



Caso Práctico para el Trabajo Fin de Máster

Máster Universitario en Derecho de Empresa

Curso 2021/2022

Autor:

Germán Santos Pérez.

Tutora:

Dña. Ofelia Tejerina García

**Facultad de Derecho. Universidad Pontificia Comillas.
Enero 2022.**

Resumen:

D. Alberto Montenegro es propietario de las compañías Kvothe Beer, S.A. y Denna, S.L. Así, esta primera tiene por objeto la producción de cerveza, mientras que esta segunda a la distribución de este producto, estando ambas ligadas por un contrato de distribución. En el presente caso, todas las controversias surgen tras la venta de Kvothe Beer, S.A. y la posterior terminación anticipada del contrato de distribución que unía a la empresa con Denma, S.A.

Así las cosas, en el presente caso se abordará un innumerable número de operaciones mercantiles y societarias que serán resueltas por el alumno a través de ocho diferentes cuestiones jurídicas. Se tratarán asuntos tales como la acción social de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad, el quórum necesario para la conformación de un Consejo de Administración o la Indemnización por clientela, entre otras muchas cuestiones. Con todo, la posición de d. Alberto Montenegro es la más polémica dentro del caso, pues tras producirse la transmisión de la propiedad de la empresa cervecera Kvothe Beer, S.A. y, tras el nombramiento de d. Alberto Montenegro como administrador de esta, se plantean una serie de problemáticas que se abordarán en el presente caso.

Abstract:

D. Alberto Montenegro is the owner of the companies Kvothe Beer, S.A. and Denna, S.L. Thus, the purpose of the former is the production of beer, while the latter is the distribution of this product, both being bound by a distribution contract. In the present case, all the disputes arise after the sale of Kvothe Beer, S.A. and the subsequent early termination of the distribution contract that linked the company with Denma, S.A.

Thus, this case will deal with an innumerable number of commercial and corporate transactions that will be resolved by the student through eight different legal questions. Issues such as the social action of liability against the administrators of the company, the quorum necessary for the formation of a Board of Directors or the compensation for customers, among many other issues, will be dealt with. However, the position of Mr. Alberto Montenegro is the most controversial in the case, since after the transfer of ownership of the brewery Kvothe Beer, S.A. and the appointment of Mr. Alberto Montenegro as director of the company, a series of problems arise which will be addressed in this case.

Palabras Clave:

Sociedad; Mercantil; Societario; Agencia; Distribución; Contrato; Consejo de Administración; Órgano de administración; Lealtad.

Key Words:

Society; Mercantile; Corporate; Agency; Distribution; Contract; Board of Directors; Administrative Body; Loyalty.

Índice:

I. OBJETO DEL TRABAJO.....	5
II. ANTECEDENTES.....	5
III. ARGUMENTACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS PLANTEADOS	9
CUESTIÓN JURÍDICA (I)	9
CUESTIÓN JURÍDICA (II)	10
CUESTIÓN JURÍDICA (III)	12
CUESTIÓN JURÍDICA (IV).....	13
CUESTIÓN JURÍDICA (V).....	14
CUESTIÓN JURÍDICA (VI).....	16
CUESTIÓN JURÍDICA (VII).....	18
CUESTIÓN JURÍDICA (VIII).....	19

LISTA DE ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

- Art.: Artículo.
- S.A.: Sociedad Anónima.
- S.L.: Sociedad de Responsabilidad Limitada.
- LSC: Ley de Sociedades de Capital.
- CC: Código Civil.
- CP: Código Penal.
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
- DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública).
- LCA: Ley Contrato de Agencia.

I. OBJETO DEL TRABAJO

El objeto del presente Trabajo de Fin de Máster consiste en resolver cada una de las cuestiones planteadas. Para ello, en este Trabajo, una vez expuestos los antecedentes de hecho del caso, se procederá a resolver las distintas cuestiones. La argumentación se divide en ochos preguntas, con unos hechos concretos que se expondrán previamente acerca de las diversas sociedades.

II. ANTECEDENTES

En 1996, D. Alberto Montenegro, empresario audaz, decidió abrir en Madrid una pequeña explotación dedicada al malteado, molienda, maceración, filtrado y fermentación de cebada para obtener una cerveza de alta calidad.

La pequeña explotación de D. Alberto Montenegro, que desarrolló desde una sociedad denominada Kvothe Beer, S.A., creció de manera constante dada la calidad su producto.

Dada la necesidad de contar con una distribución efectiva y ordenada de los productos de Kvothe Beer, S.A., Alberto Montenegro constituyó otra sociedad paralela denominada Denna, S.L. dedicada a la distribución de bebidas alcohólicas.

Denna, S.L. suscribió un acuerdo con Kvothe Beer, S.A. en virtud del cual Denna, S.L. tenía, de forma indefinida en el tiempo, la exclusiva para cerrar acuerdos de compraventa con terceros por cuenta de Kvothe Beer, S.A. en todo el territorio nacional de España. A su vez, en virtud del acuerdo, Denna, S.L. estaba autorizada y apoderada para contratar con terceros otros acuerdos de sub-distribución de los productos de Kvothe Beer, S.A. en los términos que considerase necesario.

Llegado el 31 de diciembre de 2018, la cifra de negocios de Kvothe Beer, S.A. había alcanzado la cifra de 32.250.000 € por lo que atrajo el interés de la marca internacional de cerveza MarvelWeisser Inc.

MarvelWeisser Inc., tenía la clara intención de expandir su negocio en Europa y la compra de Kvothe Beer, S.A. parecía, claramente, una opción perfecta para poner un pie firme en el viejo continente. No obstante, dadas las dudas del consejo de MarvelWeisser Inc., MarvelWeisser Inc. decidió acometer la operación de compraventa:

- (a) contando, al menos inicialmente, con un socio financiero local, la sociedad Chetae, S.L. propiedad de una familia reputada de Bilbao que tenía ciertos vínculos con D. Alberto Montenegro y podía ser vista como una buena entrada en las negociaciones. A estos efectos, MarvelWeisser Inc. acordó con Chetae, S.L. que Chetae, S.L. y MarvelWeisser Inc. aportarían cada uno el 50% de los fondos que no se financiaran con terceros y que fueran necesarios para pagar el precio de compra de Kvothe Beer, S.A.; y
- (b) obteniendo financiación de un banco tercero por un importe, al menos, equivalente al 60% del precio a pagar por la compraventa de Kvothe Beer, S.A.

