaria de accionistas de la compañía «Doña Pepa S.A.» con la finalidad de aprobar las cuentas correspondientes al ejercicio anterior, tanto las de la sociedad «Doña Pepa S.A.» como las cuentas consolidadas del grupo «El Colmenar», el 24 de mayo de 2019 D. Cándido remitió una comunicación a la sociedad «Doña Pepa S.A.», que llegó ese mismo día, en la que solicitaba a sus administradores la entrega del balance, la cuenta de pérdidas y ganancias al 31 de diciembre de 2018, junto con la memoria y demás documentos que integran las respectivas cuentas anuales y el informe de auditoría, de las sociedades «Tomasa S.L.» y «Granada Holding Gestión S.L.».

La petición fue denegada, argumentando los administradores de la sociedad «Doña Pepa S.A.» que tal documentación no formaba parte de aquella a cuya remisión tiene derecho el socio, sin perjuicio de que en los anexos de las memorias de las cuentas anuales individuales y consolidadas de «Doña Pepa S.A.» figuraban los datos más relevantes de las sociedades «Tomasa S.L.» y «Granada Holding Gestión S.L.», adecuadamente contabilizados según los Auditores.

Durante la junta que tuvo lugar el 18 de junio de 2019, D. Cándido solicitó al consejo de administración determinadas aclaraciones sobre las cuentas anuales de «Doña Pepa S.A.» que se sometían a aprobación. Dicha solicitud de información fue rechazada, pues no se consideró relevante la información que se solicitaba.

En la junta celebrada fueron aprobados todos los puntos incluidos en el orden del día, quedando, en consecuencia, aprobadas las cuentas correspondientes al ejercicio 2018.

D. Cándido interpuso una demanda en la que interesó la nulidad de todos los acuerdos adoptados en la expresada junta general de accionistas, fundándose en la vulneración de su derecho de información y en la falsedad o falta de justificación de las cuentas anuales consolidadas del grupo «El Colmenar» por la falta de información sobre las cuentas anuales de las sociedades del grupo, «Tomasa, S.L.» y «Granada Holding Gestión, S.L.».

Preguntas: a) ¿Podría prosperar la impugnación formulada por D. Cándido en su demanda? Razona separadamente lo relativo a la denegación de la información solicitada por escrito con anterioridad a la celebración de la junta, y lo relativo a la denegación de la información solicitada verbalmente durante la junta.

b) Si la información solicitada por escrito por D. Cándido hubiera estado referida a las cuentas anuales consolidadas y le hubiera sido denegada porque no era socio de las demás sociedades del grupo, ¿podría prosperar la impugnación formulada respecto de todos los acuerdos adoptados en la junta?



Dictamen de las pruebas de promoción y especialización en los asuntos propios de los órganos de lo mercantil (Acuerdo de 4 de junio de 2020) (2º dictamen)

Consejo General del Poder Judicial

CONCURSAL

1.- En el concurso de la sociedad “Aluminios del Norte S.A.”, tras la tramitación del expediente de despido de carácter colectivo sin alcanzarse un acuerdo, el juez del concurso dicta un auto en el que acuerda el despido colectivo de los trabajadores de las delegaciones territoriales y del almacén, tal como había solicitado la sociedad concursada y la administración concursal. El juez del concurso estima la concurrencia de las causas económicas alegadas, que hacen necesario el despido colectivo de esos trabajadores para que pueda aprobarse un convenio que permita la subsistencia de la sociedad. El auto contiene la relación de los trabajadores que, por trabajar en esos puestos de trabajo (delegaciones territoriales y almacén), son despedidos, se fija la antigüedad y salario de cada uno de ellos, y el importe de la indemnización, que asciende a 20 días por año.

Los trabajadores de “Aluminios del Norte S.A.” se reúnen en asamblea tras serles notificado el auto, para debatirlo y adoptar decisiones, colectivas o individuales. En primer lugar intervienen los representantes de los trabajadores, que plantean su disconformidad con la concurrencia de causas económicas que justifiquen el despido colectivo, pues consideran que con una renegociación de los pagos correspondientes a la financiación externa podría aprobarse un convenio, sin necesidad de despido alguno. Y exponen que, en todo caso, las circunstancias económicas de la sociedad no justifican una indemnización tan baja, puesto que podría fijarse al menos una indemnización de 30 días por año de antigüedad. Asimismo, algunos trabajadores intervienen para manifestar su disconformidad con haber sido incluidos en la relación de trabajadores despedidos puesto que trabajan en el muelle de carga de camiones, por lo que no concurren en ellos los criterios que determinan la inclusión en la lista de trabajadores despedidos (trabajar en el almacén o en las delegaciones territoriales). Otros trabajadores, aunque reconocen que trabajan en el almacén o en las delegaciones territoriales, consideran que en el auto se les ha fijado una antigüedad o un salario inferiores a los reales. Por último, algunos trabajadores de delegaciones territoriales manifiestan que, aunque en su contrato de trabajo aparecía como empleador “Aluminios del Norte S.A.”, en realidad su empleador era otra sociedad del mismo grupo societario, sociedad que es solvente, que había sido convocada al periodo de consultas a instancias de los representantes de los trabajadores por considerar que se trataba de un grupo societario “patológico”, con unidad de caja y trasvase de trabajadores de una a otra sociedad según la conveniencia del grupo.

Preguntas:

a) *¿Cómo pueden articular los trabajadores de “Aluminios del Norte S.A.”, colectiva o individualmente, sus impugnaciones, a la vista de los motivos de disconformidad con el auto de despido colectivo dictado en el concurso, que han sido expuestos en la asamblea? ¿Qué órganos judiciales serían competentes para conocer de sus pretensiones impugnatorias, a través de qué cauces procesales (incluidos, en su caso, los recursos) y quiénes estarían legitimados en cada caso para formularlas?*

b) *Los trabajadores que consideran que su empleador no es “Aluminios del Norte” ¿cómo y ante qué órgano judicial pueden solicitar una indemnización mayor a la otra sociedad del grupo que consideran que era su verdadera empleadora y que no estaba declarada en concurso?*

2.- La sociedad «Alcalá S.L.» solicitó el concurso necesario de la sociedad «Barrera S.L.» el 29 de marzo de 2018, ante el Juzgado Mercantil de Soria. El juzgado le requirió para que aclarara determinados extremos de su solicitud.

El 3 de abril de 2018, la sociedad «Barrera S.L.» presentó en el Juzgado Mercantil de Soria un escrito en el que ponía en conocimiento del juzgado el inicio de negociaciones con sus acreedores al amparo de lo que establece el artículo 5.bis de la Ley Concursal (actual artículo 583 del Texto Refundido de la Ley Concursal). Posteriormente, el 1 de mayo de 2018, a la vista del fracaso de las negociaciones, la sociedad Barrera S.L. presentó una solicitud de concurso voluntario. En ese momento, la sociedad «Alcalá S.L.» ya había hecho las precisiones a su solicitud requeridas por el juez del concurso, pero este todavía no había dictado una resolución respecto de tal solicitud.

Pregunta: ¿Qué decisiones debe adoptar el Juzgado Mercantil a la vista de las distintas peticiones de «Alcalá S.L.» y «Barrera S.L.»?

3.- La sociedad “Transportes de la Alcarria S.L.” concertó con “Liberleasing S.A.” tres contratos de *leasing* sobre los tres camiones con los que opera. Debido a las dificultades económicas que comenzó a sufrir, dejó de pagar las cuotas de los contratos de *leasing* el 1 de julio de 2020. “Liberleasing S.A.” dio por vencidos anticipadamente los contratos, por el impago de las cuotas, el 1 de septiembre de 2020 y lo comunicó inmediatamente a “Transportes de la Alcarria S.L.”.

Esta sociedad solicitó la declaración de concurso el 15 de septiembre del 2020 y el Juzgado Mercantil lo declaró el 1 de octubre de 2020.

“Transportes de la Alcarria S.L.” desea que los contratos de *leasing* sean rehabilitados porque le es indispensable utilizar los camiones para desarrollar su actividad social y poder alcanzar un convenio que permita la subsistencia de la sociedad, pero en las conversaciones habidas con “Liberleasing S.A.”, esta no se muestra favorable a la pretensión de “Transportes de la Alcarria S.L.”.

Preguntas:

a) ¿Qué actuaciones puede llevar a cabo la concursada para conseguir la rehabilitación de los contratos de leasing y poder seguir operando con los camiones? Explica cuáles serían tales actuaciones, quiénes intervendrían y qué consecuencias tendrían.

b) ¿Tendría alguna trascendencia para las pretensiones de la concursada que, tras declarar vencidos los contratos de leasing, antes de la apertura del concurso, "Liberleasing S.A." hubiera reclamado el pago de las cantidades adeudadas por los contratos de leasing declarados vencidos anticipadamente al administrador único de "Transportes de la Alcarria S.L.", que había intervenido como avalista de esta sociedad en los contratos de leasing?

4.- "Extrusiones Metálicas S.L." presenta una solicitud de concurso en la que pide la apertura de la fase de liquidación, a lo que se accede por el Juzgado Mercantil, que dicta el correspondiente auto de declaración de concurso y apertura de la fase de liquidación.

Antonio y Pedro son los únicos socios de "Extrusiones Metálicas S.L.". Cada uno de ellos son titulares de participaciones sociales por importe del 50% del capital social. En el plazo de comunicación de créditos, solicitan a la administración concursal que les sea reconocido, con el carácter de crédito subordinado (por su carácter de personas especialmente relacionadas con la concursada) un crédito por importe de 20.000 euros, importe de la cuota de liquidación que, teniendo en cuenta cuál es el pasivo y el activo de la sociedad, calculan que les correspondería tras el pago de las deudas de la sociedad.

El administrador concursal, en la lista de acreedores, reconoce un crédito subordinado de 15.000 euros en favor de cada uno de los socios, una vez ajustados el activo y el pasivo de la sociedad en el correspondiente inventario y lista de acreedores, pues considera que tras pagar a los acreedores sociales quedará un patrimonio social remanente de 30.000 euros.

Teófilo, que es titular de un crédito subordinado por tratarse de persona especialmente relacionada con la deudora (fue administrador social hasta unos meses antes de la declaración de concurso), impugna los créditos subordinados reconocidos en favor de Antonio y Pedro y solicita que no se les reconozca ningún crédito en el concurso. Alega como justificación de su impugnación que, en caso de que en la liquidación no se obtuvieran los resultados previstos, su crédito subordinado se vería reducido a prorrata, por lo que es de su interés que Antonio y Pedro no vean reconocido ningún crédito concursal, ni siquiera subordinado, sin perjuicio de que se les entregue, como cuota de liquidación, el remanente que pudiera quedar tras el pago de todos los créditos concursales y contra la masa.