El 15 de enero de 2020, D. Alberto Montenegro recibió una oferta de compra del 100% de sus acciones en Kvothe Beer, S.A. por parte MarvelWeisser Inc. y Chetae, S.L. por un precio de 200.000.000€. D. Alberto Montenegro, cansado de las exigencias de un trabajo de más de 12 horas diarias, incluidos los fines de semana, decidió aceptar la oferta.

Para realizar la compraventa, MarvelWeisser Inc. y Chetae, S.L. constituyeron una sociedad denominada Newco Buyer, S.L. participada al 50% por las dos anteriores entidades. Newco Buyer, S.L. sólo tiene una clase de participaciones sociales de un euro (1,00 €) de valor nominal cada una de ellas.

A los efectos de pagar el precio de la compraventa de Kvothe Beer, S.A. y los costes asociados a la misma Newco Buyer, S.L. recibió los siguientes fondos:

Entidad aportante de los fondos correspondientes	Concepto	Importe (€)
MarvelWeisser Inc.	Aportación de capital en el momento de su constitución a cambio de 1.500 participaciones sociales de Newco Buyer, S.L.	1.500,00
Chetae, S.L.	Aportación de capital en el momento de su constitución a cambio de 1.500 participaciones sociales de Newco Buyer, S.L.	1.500,00
MarvelWeisser Inc.	Aportación de capital con prima a cambio de 1.500 participaciones sociales de Newco Buyer, S.L.	39.998.500,00
Chetae, S.L.	Aportación de capital con prima a cambio de 1.500 participaciones sociales de Newco Buyer, S.L.	39.998.500,00
Banksanva, S.A.	Préstamo de adquisición concedido a Newco Buyer, S.L. como prestatario	130.000.000,00
Total	-	210.000.000,00

En el momento de realización de la operación de compraventa, MarvelWeisser Inc., Chetae, S.L. y Newco Buyer, S.L. otorgaron las siguientes garantías a favor de Banksanva, S.A.:

- (a) Una prenda sobre la totalidad de las participaciones sociales de Newco Buyer, S.L.;
- (b) Una prenda sobre la totalidad de las participaciones sociales de Kvothe Beer, S.A.;
- (c) Una prenda sobre todos los derechos de crédito de Newco Buyer, S.L. derivados de las posibles reclamaciones y acciones del contrato de compraventa firmado con D. Alberto Montenegro; y
- (d) Una hipoteca a constituir una vez transcurridos los 6 meses de haber cerrado la compraventa de Kvothe Beer, S.A. y que recaería sobre el inmueble de Kvothe Beer, S.A. sito en Torrelodones y en el que se encuentra la principal factoría y embotelladora de Kvothe Beer, S.A.

La compraventa de Kvothe Beer, S.A. se formalizó el 25 de febrero de 2020 mediante el correspondiente contrato de compraventa que fue elevado a público en la misma fecha en virtud de la correspondiente escritura pública.

Como parte de los pactos de la compraventa, 15 empleados de Kvothe Beer, S.A. pasaron de estar empleados por Kvothe Beer, S.A. a estar empleados por Denna, S.L.

porque, de acuerdo con el análisis de los asesores de los compradores, dichos empleados se dedicaban a tareas de distribución de los productos que comercializaba Denna, S.L. y no sólo a las tareas de Kvothe Beer, S.A.

En el mismo acto de la compraventa de Kvothe Beer, S.A., MarvelWeisser Inc. y Chetae, S.L. suscribieron un acuerdo de socios de Newco Buyer, S.L. En virtud de dicho acuerdo de socios todas las decisiones relativas a cualquier modificación de estatutos de Newco Buyer, S.L. o cualquier operación de modificación estructural de dicha sociedad debían de ser aprobadas por unanimidad de los socios de Newco Buyer, S.L.

Dado el impacto de la pandemia en 2020 sobre el negocio de Kvothe Beer, S.A., en el ejercicio 2020 las cifras de ventas de Kvothe Beer, S.A. han disminuido por debajo del 60% de las obtenidas en 2019. Dicha reducción de ingresos ha ocasionado tensiones en Kvothe Beer, S.A. y en el seno de su consejo de administración que está formado por las siguientes personas:

- (1) D. Tyler Barron; designado a propuesta de MarvelWeisser Inc. y quien ocupa el cargo de presidente del consejo;
- (2) D. Pablo Aguirrebengoa, designado a propuesta de Chetae, S.L.; y
- (3) D. Alberto Montenegro, designado a propuesta de MarvelWeisser Inc. y Chetae, S.L. como consejero independiente y, de conformidad con el contrato de compraventa de Kvothe Beer, S.A., obligado a permanecer en dicho puesto hasta el 31 de diciembre de 2022.

Dichas tensiones han ocasionado que se haya convocado por parte de D. Tyler Barron una reunión del consejo de administración para las 9:30 horas del día 30 de noviembre de 2021 con el siguiente orden del día:

1. Análisis de la situación financiera de la Sociedad.
2. Análisis de la posibilidad de fusionar las sociedades Newco Buyer, S.L. y Kvothe Beer, S.A.: exposición de ventajas e inconvenientes de la misma
3. Terminación anticipada del contrato de distribución firmado con Denna, S.L.
4. Suscripción de un préstamo participativo entre MarvelWeisser Inc. como prestamista y Kvothe Beer, S.A. como prestatario.
5. Delegación de facultades
6. Redacción y, en su caso, aprobación del acta de la reunión

Una vez recibida la convocatoria de la reunión del consejo, D. Alberto Montenegro, en un arranque de furia indignada, ha comunicado mediante burofax al consejo de administración de Kvothe Beer, S.A. que va a emprender todas las acciones legales a su alcance para defender los derechos que le asisten en virtud del contrato suscrito entre Denna, S.L. y Kvothe Beer, S.A. A este respecto, en dicho burofax, D. Alberto Montenegro recuerda al consejo de Kvothe Beer, S.A. que: (i) Denna, S.L. ha distribuido los productos de Kvothe Beer, S.A. desde sus principios y que es una gran parte del éxito de Kvothe Beer, S.A. y (ii) que en caso de que de Kvothe Beer, S.A. de por terminado su contrato con Denna, S.L., los 15 empleados que Denna, S.L. contrató procedentes de Kvothe Beer, S.A. volverán a tener que ser contratados por Kvothe Beer, S.A.

Además del burofax que han recibido de D. Alberto Montenegro, todos los miembros del consejo de administración de Kvothe Beer, S.A., a raíz de las diversas informaciones que se han filtrado en el mercado, han recibido:

- (a) un burofax de la sociedad Espumas de Marbella, S.A. En dicho burofax Espumas de Marbella, S.A. comunica que ha conocido por D. Alberto

Montenegro que se va a resolver el contrato con Denna, S.L. y le comunica a Kvothe Beer, S.A. que dicha resolución no ha de afectar en ningún caso a los derechos de distribución en exclusiva que Espumas de Marbella, S.A. tiene en la actualidad para la zona de la Costa del Sol y en virtud del cual Espumas de Marbella, S.A. ha adquirido durante 10 años para su reventa más 3.000.000 € de euros anuales en productos de Kvothe Beer, S.A.; y

- (b) un correo electrónico del banco BankSuisse, S.A. que tiene concedida a Kvothe Beer, S.A. una línea de financiación de circulante por importe de 10.000.000 €. En dicho correo, BankSuisse, S.A. pregunta por la situación patrimonial de Kvothe Beer, S.A. y además, por la hipoteca que parece que se ha constituido sobre el inmueble de Torrelodones que alberga la factoría y embotelladora de Kvothe Beer, S.A. y de la cual no tenían noticia. De acuerdo con la información de la que dispone BankSuisse, S.A., dicha hipoteca se ha constituido en garantía del préstamo concedido a Newco Buyer, S.L. por Banksanva, S.A. a los efectos de financiar la compraventa y los gastos de la compra de Kvothe Beer, S.A. y según entiende BankSuisse, S.A. dicha hipoteca no es conforme a Derecho.

A raíz de las anteriores circunstancias, el abogado del grupo MarvelWeisser Inc. sito en Tennessee (Estados Unidos de América), le ha escrito un correo electrónico solicitándole una reunión urgente y un informe que verse sobre todos y cada uno de los siguientes aspectos:

III. ARGUMENTACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS PLANTEADOS

CUESTIÓN JURÍDICA (I)

En el caso que nos ocupa, Kvothe Beer, S.A. ha resuelto unilateralmente el contrato de distribución que ostentaba con la empresa Denna, S.L. Ante esto, cabe preguntarse con carácter previo la relación jurídica que existe entre ambas compañías.

El contrato que se ajusta más a estos hechos es del Contrato de Agencia. Este viene recogido en el art. 1 Ley 12/1992:

Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.

Este contrato es claramente de aplicación, pues la empresa Denna, S.L. se obliga de manera indefinida a promover contratos por cuenta ajena a cambio de una remuneración. Consecuencia de esto, la Ley sobre Contrato de Agencia (Ley 12/1992) será de aplicación para este supuesto. Tal y como dispone el art. 1.124 CC, ante la terminación anticipada del contrato, el perjudicado podrá escoger entre: exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. En el supuesto de que se opte por resolver el contrato, podremos señalar las siguientes posibles acciones que cabrían ejecutar en su caso por Denna, S.L.:

i. Indemnización por clientela.

Denna, S.L. podrá exigir el pago de una indemnización por clientela.¹ Esta indemnización se halla reconocida en el art. 28.1 LCA. Conforme a este precepto, al haberse extinguido el contrato de agencia entre las empresas (independientemente de si es determinado o indefinido) y al haber el agente *“aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente”*, tendrá derecho a una indemnización. Para ello se requiere que su actividad como agente *“puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran”*.

Procederá, por tanto, la imposición de una indemnización por clientela al Agente. Esta indemnización en ningún caso podrá exceder ex art. 28.3 LCA el “importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior”.

ii. Indemnización por falta de preaviso.

La Ley de Contratos de Agencia establece dos requisitos a efectos de extinguir el contrato por voluntad de cualquiera de las partes: 1. Que se efectúe por escrito. 2. Que se efectúe en el plazo que determina la Ley.

¹ Trullenque, R., “La indemnización por clientela en el contrato de Agencia”, *Mariscal & Abogados Asociados* (disponible en: <https://www.mariscal-abogados.es/la-indemnizacion-por-clientela-en-el-contrato-de-agencia/>; última consulta 02/01/2022).

En el caso que nos atañe, Denna, S.L. podrá exigir el pago de una indemnización por falta de preaviso, según dispone el art. 25 LCA. Acorde a este precepto, los contratos de agencia de duración indefinida se extinguirán “por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso por escrito” (art. 25.1 LCA) al ser este indefinido. En efecto, estos podrán extinguirse por mera voluntad de cualquiera de las partes y sin justa causa.

Así las cosas, el plazo de preaviso tendrá la duración que estipula el art. 25.2 LCA. Este será de “un mes para cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses”. En el supuesto de que el contrato haya “estado vigente por tiempo inferior a un año, el plazo de preaviso será de un mes”.

Corresponderá asimismo una indemnización por los daños y perjuicios producidos ante la falta de preaviso tras la extinción anticipada del contrato de Agencia según dispone el art. 29 LSC:

Sin perjuicio de la indemnización por clientela, el empresario que denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida, vendrá obligado a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado al agente, [..]

Por tanto, esta indemnización únicamente se producirá en el supuesto de que Denna, S.L. no cumpla con el plazo de preaviso que establece a tal efecto la Ley. Cabe señalar que esta indemnización ha sido objeto de detalle en sentencias como la **STS de 29 de octubre de 2013**. En ella, se establece que “sólo son indemnizables los gastos o inversiones causados para poner en marcha o adecuar su empresa, conforme a las instrucciones expresas o implícitas del empresario, que no se hubieran amortizado al extinguirse la relación. Por ello, cuando las inversiones puedan ser destinadas al servicio de otros empresarios o usadas en beneficio propio, decae la razón de ser de la indemnización por los llamados “gastos de confianza”. Añade la **STS de 30 de mayo de 2016** que “las inversiones amortizables son las relativas al inmovilizado y los gastos que deban distribuirse entre varios ejercicios. Se trata de una indemnización del daño emergente, no de lucro cesante (...) y solo de las denominadas <<inversiones específicas>>, es decir, las que pierden su valor a la terminación del contrato”.