Pregunta: ¿Cómo resolverías el incidente concursal de impugnación de los créditos subordinados reconocidos en favor de Antonio y Pedro?

5.- La sociedad promotora "Milenio S.A." mantiene relaciones contractuales con la sociedad "Construcciones Metálicas S.L.", dedicada a la construcción, pues esta participa en la construcción de un edificio promovido por aquella. En estas relaciones contractuales, "Milenio S.A." ha efectuado varias retenciones al pagar las certificaciones de obra emitidas periódicamente por "Construcciones Metálicas S.L.". Al efectuarse la medición final, se comprueba que "Construcciones Metálicas S.L." ha emitido certificaciones de obra por una cantidad mayor que la correspondiente a lo realmente ejecutado. Ambas sociedades convienen en reunirse para aclarar las cuentas y ver cuál de ellas resulta acreedora y cuál deudora, y por qué cantidad.

Antes de que se produzca esta reunión, "Milenio S.A." es declarada en concurso. Con posterioridad a la apertura del concurso, se aclara que las retenciones efectuadas por "Milenio S.A." ascienden a 1.250.000 euros, y que el exceso de lo certificado por "Construcciones Metálicas S.L." asciende a 1.000.000 de euros.

Una vez hecho lo anterior, "Construcciones Metálicas S.L.", que mientras se aclaraba la cuestión había comunicado a la administración concursal el crédito de 1.250.000 euros que tenía frente a "Milenio S.A.", solicita que su crédito concursal se fije en 250.000 euros pero que en el inventario de la concursada no se incluya ningún crédito de esta frente a "Construcciones Metálicas S.L."

La administración concursal no accede a la solicitud de "Construcciones Metálicas S.L.". Considera que no procede realizar una compensación pues sus requisitos no concurrían antes de la declaración de concurso ya que las cantidades en favor de una y otra sociedad fueron fijadas con posterioridad a la declaración de concurso. Por tanto, en la lista de acreedores reconoce en favor de "Construcciones Metálicas S.L." un crédito concursal de 1.250.000 euros pero incluye en el inventario un crédito de "Milenio S.A." frente a "Construcciones Metálicas S.L." por importe de 1.000.000 euros, que se dispone a reclamarle inmediatamente.

Pregunta: ¿Cómo resolverías el incidente concursal promovido por "Construcciones Metálicas S.L." contra el inventario y la lista de acreedores, en el que solicita que se elimine del inventario el crédito de 1.000.000 euros que se atribuye a "Milenio S.A." frente a ella y que se le reconozca un crédito concursal por importe de 250.000 de euros?

6.- En el concurso de la sociedad "Mulhacén S.L.", la sociedad "Veleta S.L." comunica un crédito de 250.000 euros, que corresponde a las rentas impagadas del local que su día arrendó a "Mulhacén S.L.", y solicita que sea declarado como crédito concursal ordinario.

La administración concursal reconoce el crédito por esa cantidad, pero lo califica como subordinado. Considera que "Veleta S.L." es una sociedad que forma parte del mismo grupo que "Mulhacén S.L.", puesto que, en ambas sociedades, Cecilio es el socio titular de participaciones sociales por importe del 75% del capital social de cada una de ellas.

“Veleta S.L.” promueve un incidente concursal en el que impugna la calificación otorgada a su crédito. Solicita que el mismo sea calificado como crédito ordinario, por varias razones.

En primer lugar, alega que no está integrada en el mismo grupo que la concursada puesto que el control es ejercido por una persona física, pero para que exista grupo societario, en el sentido del art. 42 del Código de Comercio, es necesario que el control sea ejercitado por otra sociedad mercantil.

En segundo lugar, para el caso de que se desestime el anterior argumento, considera que debe aplicarse por analogía el art. 281.2. 3º en relación con el 283.1.4º, ambos del TRLC (anteriormente, arts. 92.5º en relación con el art. 93.2.3º LC), por concurrir identidad de razón entre la posición, como acreedores, de los socios con participaciones significativas y de las sociedades del grupo, y tratarse de créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad.

Pregunta: Resuelve el incidente concursal promovido por “Veleta S.L.”. Da respuesta a los dos argumentos en los que base su pretensión, aunque consideres que bastaría uno de ellos para estimarla.

7.- En la sección de calificación del concurso de la sociedad “Esteros del Atlántico S.A.”, la administración concursal solicita en su informe que el concurso sea declarado culpable por las siguientes causas:

a) Incumplimiento del deber de solicitar el concurso, puesto que este fue solicitado cuando la sociedad llevaba casi dos años en situación de insolvencia.

b) Salida fraudulenta de bienes del patrimonio social, porque durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso habían salido fraudulentamente del patrimonio de la concursada diversos bienes, que habían sido transmitidos a Antonio y Vicente, los dos socios de “Esteros del Atlántico S.A.”, titulares cada uno de ellos del 50% del capital social, sin que constare el pago de cantidad alguna por ellos.

La administración concursal solicita en su informe que Manuel y Julio sean declaradas personas afectadas por la calificación del concurso como culpable. Manuel era el administrador social desde 18 meses antes de la declaración de concurso. Julio lo había sido hasta ese momento.

Asimismo, solicita que Antonio y Vicente sean considerados cómplices.

Pide que se acuerde la inhabilitación de Manuel y de Julio para administrar los bienes ajenos y representar a cualquier persona durante un período de cinco años.

Solicita asimismo que Manuel y Julio sean condenados a indemnizar a la masa en la cantidad en la que se han depreciado los bienes que salieron fraudulentamente del patrimonio social

y que luego fueron reintegrados, así como a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa.

Asimismo, solicita que Manuel y Julio sean condenados solidariamente a cubrir el 100% del déficit concursal por haber incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso y por la salida fraudulenta de los bienes.

Preguntas:

a) Manuel se opone a que el concurso se declare culpable por la salida fraudulenta de bienes pues la administración concursal ya ejercitó en su día la acción rescisoria concursal y consiguió que los bienes fueran reintegrados a la masa activa del concurso. ¿Puede estimarse esta oposición a que el concurso se declare culpable por esta causa?

b) Julio se opone a que se le condene solidariamente con Manuel a la cobertura del 100% del déficit concursal puesto que, siendo cierto que fue administrador social de la concursada hasta 18 meses antes de la declaración de concurso, la salida fraudulenta de los bienes tuvo lugar cuando él ya había cesado como administrador. Y el retraso en la solicitud de la declaración de concurso es imputable casi en su totalidad al periodo en que Manuel fue administrador social. ¿Cómo resolverías este argumento de defensa de Julio, en caso de confirmarse la veracidad de sus afirmaciones?

c) Un acreedor se había personado en la sección de calificación, había alegado los hechos que luego sirvieron para que la administración concursal emitiera su informe, pero también había solicitado que se condenara a los cómplices a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa. Ni el Ministerio Fiscal ni la administración concursal formularon esta solicitud en sus respectivos dictamen e informe. El acreedor personado ha reiterado su solicitud durante la tramitación de la sección de calificación. ¿Puede acordar el juez en la sentencia de calificación la pérdida de cualquier derecho que los cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa?

8.- En el concurso de la sociedad “Pellets del Penedés S.A.” se ha votado favorablemente por los acreedores, con las mayorías necesarias, un convenio en el que se prevé, para su cumplimiento, contar con los recursos que genere la continuación en el ejercicio de la actividad empresarial, para hacer efectivo el plan de pagos previsto en el convenio.

La propuesta de convenio iba acompañada de un documento muy escueto, titulado “plan de viabilidad”, que se limitaba a afirmar que la concursada fabricaría los pellets para calefacción de un modo más eficiente que el seguido hasta ese momento, y que con los beneficios que obtuviera iría haciendo efectivo el plan de pagos previsto en el convenio.

No se ha formulado ninguna oposición a la aprobación del convenio. El juez del concurso ha de dictar sentencia.

Pregunta: ¿Puede el juez del concurso rechazar de oficio el convenio aceptado por los acreedores por cuestiones relativas al documento “plan de viabilidad” presentado por la concursada con la propuesta de convenio?

9.- El Juzgado Mercantil nº 1 de Madrid tramita el concurso ordinario de la mercantil «Capitán XXI, S.L.». La solicitud había sido presentada el 22 de julio de 2020 y el concurso fue declarado el 3 de octubre de 2020. En la solicitud de concurso se solicitó la apertura inmediata de la fase de liquidación al haber cesado la actividad de «Capitán XXI, S.L.» antes de la presentación de la solicitud.

La sociedad tenía una deuda con la Tesorería General de la Seguridad Social (en lo sucesivo, TGSS) por la falta de pago de diversas cotizaciones comprendidas entre diciembre de 2019 a mayo de 2020, por importe de 56.887 euros.

El 3 de septiembre de 2020, la TGSS dictó providencia de apremio, que notificó a la deudora sin que esta la recurriera; el 23 de septiembre dictó diligencia de embargo de los saldos de las cuentas corrientes de la mercantil Capitán XXI, S.L., que ascendían 34.678 euros, y el 4 de octubre notificó el embargo a la deudora.

El administrador concursal interesa al juez del concurso que requiera a la TGSS para que proceda a reintegrar a la masa activa la suma que había sido embargada, según argumenta, después de la declaración de concurso y apertura de la fase de liquidación que se produce en el mismo auto de declaración. Considera que una vez abierta la fase de liquidación no cabe el embargo de dinero por parte de las Administraciones Públicas por lo que debe proceder a la devolución a la masa activa del concurso.

Pregunta: ¿Qué respuesta debe dar el juez del concurso a la petición de la Administración Concursal? Razona la respuesta.

10.- El Tribunal de Comercio de Evry dictó la resolución de apertura de un procedimiento principal de insolvencia, en concreto un procedimiento de «liquidation judiciaire», y nombró un «mandataire liquidateur», respecto de la sociedad francesa «La Lavande Mauve, Société Anonyme» (en adelante, La Lavande Mauve), dedicada al procesamiento de lavanda para perfumes y productos de limpieza del hogar, todo ello después de examinar su competencia y considerar que la compañía tenía en ese lugar su centro de intereses principales.