Se tratan de dos indemnizaciones con carácter **separado** que se podrán exigir independientemente. Tal y como establece el art. 29 LCA, la formulación “sin perjuicio de la indemnización por clientela” nos confirma esta posibilidad.

CUESTIÓN JURÍDICA (II)

En primer lugar, una de las facultades que podrá hacer uso Newco Buyer, S.L. al ser socio único de Kvothe Beer, S.A. es la facultad de **destituir a los administradores** de la sociedad. Así, si atendemos al art. 223.1 LSC, la regulación de la destitución de los administradores sociales es la siguiente:

1. *Los administradores podrán ser separados de su cargo en cualquier momento por la junta general aun cuando la separación no conste en el orden del día.*

Por ende, la regulación societaria únicamente establece como requisito el ser aprobado por la Junta General. A tenor del artículo, la destitución no requerirá que conste en el orden del día. Esto no supondrá un problema en el seno de la mercantil Kvothe Beer, S.A., pues Newco Buyer, S.L. es el socio único de la empresa: únicamente requerirá de su aprobación para que esta deliberación sea llevada a efecto.

Asimismo, d. Alberto Montenegro al ser miembro de un Consejo de Administración deberá ejercer su cargo conforme al art. 227.1 LSC, esto es “con la **lealtad** de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”.

Así, la Ley obliga a los socios (en este caso Newco Buyer, S.L.) a destituir a los administradores que transijan este deber de lealtad ex art. 224.1 LSC:

1. Los administradores que estuviesen incurso en cualquiera de las prohibiciones legales deberán ser inmediatamente destituidos, a solicitud de cualquier accionista, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir por su conducta desleal.

El supuesto que se nos presenta es un claro ejemplo de esta vulneración del precepto, pues d. Alberto es al mismo tiempo miembro de un Órgano de Administración de una empresa y propietario de otra empresa con la que tienen ambas un contrato de distribución, lo cual supone un claro conflicto de intereses. D. Alberto, al ser miembro del Consejo, tomará decisiones que contravienen claramente los intereses de la empresa en beneficio particular.

Ante esta vulneración, el mandato de la LSC es claro, según el art. 227.2 LSC:

2. La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.

Se deberá, por tanto, indemnizar al patrimonio social el daño causado, así como el enriquecimiento injusto que se tipifique como consecuencia de su conducta al vulnerar los intereses propios de la compañía.

Finalmente, cabe señalar que, ante esta situación, Newco Buyer, S.L. podrá ejercer una **acción social de responsabilidad** frente al miembro del Consejo d. Alberto Montenegro. Esta se halla reconocida en el art. 238 LSC:

2. La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo.

Esta consiste en un tipo de acción que podrá ejercitarse tras el acuerdo de la Junta General de Accionistas, siendo en este caso el socio único Newco Buyer, S.L., por lo que requerirá únicamente de su voto. Además de esto, la acción no requerirá que conste en el orden del día.

Así, uno de los presupuestos fundamentales para ejercer este tipo de acción reside en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias como la **STS 16.04.2018**². El Tribunal establece la necesidad de existencia de un “comportamiento activo o pasivo” por el administrador, así como que la sociedad sufra “un daño”. En esta situación, si bien no es hoy por hoy determinable la existencia de este daño, sí que podrá ejercerse según los hechos que se narran en este caso. En efecto, d. Alberto mediante las acciones judiciales que buscan entorpecer el funcionamiento de la empresa (en este caso resolver un contrato de distribución), su conducta podrá suponer un grave perjuicio para la empresa. Esto supondrá daños futuros, que podrán ser cuantificables y, por tanto, exigibles a d. Alberto como administrador de la sociedad mercantil.

² Sevilla Cáceres, F., “Acción social de responsabilidad contra los administradores”, *Mundojuridico.info*, 2021 (disponible en: <https://www.mundojuridico.info/accion-social-de-responsabilidad-de-los-administradores/>; última consulta 12/12/2021).

Así mismo, d. Alberto Montenegro ha mostrado una **grave falta de lealtad** a la empresa de la que es administrador. La LSC establece el deber de lealtad como uno de los deberes más elementales que deben de cumplir los miembros de un órgano de administración. Según dispone el art. 227.1 LSC: *Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.*

Comportamientos tales como su negativa de abstenerse de votar en las deliberaciones que suponen un conflicto de interés, así como de cesar de su cargo de administrador son muestra de ello.

En el caso que se nos plantea, d. Alberto Montenegro ha infringido este deber de lealtad a la luz de los hechos que se enumeran. Así, la Ley de Sociedades de Capital en su artículo 228, apartado e), establece lo siguiente:

En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a: [...]

e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.

El administrador social se encuentra, por tanto, obligado a adoptar aquellas medidas necesarias que puedan “entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad”. No parece por tanto justificable que esta previsión se cumpla a tenor de los hechos, pues d. Alberto hace parte de un órgano de administración y, al mismo tiempo, es propietario de una sociedad que mantiene un contrato de distribución vital con Kvothe Beer, S.A.

Ante la infracción del deber de lealtad, d. Alberto Montenegro deberá indemnizar el daño causado al patrimonio social, así como devolver el enriquecimiento injusto objetado, a tenor del art. 227.2 LSC.

CUESTIÓN JURÍDICA (III)

En la situación que se nos plantea, d. Alberto Montenegro podrá impugnar los acuerdos sociales realizados en el seno de Kvothe Beer, S.A. al ser miembro del Consejo de Administración. Para ello, tendrá un plazo de 30 días desde la adopción de cualquier acuerdo. Según dispone el art. 251:

1. Los administradores podrán impugnar los acuerdos del consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración, en el plazo de treinta días desde su adopción.

Así, la LSC establece como causas de impugnación del acuerdo según dispone a tal efecto la normativa de acuerdos de la Junta General ex art. 251.2 LSC:

2. Las causas de impugnación, su tramitación y efectos se registrarán conforme a lo establecido para la impugnación de los acuerdos de la junta general, con la particularidad de que, en este caso, también procederá por infracción del reglamento del consejo de administración.

Este precepto supone una remisión al art. 204.1 LSC. Por ello, serán impugnables aquellos acuerdos sociales que sean “contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros”.

En este caso, determinados acuerdos que van a ser tomados en la Junta contravienen este precepto. En concreto, la terminación anticipada del contrato contraviene la Ley al

resolverse unilateralmente sin respetar el tiempo de preaviso que establece la legislación a tal efecto. Así, el contrato de Agencia entre las partes se rige por la Ley de Agencia, y, por tanto, estará sujeto al plazo de preaviso del art. 25.2 Ley 12/1992:

3. El plazo de preaviso será de un mes para cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses. Si el contrato de agencia hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año, el plazo de preaviso será de un mes.

Así, en este caso el plazo de preaviso no se ha cumplido, siendo por tanto el acuerdo impugnabile a todos los efectos. Además de esto, d. Alberto Montenegro podrá impugnar el posible acuerdo social por el que se le cesa como miembro del Consejo de Administración. En efecto, d. Alberto podrá argumentar que este acuerdo contraviene los intereses sociales, pues tal y cómo ha quedado patente, parte del éxito de la empresa es gracias a su obra. La empresa fue en su momento creada por él, por lo que no parece justificable que sea cesado a causa de su propiedad de una sociedad que ha sido vital en los éxitos de Kvothe Beer, S.A. Esta ha logrado desarrollarse gracias a estar mano a mano con Denna, S.L., y ambas se han beneficiado de su especial relación a través del tiempo.

CUESTIÓN JURÍDICA (IV)

a. El contrato de socios entre las partes incluye una cláusula de opción de venta a favor de uno de los socios. En la medida en que ambas partes hayan aportado su consentimiento a este pacto de socios, quien acepta vender unas acciones por un valor determinado lo hará por el precio señalado. Así las cosas, al concurrir el consentimiento del aceptante, así como el del oferente, se perfeccionará el contrato de compraventa (art. 1262 párrafo 2 CC).

Cuando se realiza un contrato de estas características, el optante se reserva la facultad de vender las acciones por el precio pactado, mientras que el optatario consiente la compra de estas por el precio señalado. La forma más habitual para el ejercicio de esta opción es a través de la notificación notarial (a través de Notario), quien a su vez, notificará al destinatario. Sin embargo, puede emplearse cualquier medio, aunque en tales casos la carga de la prueba recaerá en el optante.

Asimismo, el ejercicio de esta opción requiere una declaración unilateral de voluntad inequívoca por parte del optante. En efecto, el art. 1262 CC reafirma el principio de cognición: existe consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido al aceptante no puede ignorarla sin faltar a la buena fe. En efecto, la declaración de voluntad del oferente es recepticia. Esto supone que el optante debe hacerla llegar a través de los medios admitidos en Derecho en tiempo oportuno (esto es, en el plazo establecido para ejercer la opción de venta).

Asimismo, por todo ello, el ejercicio de la opción por el oferente consume y extingue el contrato de opción de compra, así como perfecciona el contrato de compraventa entre las partes.

b. La Ley que deberá regir con respecto al contrato de socios de MarvelWeisser, Inc. y Chetae, S.L. deberá ser la de España.

En efecto, si nos atenemos al art. 9.11 CC, se recoge lo siguiente:

11. La ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción.

Así las cosas, conforme a estos hechos, la Ley de la sociedad mercantil es la de España al estar la mercantil registrada en nuestro país. Se trata, en concreto, de una sociedad Limitada, registrada en el Registro Mercantil conforme a la Ley. Consecuencia de ello, la legislación española será plenamente de aplicación. En concreto, en la medida en que un pacto de socios supone un acuerdo entre socios relativo a la “transformación” y/o “funcionamiento” (sic) de la sociedad, se regirá por la legislación propia del Estado español.

Asimismo, en los hechos del caso se especifica que el pacto de socios rige en las decisiones relativas a “cualquier modificación de los estatutos de Newco Buyer, S.L.”, así como en “cualquier operación de modificación estructural de dicha sociedad”. Este primer supuesto supone un claro caso de “funcionamiento” de la sociedad; mientras que este segundo de transformación de la mercantil. Ante esto, parece ineludible afirmar la aplicabilidad de la Ley de España para el pacto de socios en cuestión.

CUESTIÓN JURÍDICA (V)

a. La resolución del contrato entre Kvothe Beer y Denna, S.L. pone en peligro el suministro de mercancías a la mercantil Espumas de Marbella, S.A. En efecto, esta última ostentaba el derecho en exclusiva de distribución en la Costa del Sol y ha adquirido productos de Kvothe Beer valorados en 3.000.000 de euros.

Ahora bien, la terminación anticipada del contrato con la mercantil Denna, S.L. es independiente con respecto a Espumas de Marbella, S.A. Se tratan de dos contratos independientes, por lo que ninguna clase de acción podrá ejercitarse frente a Kvothe Beer y sus accionistas (en este caso, MarverWeisser) por parte de Espumas de Marbella, S.A. No existe de esta manera, ninguna clase de legitimación para exigir cualquier tipo de responsabilidad frente a MarvelWeisser. En todo caso, podrá exigir responsabilidad por incumplimiento frente a Kvothe Beer a la luz del artículo 1.124 CC, esto es, al incumplir el deber de suministro de productos:

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

Ahora bien, Kvothe Beer, S.A. no ha por el momento incumplido, por lo que carecería de cualquier sentido exigir responsabilidad en estos momentos. En su caso, podría exigirse en el supuesto de que incumpliese el deber de distribución a tenor del contrato de distribución que posee con Espumas de Marbella, S.A.

b. En este caso, el litigio surge a raíz de que la sociedad Newco Buyer, S.L. no fue informada de la existencia de un contrato de distribución en exclusiva con la mercantil Espumas de Marbella, S.A., al estar esta en posesión de Denna, S.L.

Esta falta de información es sumamente gravosa, por lo que d. Alberto Montenegro y Denna, S.L. son responsables de los perjuicios ocasionados.