D. Segundo es un proveedor radicado en España de la sociedad La Lavande Mauve, a la que suministra uno de los componentes esenciales para la elaboración de los perfumes. Tras varios impagos por la compañía de los productos suministrados por D. Segundo, este decidió –después de varios intentos infructuosos de cobro- reclamar judicialmente el pago de la deuda e interesó la medida cautelar de embargo de bienes de la entidad. La demanda fue turnada al Juzgado de Primera Instancia de Elche, que acordó la medida cautelar

solicitada *inaudita parte* sin tener conocimiento de que se había abierto previamente un procedimiento de insolvencia de la sociedad en Francia.

Recibida la notificación de la resolución por la que se accedía a adoptar la medida cautelar, el «mandataire liquidateur» nombrado por el Tribunal de Evry compareció en el procedimiento seguido ante el Juzgado de Primera Instancia de Elche y pidió el levantamiento de embargo, justificando su petición en la existencia del procedimiento de insolvencia abierto en Francia, cuya resolución de apertura aportó.

Asimismo, La Lavande Mauve dejó de pagar los plazos de una furgoneta que compró en España para el transporte de sus suministros dentro de territorio español, que compró a plazos a Volkswagen Vans España S.A, la cual tiene una reserva de dominio sobre dicha furgoneta inscrita en el Registro español de Venta a Plazos de Bienes Muebles. Volkswagen Vans España S.A. declaró resuelto el contrato e inició ante el Juzgado de Primera Instancia de Guadalajara un juicio verbal sumario sobre el incumplimiento del contrato de venta a plazos con reserva de dominio inscrita en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles mediante el ejercicio de una acción exclusivamente encaminada a obtener la inmediata entrega del bien al vendedor en el lugar indicado en el contrato (art. 250.1.11º y 441.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Cuando el Juzgado de Primera Instancia de Guadalajara, admitida la demanda, ordenó el depósito de la furgoneta, que siempre se ha encontrado en España, estando ya en ese momento declarado el concurso principal por el tribunal francés, el «mandataire liquidateur» compareció ante ese Juzgado y solicitó que se dejara sin efecto la orden de depósito por la apertura de un procedimiento principal de insolvencia en Francia.

Preguntas:

a) Razona, a la vista de las circunstancias concurrentes, qué debe hacer el juez de Elche que acordó el embargo.

b) ¿Qué iniciativas pueden adoptar los acreedores domiciliados en España, por deudas contraídas en España y existiendo bienes en España, cuando el deudor es una compañía de otro Estado miembro de la UE y ha sido abierto un procedimiento de insolvencia principal en ese otro Estado miembro?

c) ¿Puede acceder el juez de Guadalajara a la solicitud del «mandataire liquidateur» de que se deje sin efecto la orden de depósito de la furgoneta sobre la que había constituido una reserva de dominio?

11.- La sociedad «Patata Brava S.A.» ha sido declarada en concurso en auto dictado el 1 de febrero de 2020. La administración concursal decide ejercitar acciones de reintegración de la masa activa.

En primer lugar, ejercita una acción rescisoria respecto de la hipoteca constituida por «Patata Brava S.A.», seis meses antes de la declaración de concurso, para garantizar un préstamo concedido a «Vaca Retinta S.A.», otra sociedad integrada en el mismo grupo societario. A la concesión del préstamo concurrieron el prestamista, «Banco Asturiano S.A.», la prestataria, «Vaca Retinta S.A.» y «Patata Brava S.A.», y simultáneamente se otorgó el préstamo por «Banco Asturiano S.A.» a «Vaca Retinta S.A.», y «Patata Brava S.A.» hipotecó su nave industrial para garantizar ese préstamo.

La administración concursal argumenta que, dado que «Patata Brava S.A.» no percibió precio ni obtuvo beneficio alguno por garantizar con la hipoteca un préstamo concedido a un tercero, que se trata de un acto de disposición a título gratuito y, por tanto, rescindible por existir una presunción *iuris et de iure* de su carácter perjudicial. Por el contrario, «Banco Asturiano S.A.» se opuso a la demanda y argumentó que la constitución de la hipoteca era un acto a título oneroso que no causaba perjuicio para la masa porque el préstamo garantizado con la hipoteca beneficiaba al grupo en el que estaban integradas tanto la prestataria como la hipotecante.

En segundo lugar, la administración concursal ejercitó una acción rescisoria de otra hipoteca otorgada por «Patata Brava S.A.», tres meses antes de la declaración de concurso, para garantizar una deuda contraída por dicha sociedad con la Agencia Tributaria. El argumento que servía de base a la acción rescisoria es que la deuda garantizada era preexistente a la constitución de la hipoteca, pues la hipoteca se constituyó, ciertamente a instancias de la Agencia Tributaria que había advertido que iniciaría la vía de apremio si no se garantizaba la deuda, con posterioridad al nacimiento de la deuda, por lo que se trataba de una garantía real constituida para garantizar una obligación preexistente.

Pregunta:

a) ¿Puede rescindirse la hipoteca constituida por «Patata Brava S.A.» para garantizar el préstamo concedido por «Banco Asturiano S.A.» a «Vaca Retinta S.A.»?

b) ¿Puede rescindirse la hipoteca constituida por «Patata Brava S.A.» para garantizar la deuda tributaria?

En ambos casos, razona tu respuesta

SOCIETARIO

12. «Alsacia S.L.» es una sociedad integrada por cuatro socios, cada uno titular de un 25% del capital social, que pertenecen a dos grupos familiares distintos (dos a una familia y dos a otra). Desde que se constituyó la sociedad, hace bastantes años, los socios son los mismos. En las juntas sociales celebradas se ha venido aceptando que los socios no asistan personalmente, sino representados por sus abogados, con base en un apoderamiento otorgado en documento privado.

En un determinado momento, surge un conflicto entre los socios pertenecientes a los distintos grupos familiares. En la siguiente junta, los dos socios que pertenecen a una de las familias comparecen personalmente y se niegan a que se tenga por comparecidos a los dos socios del otro grupo familiar, que pretendían comparecer representados por sus abogados a quienes habían apoderado mediante documento privado, como habían venido haciendo en las juntas anteriores.

El presidente de la junta, que es uno de los socios comparecidos personalmente, tiene por comparecidos únicamente a los socios que asisten personalmente a la junta y por no comparecidos a los que han enviado a sus abogados, y así lo hace constar en la lista de asistentes.

En la junta se han adoptado diversos acuerdos, con el voto a favor de los dos socios que en la lista aparecían como asistentes a la junta.

Los socios que fueron considerados como no asistentes a la junta impugnan esos acuerdos porque, alegan, la junta fue constituida defectuosamente.

Pregunta: Resuelve razonadamente la impugnación de los acuerdos sociales formulada por los socios que en el acta de la junta fueron tenidos por no comparecidos

13.- «Taller Manuel, S.L.» interpuso demanda de juicio ordinario el 1 de septiembre de 2020 contra «Metálicas, S.L.» y contra su administrador, Paco, en reclamación de 34.556 euros, intereses y costas.

La reclamación contra la sociedad mercantil tenía su origen en las relaciones comerciales de suministro de mercancías, en concreto, piezas de automoción, relaciones que duraron cinco años. Esta relación funcionó con normalidad hasta que las facturas con fecha de vencimiento entre abril y junio de 2020 fueron impagadas y dieron lugar a la deuda reclamada.

«Metálicas, S.L.» presenta dificultades para hacer frente a los pagos a raíz de la condena firme a pagar la suma de 42.453 euros por el despido improcedente de uno de sus trabajadores, despido que se produjo en octubre de 2019, si bien la sentencia firme que declara el despido improcedente es de marzo de 2020.

La acción ejercitada por «Taller Manuel, S.L.» contra el administrador de «Metálicas, S.L.» era la acción individual de responsabilidad, prevista en el artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC). Se le imputaba haber incumplido los deberes inherentes al desempeño del cargo de administrador, en concreto, el deber de diligencia al haber contraído obligaciones sin tener la previsión de que la sociedad podía ser condenada al pago de una fuerte indemnización por el despido del trabajador, que impidiera pagar las deudas a sus proveedores.

Pregunta: ¿Procede la estimación de la acción de responsabilidad individual ejercitada frente al administrador? Razona la respuesta a la vista de los pormenores del caso

14.- D. Justo es socio de la sociedad «La Casa Verde, S. L.», entidad que fue constituida por tiempo indefinido mediante escritura pública ante al notario de Jerez de los Caballeros D. Fabio Cuesta, teniendo por objeto social la construcción y arrendamiento de inmuebles.

En junta general celebrada el 20 de junio de 2020, se aprobó, entre otros, el acuerdo relativo a la ampliación del objeto social al alquiler y venta de vehículos. Dicha modificación estatutaria fue aprobada con el voto en contra de D. Justo que, en ese momento, era titular del siete por ciento del capital social de «La Casa Verde, S. L.»

D. Justo ejercitó en tiempo y forma su derecho de separación, con fundamento en el cambio sustancial del objeto social.

Una vez tuvo la sociedad conocimiento de la voluntad de separación del socio, se procedió por aquélla a dar cumplimiento a las operaciones necesarias previstas en los artículos 353 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital.

Cuando ya habían sido valoradas las participaciones por el experto independiente designado por el registrador mercantil, pero antes de que se hubiera satisfecho a D. Justo la cuota de reembolso, fue convocada junta general de la sociedad «La Casa Verde, S. L.», con un único punto en el orden del día, la aprobación de la ampliación de capital.

El 14 de noviembre de 2020, día indicado para la celebración de la junta, compareció D. Justo.

Abierto el acto, por el presidente se hizo constar en acta que D. Justo no ostentaba en dicho momento la condición de socio de «La Casa Verde, S. L.», como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación, por lo que no se le reconoció en dicha junta el derecho de voz y voto.

D. Justo decidió interponer demanda de juicio ordinario frente a la sociedad «La Casa Verde, S. L.», en la que solicitaba que se dictara una sentencia por la que:

«1) Se declarase la nulidad de la junta general celebrada el 14 de noviembre de 2020.

» 2) Se declarase la nulidad de pleno Derecho, o subsidiariamente la anulación, del acuerdo de ampliación de capital adoptado en ella.

»3) Se declarase la ineficacia de todos los actos de ejecución de dicho acuerdo.

» 4) Se ordenase, a costa de la demandada, la cancelación de todas y cada una de las anotaciones registrales que traigan causa del acuerdo nulo y se hayan inscrito en el Registro Mercantil, así como la de todos los asientos posteriores que resultaren contradictorios con la cancelación de aquéllos».

Basaba sus pretensiones en que se le denegó injustificadamente su derecho de asistencia y voto en la junta de socios, puesto que todavía conservaba su condición de socio en ese momento, pues no se le había satisfecho la cuota de reembolso.

Pregunta: ¿Puede prosperar la acción de impugnación de los acuerdos sociales ejercitada por D. Justo?

15.- La sociedad «Playa de Nigrán S.L.» se constituyó en el año 2017 con un capital social de 6.000 euros. Es una sociedad familiar de la que son socios, por partes iguales, Dña. Assumpta y sus dos hermanos. Dña. Assumpta ha desempeñado desde la constitución de la sociedad el cargo de administradora única de la sociedad. El artículo 19 de los estatutos sociales establece que el cargo de administrador era gratuito.

Pese a la gratuidad del cargo de administrador prevista en los estatutos, Dña. Assumpta ha venido percibiendo desde la fecha de constitución de la sociedad la cantidad de 20.000 euros anuales por sus funciones de representación y gestión social, con el conocimiento y consentimiento del resto de los socios, dado el buen desempeño del cargo de administrador social que estaba llevando a cabo y los importantes beneficios que estaba obteniendo la sociedad gracias a su labor como administradora. Estos pagos fueron reflejados en las cuentas anuales.

A partir de finales del año 2019, a raíz de una discusión familiar en la cena de Navidad, las relaciones entre los hermanos se fueron deteriorando, lo que motivó que en la junta general del día 15 de mayo de 2020, se acordase el cese de Dña. Assumpta en el cargo de administradora.

En esa junta, con el voto de Dña. Assumpta y de otro de sus hermanos, se habían aprobado las cuentas anuales. El otro hermano había votado en contra.

Preguntas:

a) ¿Podría tener éxito una acción social de responsabilidad en la que se solicitara la condena a D^a Assumpta a reintegrar al patrimonio social las cantidades percibidas por el desempeño del cargo de administradora social?

b) ¿Podría prosperar la acción de impugnación del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales ejercitada por el socio que votó en contra, basada en que en las cuentas anuales se reflejaba un pago ilegal, como era el de la retribución del cargo de administrador social que según los estatutos sociales era gratuito?

16.- En la sociedad «Al Alba S.L.» existe un conflicto entre socios mayoritarios y minoritarios desde hace años, que provoca una gran litigiosidad. El acuerdo de aprobación de las cuentas anuales de 2018, que se adoptó en la junta ordinaria de 30 de junio de 2019, fue impugnado por el socio minoritario D. Eduardo, porque las cuentas no reflejaban la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad.

Estando pendiente este litigio, en la junta de 30 de junio de 2020 se aprobaron las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

El 2 de julio de 2020 el Juzgado Mercantil dictó sentencia en la que estimó la demanda interpuesta por D. Eduardo y anuló el acuerdo que aprobó las cuentas anuales de 2018 porque no respetaban el principio de imagen fiel. La sentencia quedó firme.

El 30 de julio de 2020, D. Eduardo presentó una demanda contra la sociedad «Al Alba S.L.» en la que impugnó el acuerdo de aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2019. Como único argumento impugnatorio, alegó que la nulidad del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales de 2018 debía provocar automáticamente la nulidad de los acuerdos de aprobación de las cuentas de los ejercicios sucesivos.

Pregunta: ¿Puede prosperar la acción de nulidad del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2019 formulada por D. Eduardo?

17.- La sociedad «Euroleasing S.A.» presenta el 1 de septiembre de 2020 una demanda de juicio ordinario contra «Transportes Navalcarnero S.L.» y contra su administrador único, D. Jaime.

En la demanda solicita que se condene solidariamente a «Transportes Navalcarnero S.L.» y a su administrador único, D. Jaime, a pagarle la cantidad de 230.300 euros.

La acción dirigida contra «Transportes Navalcarnero S.L.» se basa en dos contratos de leasing suscritos respecto de sendos camiones que «Transportes Navalcarnero S.L.» utiliza para desarrollar su actividad social. Los contratos fueron suscritos el 1 de febrero de 2018. «Transportes Navalcarnero S.L.» dejó de pagar las cuotas mensuales de los contratos de leasing el 1 de diciembre de 2018. Tras cuatro mensualidades impagadas, «Euroleasing S.A.» hizo uso de la cláusula de vencimiento anticipado y otorgó acta notarial el 1 de marzo de 2020, notificada ese mismo día a la deudora, en la que declaró vencidos anticipadamente los contratos de leasing y liquidó la deuda, correspondiendo 30.300 euros a las cuotas impagadas y 200.000 a las declaradas anticipadamente vencidas.

La acción dirigida contra D. Jaime se basó en que «Transportes Navalcarnero S.L.» estaba incurso en causa legal de disolución el 31 de diciembre de 2019, por pérdidas que habían dejado reducido el patrimonio neto social a una cantidad inferior a la mitad del capital social, sin que este se hubiera aumentado o reducido en la medida suficiente y sin que el administrador único hubiera adoptado iniciativa alguna para solicitar la declaración de concurso o la disolución y liquidación ordenada de la sociedad. Por tal razón, en la demanda se solicitó que se condenara al administrador social como responsable solidario del pago de la totalidad de la deuda social.

«Transportes Navalcarnero S.L.» se allanó a la demanda.

Su administrador único D. Jaime, se opuso a la acción dirigida contra él. Alegó que la obligación social era anterior a la concurrencia de la causa legal de disolución, dado que la obligación de pago nació cuando se celebraron los contratos de *leasing* y, en todo caso, el impago se inició antes de la concurrencia de la causa legal de disolución.

Pregunta: ¿Puede prosperar, en parte o en su totalidad, la acción de responsabilidad por deudas dirigida contra el administrador social?

18.- La sociedad «La Tahona S.L.» convocó el 15 de mayo de 2019 la junta ordinaria de socios que se celebraría el día 30 de junio de 2019. Como puntos del orden del día, se incluyeron la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2018, la aplicación del resultado del ejercicio, con la propuesta de aplicación que hacía el administrador social, y la censura de la gestión social.

D. Pedro es socio de «La Tahona S.L.». Es titular de participaciones sociales que representan el 30% del capital social. El 20 de mayo de 2019 remitió un burofax al administrador social de «La Tahona S.L.» en el que le solicitó, en primer lugar, la remisión de los documentos que iban a ser sometidos a la aprobación de la junta, así como el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas. Asimismo, exigió examinar en el domicilio social, en unión de un experto contable, los documentos que servían de soporte y de antecedente de las cuentas anuales.

El administrador social remitió a D. Pedro las cuentas anuales que iban a ser sometidas a aprobación, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas. Pero le negó el examen de los documentos que servían de soporte y de antecedente de las cuentas anuales. Argumentó que D. Pedro ejercía una actividad que entraba en competencia con la desarrollada por «La Tahona S.L.» y que el examen de los soportes contables y demás documentos que servían de soporte y de antecedente de las cuentas anuales podía facilitar a D. Pedro una información que le beneficiara particularmente pero que perjudicara gravemente a «La Tahona S.L.».

En la junta ordinaria celebrada el 30 de junio de 2019 se aprobaron las cuentas anuales, la gestión social y la aplicación del resultado propuesta por el administrador social. Votaron a favor los socios titulares del 70% del capital social, y en contra votó D. Pedro.

El 20 de julio de 2020, D. Pedro presentó una demanda en la que impugnó los acuerdos aprobados en la junta por infracción de su derecho de información.

«La Tahona S.L.» se opuso a la demanda. Argumentó que la negativa a permitir a D. Pedro el examen de los documentos que servían de soporte y de antecedente de las cuentas anuales estuvo justificada, por el carácter de competidor que tiene ese socio. Que esos documentos eran innecesarios para el ejercicio del derecho de voto del socio. Y que, en todo caso, dado el porcentaje de participación en el capital social de las participaciones sociales de las que era titular D. Pedro, su voto no era decisivo para la adopción de los acuerdos.

Pregunta: ¿Puede prosperar la acción ejercitada por D. Pedro para que se anulen los acuerdos adoptados en la junta ordinaria? Para responder a la pregunta, toma en consideración los argumentos de defensa esgrimidos por «La Tahona S.L.» y da respuesta a todos ellos.

19.- La sociedad «Torre de Babel S.A.» transmite en bloque todo su patrimonio, por sucesión universal, a dos sociedades, «Enseñanza de Idiomas S.L.» y «Formación de Lingüistas S.L.», atribuyendo a la primera la unidad económica ligada a la enseñanza de idiomas a jóvenes estudiantes, y a la segunda, la ligada a la formación del profesorado de idiomas. Estas sociedades pagan, por tales cesiones, la cantidad de 200.000 euros, dinero que reciben, directamente y en su totalidad, los socios de «Torre de Babel S.A.», que resulta extinguida tras esta cesión.

La editorial «Verbum S.L.», que ha venido suministrando libros de texto a «Torre de Babel S.A.», ha visto impagadas las facturas que se habían emitido con cargo a «Torre de Babel S.A.». Las facturas habían sido emitidas en una fecha anterior a esta operación, pero tenían una fecha de vencimiento posterior. Tras comprobar la desaparición de «Torre de Babel S.A.», el abogado de «Verbum S.L.» analiza las opciones que tiene para cobrar la deuda. Comprueba que los libros habían sido suministrados para la enseñanza de idiomas a jóvenes estudiantes, cuya unidad económica ha sido cedida a «Enseñanza de Idiomas S.L.», pero duda de la solvencia de esa sociedad.

Pregunta: ¿A quién puede reclamar «Verbum S.L.» el pago de la deuda que en su día contrajo con ella «Torre de Babel S.A.»

20.- D. Fadrique ha firmado con todos los socios de «Conde Nicanor S.A.» un contrato de opción de compra sobre un porcentaje de las acciones de las que es titular cada socio que, en conjunto, constituyen el paquete mayoritario de acciones de la sociedad, por el que ha pagado a los socios una importante prima de opción y en el que se prevé un sobreprecio respecto del valor razonable de las acciones, en compensación de la toma de control de la sociedad. Pero antes de que pueda ejercitar la opción de compra, «Conde Nicanor S.A.» aprueba, con el voto a favor de todos sus socios, un acuerdo de ampliación de capital que provocaría que el paquete de acciones sobre el que se ha concertado el contrato de opción de compra resulte muy minoritario.

D. Fadrique ejercita una acción de impugnación del acuerdo social de aumento de capital social, por considerar que entraña un abuso de derecho pues no respondía al interés social sino a la intención de frustrar el derecho de opción de compra del demandante y que este pudiera adquirir el control social.