Un caso similar a este fue conocido por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Ibiza³, el cual estimó la demanda en sentencia de 21 de julio de 2015, procediendo a condenar a los acusados por un delito de falta de veracidad de las declaraciones, así como al pago de intereses y costas por los daños y perjuicios causados. En este caso, el comprador de una sociedad mercantil descubrió unas deudas que afloraron con posteridad a la compra de la mercantil. En ningún momento durante las negociaciones del contrato se puso de manifiesto estos hechos, por lo que el comprador procedió a interponer una demanda judicial, siendo esta a su favor.

Esta conducta tuvo, por tanto, implicaciones tanto civiles como penales. En base a este precedente, parece inequívoco afirmar que ocultar información del calado de la existencia de un contrato con Espumas de Marbella, S.A., y que se traduce, por tanto, en una obligación pecuniaria *a posteriori* tiene implicaciones penales y civiles. Un contrato de distribución supone, en efecto, la existencia de una obligación que debe ser cumplida, por lo que la omisión de esta supone una deuda que ha sido ocultada al comprador. Cabe a su vez reseñar que la falta de información no supone ex STS 14 noviembre 2014 la existencia de un vicio oculto en el contrato. Supone, en todo caso, la existencia de una causa de resolución del contrato que podrá accionarse en su caso.

Finalmente, cabe reseñar que la falta de suministro de información podrá tener implicaciones penales de acuerdo con el art. 248.1 CP. En el caso que nos encontramos, el hecho de engañar en la venta de una sociedad, induciéndolo a error con ánimo de lucro en la venta de la sociedad supondrá un delito de estafa, tipificado en el art. 248.1 CP:

1. Cometan estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

En base al precedente reseñado, esta conducta omisiva supondría la condena al pago por los daños y perjuicios producidos en la venta a d. Montenegro por cuantía de las deudas devengadas, así como la condena penal por un delito de estafa tipificado en el art. 248.1 CP.

c. En el caso que se nos plantea, el miembro del Consejo de Administración d. Alberto Montenegro ha revelado información confidencial a una tercera empresa (Espumas de Marbella, S.A.). Esta conducta supondría, por tanto, un quebranto del deber de lealtad que impone la Ley, pues revelar información que va a ser votada en la Junta General de Accionistas supone una grave deslealtad. Este deber de lealtad se halla reconocido en el art. 227.1 LSC: *Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.*

Posteriormente, el art. 228 LSC define con mayor detalle la obligación del deber de lealtad:

En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a: [...] b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.

³ “Compraventa de empresas y falta de veracidad en la información”, *Burguera Abogados*, 2016 (disponible en: <https://www.burgueraabogados.com/compraventa-de-empresas-y-falta-de-veracidad-en-la-informacion/>; última consulta 13/12/2021).

El deber de información, de acuerdo con este precepto, es taxativo en pos de guardar secreto sobre informaciones que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo de administrador social.

Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha abordado el deber de lealtad en Sentencias como la STS 662/2011. Para ello, se sirve de tres requisitos para definir este deber:

- En primer lugar, debe existir una información que sea de “carácter confidencial”. Este es el caso de las deliberaciones del Consejo de Administración. Estas van a ser votadas, por lo que revestirán del carácter secreto. Además, esta información tiene una importancia comercial, pues el hecho de revelar esta clase de información tendrá repercusiones en socios comerciales como lo es Espumas de Marbella, S.A.; con un contrato con la sociedad valorado en 3.000.000 de euros.
- En segundo lugar, se requiere que esta información haya sido obtenida “como consecuencia del ejercicio de su cargo”. En este caso, la información relativa a la voluntad de rescindir unilateralmente un contrato valorado en 3.000.000 euros se ajustaría a este precepto, pues la información en cuestión ha sido obtenida de primera mano como consecuencia de ser miembro del Consejo de Administración de la sociedad mercantil Kvothe Beer, S.A.
- En este supuesto se producen las dos premisas mencionadas ut supra. Además de esto, se requiere que la divulgación de la información confidencial a un tercero produzca consecuencias perjudiciales para el interés social. En este caso es claro, pues la revelación de la voluntad de rescindir un contrato de estas características con carácter previo a su votación es perjudicial para la empresa. Así, el tercero no posee *per se* derecho a ser informado. Sin embargo, los accionistas sí tendrán derecho a ser informados acerca de esta resolución en base al derecho de información que reconoce la Ley en el art. 197 LSC.

CUESTIÓN JURÍDICA (VI)

a. La adopción de acuerdos entre los consejeros d. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa será posible a la luz de la LSC, según dispone el art. 247.2 LSC. En este se establece como requisito la convocatoria de una mayoría a efectos de que esta pueda realizarse:

2. En la sociedad anónima, el consejo de administración quedará válidamente constituido cuando concurran a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales.

Así las cosas, en el caso que nos ocupa el Consejo de Administración se encuentra compuesto por 3 miembros, por lo que esta estaría conformada con la presencia de 2 de ellos. El quórum mínimo estaría, por tanto, por encima de la mayoría que establece la Ley (66,6% de los miembros). Por ello, las exigencias de quórum serían conforme a la Ley.⁴

Por su parte, la Ley establece como requisito la mayoría absoluta a la hora de tomar acuerdos (mayoría en más del 50%). Esto viene reconocido en el art. 248.1 LSC:

En la sociedad anónima los acuerdos del consejo de administración se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión.

⁴ González Varadé, P., “Quorum y mayorías legales en junta y consejo en las SL y SA”, *ilp abogados*, 2019, <https://www.ilpabogados.com/quorum-y-mayorias-legales-en-junta-y-consejo-en-las-sa-y-sl/>

En este caso, al estar el Consejo de Administración conformado por dos personas de tres (66.6%), la mayoría sería suficiente para tomar acuerdos.