«Conde Nicanor S.A.», al contestar la demanda, niega a D. Fadrique legitimación para impugnar el acuerdo social, pues no tiene la condición de socio ya que todavía no ha ejercitado el derecho de opción de compra. Y además niega que el abuso de derecho constituya una causa de impugnación de los acuerdos sociales, que son tasadas.

Pregunta: ¿Puede prosperar la acción de impugnación de D. Fadrique? Razona la respuesta tomando en consideración los motivos de oposición esgrimidos por la sociedad.

SEGUNDO EJERCICIO DE LAS PRUEBAS DE ESPECIALIDAD MERCANTIL 2022 (DICTAMEN)

DERECHO CONCURSAL

BLOQUE PRIMERO: LA DECLARACIÓN DE CONCURSO Y SUS EFECTOS

La sociedad PERLAS DEL MEDITERRÁNEO SL, cuyo objeto social es la venta al público de joyería, tiene un capital social de 3.000 euros, suscrito por dos socios al cincuenta por ciento, el Sr. Pedro Álvarez y el Sr. Antonio Puerta, que, a su vez, son administradores solidarios.

La sociedad regenta tres establecimientos comerciales, consistentes en tiendas de joyería, situados en Madrid (con diez trabajadores), en Barcelona (con ocho trabajadores), y en Valencia (con tres trabajadores).

En el activo de la empresa figuran tres inmuebles sitios en Madrid, Barcelona y Valencia, en los que la sociedad desarrolla su actividad social, valorados por una entidad de tasación oficial homologada por el Banco de España en 500.000 euros, cada uno de ellos. Los tres inmuebles fueron ofrecidos por PERLAS DEL MEDITERRÁNEO SA en garantía de sendos préstamos hipotecarios que la mercantil concertó con la entidad BANCO BLANCO SA, el 15 de julio de 2020. El capital pendiente de devolución de cada préstamo es de 400.000 euros. El importe de la deuda originaria es de 500.000 euros (siendo éste también el valor máximo asegurado en la escritura de constitución de la hipoteca en concepto de principal e intereses).

La sociedad utiliza tres vehículos blindados para el transporte de las joyas adquiridas a los proveedores, que son objeto de un contrato de arrendamiento financiero o *leasing*, suscrito con la entidad VEHÍCULOS SEGUROS SL, el 1 de septiembre de 2018.

Durante los meses de junio a agosto del ejercicio 2022, los administradores sociales constataron la existencia de unas tensiones de tesorería que dificultaban poder hacer frente a los pagos corrientes, a consecuencia del incremento del precio del oro como materia prima en el mercado de las joyas, fruto de la inflación.

Fruto de estas dificultades, se producen los siguientes impagos:

- (a) Dos cuotas de la Seguridad Social, por valor de 3.000 euros cada una de ellas. Se corresponden con las cotizaciones por los contratos de trabajo en vigor de los meses de julio y agosto de 2022.
- (b) Diversas facturas correspondientes a cinco proveedores por suministros y servicios, por importe total de 150.000 euros, cuyo pago se había aplazado, y vencía el 30 de junio de 2022.
- (c) Tres cuotas impagadas correspondientes a los meses de junio, julio y agosto, de uno de los tres préstamos con garantía hipotecaria suscrito con BANCO BLANCO SA, por valor de 20.000 euros mensuales, ascendiendo la deuda a un total de 60.000 euros. El 1 de septiembre de 2022, el acreedor insta un procedimiento de ejecución hipotecaria ante el Juzgado de Primera Instancia X, respecto al local de negocio sito en Valencia (que garantiza el referido préstamo hipotecario).
- (d) En las cuentas anuales aprobadas el 30 de junio de 2022, el patrimonio neto es de 2.000 euros, concurriendo pérdidas superiores a los 50.000 euros, con unas cifras de activo y pasivo de 167.000 euros.

CUESTIONES

PRIMERA CUESTIÓN.- ¿Concurren en este caso los presupuestos para solicitar el concurso voluntario y necesario de acreedores? ¿Quién debe decidir acerca de la presentación de la solicitud del concurso?

SEGUNDA CUESTIÓN.- El 5 de septiembre de 2022, la sociedad PERLAS DEL MEDITERRÁNEO SL presenta ante el Decanato de los Juzgados de lo Mercantil de Madrid la comunicación del artículo 583 TRLC, afirmando que pretende negociar una propuesta anticipada de convenio con los acreedores y, simultáneamente, preparar la venta de la unidad productiva de la tienda situada en Barcelona.

- (I) ¿Debería el juez del concurso admitir dicha comunicación?**
- (II) ¿Qué efectos produce sobre el patrimonio del deudor, sobre los contratos concertados por terceros y sobre la ejecución hipotecaria en curso?**

TERCERA CUESTIÓN.- En el caso de que la sociedad PERLAS DEL MEDITERRÁNEO SL presentara la solicitud de concurso adjuntando una oferta vinculante de adquisición de la unidad productiva por parte de tercero, respecto a las tiendas de Madrid y Barcelona,

- (i) ¿qué trámite debería otorgar el juez?**

El juez del concurso verifica que la oferta vinculante presentada delimita el perímetro de la unidad productiva incluyendo los inmuebles titularidad de la concursada situados en Madrid y Barcelona tasados en 500.000 euros cada uno de ellos, las existencias valoradas contablemente en 600.000 euros, las relaciones laborales de los trabajadores empleados en Barcelona y Madrid, en cuyos contratos se subrogaría el adquirente, y cuyo coste en caso de extinción por causa de despido objetivo sería de 150.000 euros, y dos vehículos objeto de leasing. El precio ofrecido es de 800.000 euros, pagadero en los cinco días siguientes a la fecha de la autorización judicial de la compraventa.

- (ii) **¿Cabe considerar dicha oferta como beneficiosa para el interés del concurso?**
- (iii) **¿Cuál sería el precio obtenido y cómo debería repartirse entre los acreedores?**
- (iv) **¿Tendría derecho de veto el acreedor con privilegio especial BANCO BLANCO SA, si la adquirente pretende adquirir los bienes que integran la unidad productiva libres de cargas y gravámenes, y la garantía ha sido valorada en el concurso de acreedores por un total de 450.000 euros?**

**CUARTA CUESTIÓN.- ¿Respondería el adquirente de las deudas contraídas por la sociedad PERLAS DEL MEDITERRÁNEO SL con la TGSS por las cotizaciones de los trabajadores de las tiendas de Madrid, Barcelona y Valencia anteriores a la venta de la unidad productiva?
¿Y de las posteriores?**

QUINTA CUESTIÓN.- El adquirente está muy interesado en extinguir las deudas con determinados proveedores de su confianza, con el fin de garantizar el suministro de joyas a un precio razonable, por lo que exige que parte del precio que ofrece sea destinado a la cancelación de dicha deuda, que asciende a 100.000 euros.

¿Existe algún mecanismo que permita al adquirente decidir que una parte del precio sea destinado por el juez del concurso al pago de determinados créditos concursales?

SEXTA CUESTIÓN.- Autorizada la venta de la unidad productiva por el juez del concurso, la ofertante no comparece a la firma de la escritura pública de compraventa, ni satisface el precio de la operación, por lo que el administrador concursal insta incidente de resolución de la citada compraventa.

¿Podría, en este caso, y con qué efectos, presentar una nueva oferta de adquisición de la unidad productiva la sociedad ACCIDENTES MARÍTIMOS SA, perteneciente al mismo grupo societario que la concursada?

SÉPTIMA CUESTIÓN.- Finalmente, la sociedad PERLAS DEL MEDITERRÁNEO SL, cuyo concurso ha sido declarado el 10 de septiembre de 2022, pretende desistir del mismo. A tal efecto, los administradores solidarios convocan una Junta de socios para adoptar el acuerdo social de desistimiento del procedimiento concursal, pues pretenden la fusión con una tercera empresa solvente y viable fuera del procedimiento de insolvencia

- (i) **¿Cabe la celebración de una junta de socios tras la declaración de concurso?**
- (ii) **¿La convocatoria realizada por el órgano de administración es válida, tanto en fase común como en fase de liquidación?**
- (iii) **¿Tendrá derecho de voz y voto el administrador concursal si los socios pretenden adoptar un acuerdo social para desistir de la solicitud de concurso, aunque éste ya haya sido declarado?.**
- (iv) **¿Podría impugnar el administrador concursal el acuerdo?**

OCTAVA CUESTIÓN.- Declarado el concurso voluntario de acreedores, interesa la concursada que el Juzgado Mercantil se pronuncie sobre el carácter necesario para la continuidad de la actividad empresarial de la concursada de los tres vehículos objeto de leasing. Los contratos habían sido formalizados según modelo oficial, constando la inscripción registral en el Registro Mercantil y de Bienes Muebles. La representación de la arrendadora financiera VEHÍCULOS SEGUROS SL se opuso a lo solicitado, alegando la previa interposición de una demanda de resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de pago del precio, solicitando la expresa entrega de los vehículos, que había recaído ante un Juzgado de Primera Instancia de Madrid. Dicho órgano judicial rechazó la solicitud de suspensión del procedimiento formulada por la concursada, por considerar que no se trataba de un procedimiento de ejecución, y por tanto no era aplicable el artículo 145 TRLC.

- (i) **¿Qué juzgado sería competente en este caso para pronunciarse sobre el carácter necesario de bienes o derechos integrados en la masa activa?**
- (ii) **¿Cuál es el órgano judicial competente para resolver sobre la solicitud de suspensión del procedimiento tramitado en el Juzgado de Primera Instancia de Madrid?**

BLOQUE SEGUNDO: CLASIFICACIÓN DE CRÉDITOS Y REINTEGRACIÓN CONCURSAL

Durante la fase común del concurso de PERLAS DEL MEDITERRÁNEO SL se presentaron dos demandas de impugnación de la lista de acreedores, por parte

de LA BANCA DE LAS BANCAS SA y de BANCO NEGRO SL, así como una comunicación tardía de créditos por parte de BANCO DE ORO SA.

I. Impugnación de LA BANCA DE LAS BANCAS SA

En primer lugar, LA BANCA DE LAS BANCAS SA formuló una demanda de impugnación de la lista de acreedores, cuestionando la clasificación del crédito derivado de una póliza de crédito, con vencimiento el día 28 de julio de 2022, por la que se concedía a la concursada una línea de crédito de 300.000 euros, con garantía hipotecaria.