En efecto, la DGRN ha resuelto ya esta cuestión en resoluciones como la de fecha 14 de marzo de 2016. Del mismo modo que hemos expuesto, el fundamento de la argumentación de la DGRN es el art. 247.2 LSC. Según entiende, el hecho de que concurren 2 de los 3 vocales el quórum por mayoría de los miembros se cumpliría. Del mismo modo, al amparo del art. 248.1 LSC, los acuerdos deben ser aprobados por mayoría absoluta de los miembros del Órgano, siendo este el caso, al votar 2 de los tres miembros del Consejo a favor.

b. En el supuesto de que cualquiera de los tres miembros del Consejo de Administración comparezca, pero uno de ellos vote en contra del acuerdo (en este caso d. Alberto Montenegro) será posible que este sea efectivo.

En efecto, tal y como mencionamos anteriormente, el *quórum* será constituido "cuando concurren a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales". Así, en este caso el quórum se cumpliría pues se hallarían presentes todos los miembros unánimemente.

Así las cosas, en lo que respecta a la votación del acuerdo, tal y como mencionamos *ut supra*, los acuerdos en las Sociedades Anónimas deben ser tomados por mayoría absoluta de los miembros (más del 50%) ex art. 248.1 LSC. En este caso, al ser el acuerdo tomado por dos terceras partes de los miembros del Consejo de Administración con un voto en contra (por ende, 66% afirmativo), sería una mayoría suficiente para tomar el acuerdo.

c. D. Alberto Montenegro tendrá derecho a comparecer con plenas facultades. En la medida de que no haya sido separado de su cargo, ostentará el derecho a comparecer a las reuniones del Consejo de Administración. Si bien, tal y como se ha mencionado *ut supra*, su participación no es determinante. La convocatoria y aprobación de acuerdos podrá hacerse al margen de su participación.

Sin embargo, la situación de d. Alberto Montenegro respecto al conflicto de interés mencionado en la CUESTIÓN JURÍDICA II no es pacífica. Tal y como enunciamos, la LSC establece el deber de lealtad de los miembros del Órgano de Administración (art. 227.1 LSC). Según el artículo: *Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.*

Así, en el caso que se nos plantea, d. Alberto Montenegro ha infringido este deber de lealtad al ser al mismo tiempo miembro del Consejo de Administración de una sociedad (Kvothe Beer, S.A.), así como propietario de otra sociedad con la que tiene un contrato de Agencia (Denna, S.L.). Se plantea en este caso un claro de conflicto al ser los intereses de ambas sociedades contradictorios.

En efecto, d. Alberto Montenegro es miembro de un Consejo de Administración. Esto supone que tendrá que ejercer su cargo conforme al art. 227.1 LSC, esto es "con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad".

Así, este deber de lealtad obliga al administrador a cumplir con los preceptos del art. 228 c):

c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado.

Como consecuencia de esto, d. Alberto Montenegro no podrá participar en aquellas deliberaciones y votaciones que supongan un conflicto de interés, siendo este el caso al ser al mismo tiempo administrador y propietario de una sociedad con la que tiene un Contrato de Agencia y al ser los intereses de sendas empresas opuestos.

Finalmente, al haber d. Alberto Montenegro infringido el deber de lealtad que impone la Ley, el art. 224.2 LSC establece un mandato claro: *Los administradores y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la junta general.* Por ello, deberá cesar de su cargo a instancia de cualquier socio de la empresa por acuerdo de la Junta General de Accionistas. El ser propietario de una sociedad que al mismo tiempo es parte de un contrato de distribución con otra sociedad de la cual es administrador contraviene claramente los intereses de Kvothe Beer, S.A. Cualquier decisión que tome a este respecto va a estar sesgada, al tener unos intereses opuestos al interés social de la empresa de la que es administrador. Por ello, deberá cesar de su cargo “a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la Junta General”.

d. La acción social de responsabilidad no podrá ejercerse contra el administrador en el seno de un Consejo de Administración. Los administradores no se hallan facultados para poder exigir este tipo de responsabilidad (arts. 238 a 240 LSC).

Ahora bien, tal y como establece el art. 238.1 LSC, esta acción podrá ejercerse, en su caso, del acuerdo de la Junta General de Accionistas:

La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día. [...]

En este caso, MarvelWeisser, al poseer ser socio al 50% de Newco Buyer, S.L. podrá instar que esta última sociedad promueva la acción social de responsabilidad contra el administrador d. Alberto Montenegro. Esta acción social podrá efectuarse según se detalla *ut supra* en la CUESTIÓN JURÍDICA II, por lo que se hace una remisión a esa pregunta.

CUESTIÓN JURÍDICA (VII)

En el supuesto que se nos presenta, el contrato de compraventa de la empresa en cuestión lleva aparejado una cláusula de cesión de trabajadores.

Así las cosas, esta cesión de trabajadores tiene visos de ser ilegal. En efecto, la Ley establece determinados supuestos en los que la cesión de trabajadores tendrá esta calificación, según dispone el art. 43.2 ET:

2. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios

para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

Así, en este caso las partes acuerdan la puesta a disposición de trabajadores de una empresa cedente a una cesionaria. Esto supondrá, por tanto, que esta transferencia sea declarada ilegal. La empresa cedente tiene contrato laboral con 15 trabajadores, por lo que no es posible que ceda esta relación laboral sin el consentimiento de los afectados.

Otra de las consecuencias que establece el ET consiste en que la parte cedente y cesionaria deban responder solidariamente de las obligaciones que se devenguen, así como el pago de la Seguridad Social tal y como dispone el art. 43.3 ET:

3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos

En efecto, la empresa Kvothe Beer, S.A. ha cambiado de propietarios. Ahora bien, según el Estatuto de los Trabajadores, la empresa seguirá siendo la empleadora a efectos laborales según dispone el art. 44.1 ET:

1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

Finalmente, cabe reseñar que, al ser esta cesión calificada como ilegal, los trabajadores podrán adquirir la condición de fijos en cualquiera de las dos sociedades implicadas (vid. art. 43.4 ET).

Cabe reseñar según este mismo artículo que los derechos y obligaciones de los trabajadores de la empresa cesionaria se corresponderán con “los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal”.

A modo de conclusión, cabe reseñar que este pacto de cesión de trabajadores tiene visos de ser declarado ilegal. Esto supondrá que este será ineficaz a todos los efectos, y los trabajadores tendrán derecho a elegir su relación laboral entre ambas empresas. Además, sendas sociedades responderán de las deudas devengadas. Los trabajadores tendrán, a su vez, derecho a las mismas condiciones laborales que las ordinarias a un trabajador en el mismo o equivalente puesto de trabajo.