En la cláusula primera de la escritura de constitución de la garantía hipotecaria se acordaba un límite máximo de 300.000 euros en garantía de devolución de las cantidades adeudadas a LA BANCA DE LAS BANCAS SA, pago de intereses de demora hasta un máximo de 50.000 euros, y costas y gastos, hasta un máximo igual al ocho por ciento de la cifra que por principal garantizaba la devolución de las cantidades adeudadas a la entidad.

En la cláusula segunda se pactaba la apertura de una cuenta especial de liquidación que, en caso de resolución anticipada por parte de la entidad, podría dar lugar a que se adeudasen las cantidades debidas por el cliente por cualquier concepto.

Por último, en la estipulación tercera se establecía que por razón del cargo de alguna deuda en la cuenta cuyo saldo se garantiza se producirá una novación de la obligación que quedará sustituida a partir de aquel momento por la que represente en su día el saldo de dicha cuenta que se garantiza en esta escritura.

A la fecha de declaración de concurso, la operación presentaba un saldo deudor de 325.000 euros. Sin embargo, la entidad bancaria no había cargado el saldo deudor en la cuenta especial de liquidación con carácter previo a la declaración de concurso. Por ello, la administración concursal clasificó el crédito como ordinario por el principal, y subordinado por los intereses. Por el contrario, LA BANCA DE LAS BANCAS SA defiende la clasificación como crédito con privilegio especial.

NOVENA CUESTIÓN.- ¿Cuál es la clasificación correcta del crédito titularidad de LA BANCA DE LAS BANCAS SA en el concurso de la sociedad PERLAS DEL MEDITERRÁNEO SL? Razone la respuesta.

II. Impugnación de BANCO NEGRO SA

En la segunda demanda de impugnación de la lista de acreedores, la entidad BANCO NEGRO SA, pretendía el reconocimiento de un crédito privilegiado

especial. Dicho crédito nace de una operación de préstamo concertada el 20 de septiembre de 2020 entre la sociedad matriz del grupo ACCIDENTES MARÍTIMOS SA (cabecera del grupo societario al que pertenece la concursada) y la entidad bancaria BANCO NEGRO SA. En virtud de la misma, la concursada gravó una de las fincas registrales de su titularidad con una garantía hipotecaria. Se garantizaba, así, la deuda contraída por parte de la matriz del grupo ACCIDENTES MARÍTIMOS SA con la entidad con BANCO NEGRO SA. Incumplida dicha obligación, BANCO NEGRO SA comunicó el crédito a la administración concursal de PERLAS DEL MEDITERRÁNEO SL, que lo reconoció en el concurso y lo clasificó como crédito ordinario.

DÉCIMA CUESTIÓN.- ¿Cómo debería ser reconocido el crédito de BANCO NEGRO SA en el concurso de PERLAS DEL MEDITERRÁNEO SL? Razone la respuesta.

III. Comunicación tardía de BANCO DE ORO SA

Finalmente, la administración concursal recibe, una vez agotado el plazo de comunicación de créditos, un escrito procedente de la entidad BANCO DE ORO SA, en el que se le informa de la existencia de una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria suscrita entre la comunicante y la concursada el 22 de agosto de 2022. Dicha escritura no constaba inscrita en el Registro de la Propiedad al tiempo de la declaración de concurso, por causa no imputable a la entidad bancaria, que había tramitado la oportuna documentación, siendo extraviada por el gestor de la Notaría. Solicita BANCO DE ORO SA la inclusión en la lista de acreedores de un crédito con privilegio especial, o subsidiariamente, privilegiado general u ordinario. Aporta, para ello, primera copia o copia auténtica de la escritura.

UNDÉCIMA CUESTIÓN.- ¿Debe la administración concursal reconocer el crédito titularidad de BANCO DE ORO SA en el concurso de PERLAS DEL MEDITERRÁNEO SL pese a su comunicación tardía? Razone la respuesta.

DUODÉCIMA CUESTIÓN.- ¿Tiene la administración concursal algún mecanismo a su alcance para impugnar la garantía real hipotecaria constituida sobre un bien inmueble de su titularidad por parte de PERLAS DEL MEDITERRÁNEO SA en garantía de un préstamo contraído por la matriz del grupo ACCIDENTES MARÍTIMOS SA? Razone la respuesta.

BLOQUE TERCERO: CONVENIO Y LIQUIDACIÓN

Durante la fase común del concurso de PERLAS DEL MEDITERRÁNEO SL un acreedor presenta una propuesta de convenio con el siguiente contenido: *Opción*

A: quitas del 50% de los créditos y esperas de tres años; Opción B: capitalización del importe de los créditos debidos. C. Asunción de la deuda por ACCIDENTES MARÍTIMOS SA.

DECIMOTERCERA CUESTIÓN.-

- (I) **¿Puede un acreedor imponer una propuesta de convenio al deudor?.**
- (II) **¿Qué mayorías serían exigibles para la aprobación del convenio, en función de sus propuestas?**
- (III) **¿Resultaría vinculado el crédito público titularidad de la TGSS si está clasificado como crédito privilegiado general, crédito ordinario y crédito subordinado?**
- (IV) **¿A qué acreedores se extenderían los efectos del convenio en caso de aprobación?**

DECIMOCUARTA CUESTIÓN.- Tramitado el convenio, y aprobado por sentencia judicial, pone de manifiesto la administración concursal que el crédito derivado de sus honorarios, por valor de 8.000 euros, no ha sido satisfecho por el deudor.

- (I) **¿Qué mecanismos tiene a su alcance para reclamar el pago de dicho crédito si el convenio se encuentra en fase de cumplimiento, y, por tanto, están alzados los efectos de la declaración de concurso?**
- (II) **¿Puede el deudor modificar el convenio en caso de incumplimiento del mismo?**

DECIMOQUINTA CUESTIÓN.- En fase de cumplimiento del convenio, la concursada constituye una hipoteca unilateral a favor de la TGSS sobre una finca registral de su titularidad, en garantía del pago aplazado de los créditos reconocidos en la lista de acreedores como privilegio general y que no se adhirieron voluntariamente a la propuesta de convenio. Constatada la imposibilidad de cumplir el convenio, la concursada solicita la apertura de la liquidación. Abierta la fase de liquidación, el administrador concursal recibe una oferta para la adquisición del bien inmueble gravado con la hipoteca unilateral en favor de la TGSS, que tilda de favorable al interés del concurso. Al tratarse de un crédito con privilegio general, la administración concursal pretende la venta del inmueble libre de cargas y gravámenes. Sin embargo, la TGSS se opone argumentando que la hipoteca fue válidamente constituida durante la fase de convenio, por lo que se trataría de un crédito con privilegio especial.

- (i) **¿Cómo debe ser clasificado dicho crédito en la lista actualizada de acreedores posterior al incumplimiento del convenio?**
- (ii) **¿Cabría el ejercicio de la acción rescisoria concursal para privar de eficacia a la hipoteca unilateral constituida en favor de la TGSS?**

BLOQUE CUARTO: CONCLUSIÓN Y CALIFICACIÓN DEL CONCURSO

DÉCIMOSEXTA CUESTIÓN.- En la tramitación de la Sección Sexta de calificación del concurso, la administración concursal toma en consideración el hecho de que durante los dos años anteriores a la declaración de concurso, uno de los dos administradores solidarios, el Sr. Álvarez, vendió existencias (joyas) a su hermano Faustino, administrador de la empresa, RECADOS Y SERVICIOS SL, que es competidora en el mercado de joyas especializadas, El precio de dichas compraventas era muy inferior al precio de venta al público. Valorada la diferencia, concluye el administrador concursal que el perjuicio asciende a la cantidad de 30.000 euros.

- (i) **¿Cómo podría influir este hecho en la calificación del concurso?**
- (ii) **¿Cabría simultáneamente el ejercicio de la acción de rescisión concursal de dichas compraventas y la fundamentación en la pieza sexta de una eventual agravación de la insolvencia legitimadora de la calificación culpable del concurso?**

DECIMOSÉPTIMA CUESTIÓN.- Una vez dictado el auto de conclusión del concurso por finalización de las operaciones de liquidación, el acreedor, MANTELERÍAS IMPOLUTAS SL presenta una demanda de ejecución forzosa frente a la sociedad extinta PERLAS DEL MEDITERRÁNEO SL, que tiene la hoja registral cerrada en el Registro Mercantil por mandato del juez del concurso. Pretende el acreedor ejecutar ante un Juzgado de Primera Instancia unos bienes sobrevenidos, de los que no se tuvo constancia durante el procedimiento concursal. Aporta, para ello, el documento consistente en el listado de acreedores donde consta reconocido su crédito.

- (i) **¿Tiene legitimación pasiva la sociedad PERLAS DEL MEDITERRÁNEO SL para ser parte ejecutada en dicho procedimiento?**
- (ii) **¿Cómo podría el acreedor liquidar los bienes sobrevenidos del deudor?**

BLOQUE QUINTO: ASPECTOS LABORALES DEL CONCURSO

Tras la declaración de concurso de la empresa PERLAS DEL MEDITERRÁNEO S.L., el Juzgado de lo Mercantil aprobó la extinción de los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla de la citada empresa, previa tramitación de expediente de despido colectivo finalizado con acuerdo con la Representación Legal de los Trabajadores.

Una vez recibida la comunicación de despido, uno de los trabajadores afectados, don José R.R, interpuso ante la jurisdicción social demanda por despido nulo y subsidiariamente improcedente, contra la decisión extintiva individual. Se dirigió tal demanda contra la empleadora, PERLAS DEL MEDITERRÁNEO S.L; contra su administración concursal y contra otras cuatro empresas (RECADOS Y SERVICIOS S.L, PERLAS DEL ATLÁNTICO S.L, PERLAS DEL PACÍFICO S.L y PERLAS DEL ADRIÁTICO S.L) por entender el trabajador que existía un grupo de empresas a efectos laborales. Esas otras cuatro empresas codemandadas no estaban incluidas en el procedimiento de concurso de acreedores.

El Juzgado de lo Social al que fue repartida la demanda individual de despido se plantea de oficio su falta de competencia, al entender que la misma podría corresponder al Juzgado de lo Mercantil concedor del concurso.

DECIMOCTAVA CUESTIÓN.-

- (i) Determine, con cita de la normativa aplicable, a cuál de tales órganos jurisdiccionales corresponde el conocimiento del asunto (acción individual de despido de un trabajador incluido en un despido colectivo concursal).**
- (ii) El hecho de que la demanda se dirija contra empresas no concursadas, alegándose la existencia de un grupo patológico de empresas, ¿alteraría la competencia para el conocimiento de la acción de despido?**
- (iii) En el periodo de consultas durante la tramitación del expediente de despido colectivo, la representación empresarial y la de los trabajadores alcanzaron un acuerdo aprobado por el Juzgado de lo Mercantil. En la demanda de despido interpuesta por el trabajador se alega, como fundamento de su pretensión de nulidad y, subsidiariamente, improcedencia, que las causas «son falsas y no concurren en modo alguno». ¿Considera que es posible tal alegación, a la vista de la existencia de un acuerdo**

durante el periodo de consultas? En caso afirmativo, desarrolle el fundamento normativo de tal acción

DERECHO DE SOCIEDADES

El 10 de enero de 2022 se celebró junta general extraordinaria de la sociedad JUEGA Y GANA SL, cuyo primer punto del orden del día era:

“De conformidad con lo previsto en el artículo 238 de la Ley de Sociedades de Capital, se acuerda que la Sociedad entable la acción social de responsabilidad contra los actuales consejeros D. Xavier Puig y PERNAS EN PRENDAS SL (siendo el representante persona física de la misma D. Pedro Pernas), y los antiguos consejeros D. Julio Verne y D^a. Encarnación París.

En el caso de consejeros o antiguos consejeros personas jurídicas la acción de responsabilidad se extenderá, también, a las personas físicas designadas para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador de acuerdo con el artículo 236.5 de la Ley de Sociedades de Capital.

El anterior acuerdo implica la destitución inmediata de los consejeros D. Xavier Puig y PERNAS EN PRENDAS SL, al amparo de lo previsto en el artículo 238.3 de la Ley de Sociedades de Capital”.

Este punto del orden del día fue aprobado con el voto favorable del socio mayoritario, LUCES Y SOMBRAS SL, titular del sesenta por ciento del capital social de JUEGA Y GANA SL, e íntegramente participado por el fondo de inversión y capital riesgo ARRIESGO Y GANO SL. Obtuvo el voto en contra de los restantes ocho socios minoritarios.

Dos de tales socios minoritarios, D. Pablo Carrasco y EMPRESAS UNIDAS SL, ejercitaron la acción de impugnación del mencionado acuerdo social e interpusieron su nulidad, alegando, como motivos de impugnación, la infracción del derecho de información recogido en el artículo 196 LSC, y el carácter abusivo del acuerdo, con el argumento de que el acuerdo es fruto de una imposición de la mayoría frente a los minoritarios, y no obedece a una necesidad razonable.

La sociedad demandada contestó oponiéndose a la demanda y negando el carácter abusivo del acuerdo y la infracción del derecho de información.

Se consideran probados los siguientes hechos relevantes:

La sociedad JUEGA Y GANA SL, que tiene por objeto social “*el diseño, la fabricación y la comercialización de lámparas, aparatos eléctricos de iluminación y equipos auxiliares*”, fue fundada por los socios pertenecientes a tres ramas: la familia Gana, la familia Juega y la familia Riesgo.

A finales del ejercicio 2020, la situación económico-financiera de JUEGA Y GANA SL era extremadamente grave, pues el 15 de diciembre de 2020 existía una deuda financiera de más de veinte millones de euros.

Dicha situación llevó a JUEGA Y GANA SL a presentar una solicitud de pre-concurso, admitida a trámite mediante decreto de 30 de enero de 2021, por parte del Juzgado Mercantil nº 10 de Madrid.

En fecha 29 de marzo de 2021, la entidad LUCES Y SOMBRAS SL adquirió 80.000 participaciones de JUEGA Y GANA SL. La adquirente se hallaba íntegramente participada por el fondo de inversión ARRIESGO Y GANO SL., que pasó a titular el 60% del capital social de JUEGA Y GANA SL, por un precio de diez euros.

En la misma fecha, el 29 de marzo de 2021, fueron suscritos tres contratos privados distintos, a saber:

- (i) *Un acuerdo de Reestructuración de la Deuda y Pactos Complementarios de JUEGA Y GANA SL, suscrito entre las entidades financieras BANCO DE NAVARRA y BANCO DE GUIPUZCOA (como acreedores), JUEGA Y GANA SL (como sociedad obligada) y LUCES Y SOMBRAS SL (como socio inversor).*
- (ii) *Un acuerdo de inversión en JUEGA Y GANA SL, suscrito entre LUCES Y SOMBRAS SL y los socios familiares (minoritarios), mediante el que se establecieron los términos y condiciones en los que se realizaba la entrada en el capital de la sociedad por parte del fondo de inversión ARRIESGO Y GANO SL. En dicho acuerdo se detallaron las actuaciones a llevar a cabo a la fecha del cierre del mismo, las declaraciones y garantías del inversor, las declaraciones y garantías de los socios familiares o el régimen de responsabilidad de los mismos.*
- (iii) *Un pacto de socios, suscrito también entre LUCES Y SOMBRAS SL y los socios familiares de conformidad con lo previsto en el Acuerdo de Inversión, mediante el que se procedería a «regular determinados aspectos del funcionamiento de la Sociedad y de sus relaciones como socios de ésta».*

En el mismo se indicaba que *«con sujeción a los términos y condiciones de este Contrato y sin perjuicio de sus legítimos derechos e intereses como socios, cooperar de buena fe en la promoción de los negocios de las Sociedades, tratando de incrementar su valor y beneficios para situarlas entre los operadores más competitivos del mercado»* (Cláusula 3 del Pacto de Socios).

Se acordó que *«[i]nicialmente, el primer ejecutivo de la Sociedad será Xavier Puig»* y que *«las actividades de la Sociedad serán inicialmente gestionadas por su actual equipo directivo»*.

La operación de compraventa de participaciones sociales por parte de LUCES Y SOMBRAS SL se consumó el 12 de abril de 2021, fecha en la que:

- (i) Se cumplieron las condiciones suspensivas a las que se había sometido la eficacia de la escritura de compraventa de participaciones sociales.
- (ii) Se elevaron a público el resto de los contratos vinculados con dicha compraventa, esto es, el Acuerdo de Reestructuración de Deuda de JUEGA Y GANA SL, el Acuerdo de Inversión, y el Pacto de Socios suscritos entre los socios minoritarios y LUCES Y SOMBRAS SL.
- (iii) Se produjo una recomposición del Consejo de Administración de JUEGA Y GANA SL, que pasó a tener cinco miembros: dos nombrados por los socios familiares (fueron dos de los miembros del anterior Consejo de Administración, D. Xavier Puig y PERNAS EN PRENDAS SL), y otros tres consejeros nombrados por el nuevo socio.

En dicho contexto, el Consejo de Administración de JUEGA Y GANA SL formuló en fecha 30 de marzo de 2021 las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2020, es decir, con anterioridad al momento en el que se produjo el cambio de composición en el Consejo de Administración (efectivo el 12 de abril de 2021).

Los cuatro administradores de JUEGA Y GANA SL que integraban el Consejo de Administración el 30 de marzo de 2021, y que, por tanto, formularon las cuentas anuales del 2020, eran dos de los socios familiares.

El 28 de junio de 2021, se celebró la Junta General de Socios de JUEGA Y GANA SL en la que se aprobaron las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2020.

El 7 de noviembre de 2021 se reunió el Consejo de Administración de JUEGA Y GANA SL, para abordar la presunta existencia de graves irregularidades contables sobre la base de un informe elaborado por la firma PERITOS IMPECABLES SL, que reflejaba una supuesta sobrevaloración de existencias, una incorrecta activación de gastos I + D, y la existencia de flujos de caja que no constatarían las necesidades reales de tesorería.

El 4 de febrero de 2022, se celebró la Junta General Extraordinaria de JUEGA Y GANA SL en la que se adoptó el siguiente acuerdo:

“De conformidad con lo previsto en el artículo 238 de la Ley de Sociedades de Capital, se acuerda que la Sociedad entable la acción social de responsabilidad contra los actuales consejeros D. Xavier Puig y PERNAS EN PRENDAS SL (siendo el representante persona física de la misma D. Pedro Pernas), y los antiguos consejeros D. Julio Verne y D^a. Encarnación París.

En el caso de consejeros o antiguos consejeros personas jurídicas la acción de responsabilidad se extenderá, también, a las personas físicas designadas para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador de acuerdo con el artículo 236.5 de la Ley de Sociedades de Capital.

El anterior acuerdo implica la destitución inmediata de los consejeros D. Xavier Puig y PERNAS EN PRENDAS SL, al amparo de lo previsto en el artículo 238.3 de la Ley de Sociedades de Capital”.

La Junta General aprobó, con una mayoría del 60% del capital social y con el voto en contra única y precisamente de los socios familiares, el referido acuerdo de ejercicio de acción social de responsabilidad contra las personas que habían desempeñado el cargo de administradores de JUEGA Y GANA SL durante el año 2020 y el primer trimestre de 2021 y que, en esa condición, habían formulado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2020.

Dado que dos de esos cuatro administradores mantenían aun esa condición en la fecha de adopción del referido acuerdo de la Junta General, éste comportó *ope legis* (ex art 238.3 de la LSC) su destitución como consejeros de JUEGA Y GANA SL.

El Consejo de Administración de JUEGA Y GANA SL tomó conocimiento de dicho acuerdo de la Junta General de Socios y acordó declarar extinguido y terminado, con fecha 4 de febrero de 2022, el contrato de prestación de servicios de consejero ejecutivo D. Xavier Puig.

Tras la adopción del acuerdo impugnado, se han sucedido los siguientes hechos relevantes:

(A) La sociedad JUEGA Y GANA SL ha requerido hasta en tres ocasiones a los socios familiares para que indiquen los datos de las personas que quieren nombrar como nuevos miembros del Consejo de Administración en sustitución de D. Xavier Puig y PERNAS EN PRENDAS SL, siendo así que en la presente fecha han sido sustituidos los representantes de los socios familiares en el Consejo de Administración.

(B) El día 12 de marzo de 2022, los peritos de la firma PERITOS IMPECABLES SL concluyeron el informe pericial que *a priori* fundamenta la existencia de las graves irregularidades contables en las cuentas anuales de 2020, y que sirvió de base para la adopción del acuerdo impugnado.

(C) JUEGA Y GANA SA ha interpuesto una querrela por un presunto delito de falsedad contable contra los antiguos administradores de la sociedad, admitida por el Juzgado de Instrucción de Majadahonda, y que se halla en tramitación.

(D) El 30 de octubre de 2022 la Junta de Socios de JUEGA Y GANA SL ha aprobado las cuentas anuales del ejercicio 2021, auditadas por la firma AUDITA SIEMPRE BIEN SL.

1º.- La infracción del derecho de información.

Esgrime la actora como primer motivo para fundamentar la nulidad del acuerdo social impugnado la supuesta infracción del derecho de información de los socios minoritarios en los términos que establece el artículo 196 LSC.

Sostiene la impugnante que, con anterioridad a la celebración de la Junta General Extraordinaria de Socios de JUEGA Y GANA SL de 4 de febrero de

2022, los socios familiares habían solicitado al Consejo de Administración, la información y documentación que pudiera acreditar la eventual existencia de irregularidades contables, base del acuerdo tercero consistente en ejercitar la acción social de responsabilidad, y concretamente:

(i) Cualquier informe, estados financieros de situación, balance, cuenta o cuadro resumen que hubiera sido analizado o facilitado a la consultora PERITOS IMPECABLES.

(ii) Una copia del informe realizado por PERITOS IMPECABLES en el que expresamente se incorporasen la totalidad de los documentos o informaciones, ya sea en papel o en soporte electrónico, que hubieran sido tenidos en cuenta por la citada consultora para alcanzar las conclusiones de su informe.

(iii) Una copia de cualquier informe adicional (incluidos sus anexos en papel o soporte electrónico) realizado en relación con cuentas de correo electrónico o de equipos informáticos asignados a empleados de la Sociedad.

(iv) Copia de la factura o facturas correspondiente a dichos informes y trabajos realizados por PERITOS IMPECABLES, así como sus correspondientes comprobantes de pago.

Ante la negativa del Consejo de Administración de JUEGA Y GANA SA a facilitar dicha información, la solicitud fue reiterada por el representante de varios de los socios minoritarios durante el transcurso de la Junta General Extraordinaria de Socios de 4 de febrero de 2022.

No obstante, dichas solicitudes de información fueron sistemáticamente desatendidas.

PRIMERA CUESTIÓN.-

1.1.- Teniendo en cuenta la naturaleza del acuerdo impugnado, ¿cómo se aplicaría el test de relevancia, a los efectos de enjuiciar una eventual infracción del derecho de información?

1.2.- ¿Tiene el Consejo de Administración obligación de facilitar dicha información?

2º.- De la lesión al interés social y el carácter abusivo del acuerdo.

Respecto al segundo motivo de impugnación del acuerdo social, señalan los impugnantes que resulta lesivo al interés social, a tenor del artículo 204.1.II LSC, por cuanto el inicio del ejercicio de la acción social de responsabilidad no obedece a una necesidad objetiva y razonable de la sociedad, sino que se adopta en beneficio exclusivo del socio mayoritario, y en clara lesión del derecho de los minoritarios.

Expone la actora que el referido acuerdo integra una estratagema global de expolio diseñado por el socio mayoritario LUCES Y SOMBRAS SL con una doble finalidad: la expulsión de los socios familiares del órgano de administración de

JUEGA Y GANA SL, en un primer estadio; y la salida del capital social de la compañía, en un momento posterior. Todo ello, mediante las siguientes actuaciones:

Se provoca el cese de D. Xavier Puig y de PERNAS EN PRENDAS SL como miembros del Consejo de Administración de la sociedad, apartándolos de la gestión diaria de JUEGA Y GANA SL, impidiendo cualquier tipo de conocimiento y control sobre su contabilidad y decisiones comerciales, operativas y/o «estratégicas» por parte de los socios minoritarios, puesto que el acuerdo de ejercitar la acción social de responsabilidad provoca la destitución automática de los miembros del Consejo de Administración.

En virtud de lo estipulado en el contrato de prestación de servicios suscrito la aprobación del acuerdo permite al socio mayoritario prescindir de los servicios de D. Xavier Puig sin tener que indemnizarle.

Además, por mor de lo estipulado en el Pacto de Socios firmado entre LUCES Y SOMBRAS SL y los socios familiares, el cese del consejero delegado implica la modificación de la composición del consejo de administración, que pasa de estar compuesto por cinco miembros a estarlo por seis. Como este consejero adicional es nombrado por el socio mayoritario, de este modo se diluye la representación de los socios familiares en el consejo de administración y, a su vez, el mayoritario pasa a ostentar dos tercios de la representación en el Consejo de Administración de JUEGA Y GANA SL, con los derechos societarios inherentes a esa situación.

Sobre la base de las supuestas “irregularidades” que justificarían la aprobación del acuerdo, LUCES Y SOMBRAS SL pretende iniciar, en su condición de socio y contra todos los socios familiares, una acción judicial de reclamación por supuestos daños y perjuicios, al albur de la Cláusula 2 del Acuerdo de Inversión, según la cual: *“los Socios Familiares responderán frente al Inversor y frente a las Sociedades por los Daños que les haya causado cualquier falsedad o inexactitud de las Declaraciones y Garantías de los Socios Familiares»* y que *«la obligación de indemnizar de los Socios Familiares conforme a esta Cláusula 8 permanecerá en vigor, con carácter general, durante el plazo de 18 meses”*.

Asimismo, en el acuerdo de inversión se indicó que *«el pago de las indemnizaciones por Daños a favor del Inversor se satisfará, según los Socios Familiares determinen conjuntamente, en efectivo o, alternativamente, mediante la dación en pago al Inversor de todas o parte de las Participaciones Resultantes de los Socios Familiares»*.

Las razones que esgrime la parte actora para afirmar que no responde a necesidad razonable alguna, son las siguientes:

En primer lugar, que el socio mayoritario conocía la situación financiera de la sociedad JUEGA Y GANA SL al tiempo de la adquisición del 60% del capital social, es decir, el 30 de marzo de 2021, pues la adquisición de las participaciones sociales se produjo tras un exhaustivo proceso de análisis de la situación patrimonial de la empresa, máxime cuando la entidad ARRIESGO Y

GANO SL es un fondo de inversión especializado en la compraventa de empresas en crisis.

Se basa en la existencia de los siguientes documentos: (i) la existencia del decreto de 30 de enero de 2012 de admisión a trámite de la comunicación del inicio de negociaciones conforme el artículo 5 bis LC dictado por el Juzgado Mercantil núm. 10 de Madrid; (ii) el plan de negocios elaborado por los socios familiares, que se materializa a través de un libro muy completo en el que se incorporan una serie de supuestos y proyecciones a cinco años respecto de todas las compañías del grupo; (iii) finalmente, las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios con sus correspondientes informes de auditoría, emitidos por PERITOS IMPECABLES, con opinión favorable sin salvedades.

Además, la sociedad JUEGA Y GANA SL no ha iniciado la acción social de responsabilidad contra dichos administradores, en tanto que no existe tal «necesidad».

Por ello, concluye la actora que el acuerdo habría sido adoptado en interés y beneficio exclusivo del socio mayoritario, por cuanto:

(a) Diluye la representación de los socios familiares en el Consejo de Administración;

(b) Cesa al Consejero Delegado, vetándole cualquier tipo de conocimiento sobre los pormenores de la Sociedad y, sobre todo, sobre su contabilidad y decisiones comerciales, operativas y/o «estratégicas».

(c) Anuncia la intención de iniciar contra todos los socios familiares, una acción judicial de reclamación de diez millones de euros en concepto de supuestos daños y perjuicios.

SEGUNDA CUESTIÓN.- A la vista de las circunstancias expuestas, ¿resulta abusivo el acuerdo?

3º. De los pactos parasociales.

TERCERA CUESTIÓN

3.1. ¿Cuál es el alcance del pacto de socios respecto a la sociedad?

3.2.- ¿Es vinculante en el caso de que uno de los minoritarios transmita sus participaciones a un tercero?

3.3.- ¿Qué juzgado es competente en caso de que un socio considere que otro lo ha incumplido?

4. Del derecho de separación

CUARTA CUESTIÓN.- En el caso de que la sociedad JUEGA Y GANA SL hubiera tenido beneficios durante los cinco ejercicios anteriores al 2022, sin que la junta acordara el reparto de dividendos, ¿podría D. Pablo Carrasco ejercer su derecho de separación? ¿En qué casos?

5. De la acción social de responsabilidad

QUINTA CUESTIÓN.- ¿Qué requisitos deberá alegar y probar la sociedad LUCES Y SOMBRAS SL para que sea estimada la acción social de responsabilidad?

SEXTA CUESTIÓN.- ¿Podría basarse eventualmente dicha acción en la ausencia de convocatoria por parte del órgano de administración en el ejercicio 2020 de pérdidas que rebajan reducido el patrimonio neto contable a cantidad inferior a la mitad del capital social?

6. De la responsabilidad por deudas

SÉPTIMA CUESTIÓN.- En el caso de que se ejercitara contra los administradores sociales una acción de responsabilidad por deudas del art. 367 LSC, indique cuál sería la fecha del nacimiento de la obligación en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la deuda se ha instrumentados en documentos cambiarios.
- b) Cuando la deuda tiene su origen en un contrato sometido a condición resolutoria expresa.
- c) Cuando la deuda proviene de la obligación de restitución subsiguiente a la resolución por incumplimiento contractual.
- d) Cuando la deuda proviene de la obligación restitutoria subsiguiente a la declaración de nulidad de un contrato.
- e) Cuando la deuda proviene de la indemnización correspondiente a una declaración de despido improcedente.

OCTAVA CUESTIÓN.- ¿Sería compatible el ejercicio de la acción de responsabilidad por deudas con la acción individual contra los administradores? ¿Y con la acción social de responsabilidad?

7. De la vinculación del administrador con la sociedad

NOVENA CUESTIÓN.- ¿En caso de que uno de los administradores sociales ejerciera, a la vez, la función de director general de la misma sociedad, como debería calificarse la relación: mercantil o laboral?

8. De las facultades de los administradores

DÉCIMA CUESTIÓN.- En el caso de que se hubiera otorgado a todos los consejeros un poder general de representación de la sociedad, ¿les sería aplicable el régimen previsto en el art. 249 LSC?

UNDÉCIMA CUESTIÓN.- En caso de que la junta general haya nombrado a un nuevo administrador, pero no se hubiera inscrito el nombramiento en el Registro Mercantil, ¿serían válidos y eficaces los actos realizados en nombre de la sociedad?

9.- De las facultades de la junta general

DUODÉCIMA CUESTIÓN.-

- a) ¿Podría acordar la junta general de la sociedad el cambio de la estructura del órgano de administración sin que dicha cuestión figurase en el orden del día?
- b) ¿Y podría acordar el cese de uno de los administradores, sin que tampoco estuviera previsto en el orden del día?