CUESTIÓN JURÍDICA (VIII)

BankSuisse, S.A. ha otorgado un préstamo a la mercantil Kvothe Beer, S.A. bajo una línea de financiación de circulante por valor de 10.000.000 de euros. Por otro lado, el banco Banksanva, S.A. ha concedido un préstamo a favor de Newco Buyer, S.L., así como ha otorgado una hipoteca en garantía de este préstamo. Esta última operación supone, por tanto, una operación a todas luces contraria a Derecho.

En efecto, esta operación es ilegal a todas luces en base a la prohibición que realiza el legislador acerca de la asistencia financiera. Esta prohibición existe en nuestro Ordenamiento Jurídico desde hace años y se encuentra en la actualidad consagrada en el art. 150.1 de nuestra LSC. Esta consiste, *grosso modo*, en que no se puede destinar

recursos propios (como lo es otorgar una hipoteca sobre un bien de una sociedad que se va a adquirir) como garantía por un crédito y que permite, a la postre, facilitar que alguien adquiera participaciones de su capital social. Se haya recogido en la Ley en el artículo reseñado, siendo su redacción la siguiente:

1. La sociedad anónima no podrá anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus acciones o de participaciones o acciones de su sociedad dominante por un tercero.

Si bien ha sido objeto de controversia, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria se inclina por reconocer la nulidad de pleno derecho de esta clase de negocios jurídicos, de conformidad con el art. 6.3 CC. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia actual consideran la nulidad de pleno derecho únicamente a la operación de financiación de la sociedad, no al negocio jurídico de transmisión del dominio de las acciones. La nulidad, por tanto, no se extenderá al negocio de adquisición “asistido”, sino únicamente al negocio de asistencia financiera, es decir, al negocio de financiación (*vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2018).

Asimismo, si bien en un principio esta doctrina fue reconocida por la DGRN (RDGRN 1 de diciembre 2000), fue *a posteriori* confirmada por Sentencias, tales como la de la Audiencia Provincial de Baleares SAP 2 de septiembre 2013 en la que se declara la nulidad de la prenda otorgada por la sociedad a favor del banco que había financiado a los socios para que éstos suscribiesen acciones, pero no los negocios de suscripción. Respecto a la inscripción de la hipoteca aludida en el enunciado, esta tendrá una importancia capital. Según el art. 319 LH, esta inscripción tendrá el siguiente carácter:

Los Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales, los Consejos y las Oficinas del Estado no admitirán ningún documento o escritura de que no se haya tomado razón en el Registro por los cuales se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos reales sujetos a inscripción, si el objeto de la presentación fuere hacer efectivo, en perjuicio de tercero, un derecho que debió ser inscrito. Si tales derechos hubieran tenido ya acceso al Registro, la inadmisión procederá, cualquiera que sea la persona contra quien se pretenda hacerlos valer ante los Tribunales, Consejos y Oficinas expresados.

La inscripción de las hipotecas ha sido objeto de controversia por parte de la jurisprudencia y doctrina en España. Si bien el Tribunal Supremo ha establecido que la inscripción de hipotecas tiene el carácter de “constitutivo”, esta posición ha sido matizada con el tiempo. Por un lado, en Sentencias como la del 7 de noviembre de 2017, el Tribunal reconoce este carácter constitutivo a la inscripción: “en la hipoteca, la inscripción es un requisito de la existencia del derecho, porque la inscripción es constitutiva”. Por su parte, existen numerosas resoluciones del Alto Tribunal que reconocen la validez de las hipotecas que no han sido registradas.

Así las cosas, en Sentencias como la del 18 de octubre de 2007, un deudor niega la eficacia de la hipoteca suscrita al no haberse inscrito en el Registro correspondiente. Ante esto, el Tribunal Supremo matiza su posición con respecto al carácter “constitutivo” de las hipotecas, recordando el carácter irrevocable de esta clase de contratos, así como su fuerza obligatoria a la luz del art. 1091 CC. Esté o no inscrita la hipoteca, existe con carácter previo un préstamo con plenos efectos obligacionales *inter partes*. Rige, por tanto, plenos efectos bajo las reglas básicas del derecho de obligaciones y contratos.

La inscripción de la hipoteca será constitutiva a todos los efectos. Ahora bien, ello no obsta que el negocio jurídico del cual emane sea declarado nulo, y, por tanto, posiblemente revocable con carácter posterior a su constitución.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y FUENTES DE INVESTIGACIÓN

1. LEGISLACIÓN

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE 3 de julio de 2010).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995).

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 13 de noviembre de 2015).

Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE 27 de febrero de 1946).

Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia (BOE 29 de mayo de 1992).

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE 25 de julio de 1889).

2. JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 633/2013, de 29 de octubre de 2013. Fecha de última consulta 12/12/2021.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 355/2016, de 30 de mayo de 2016. Fecha de última consulta 14/12/2021.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 221/2018, de 16 de abril de 2018. Fecha de última consulta 15/12/2021.

Sentencia del Tribunal Supremo núm., de 14 de noviembre de 2014. Fecha de última consulta 30/12/2021.

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 662/2011, de 4 de octubre de 2011. Fecha de última consulta 20/12/2021.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1108/2007, de 18 de octubre de 2007. Fecha de última consulta 29/12/2021.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 594/2017, de 7 de noviembre de 2017. Fecha de última consulta 27/12/2021.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 541/2018, de 1 de octubre de 2018. Fecha de última consulta 25/12/2021.

3. RECURSOS DE INTERNET

Trullenque, R., "La indemnización por clientela en el contrato de Agencia", *Mariscal & Abogados Asociados* (disponible en: <https://www.mariscal-abogados.es/la-indemnizacion-por-clientela-en-el-contrato-de-agencia/>; última consulta 02/01/2022).

Sevilla Cáceres, F., "Acción social de responsabilidad contra los administradores", *Mundojuridico.info*, 2021 (disponible en: <https://www.mundojuridico.info/accion-social-de-responsabilidad-de-los-administradores/>; última consulta 12/12/2021).

¹"Compraventa de empresas y falta de veracidad en la información", *Burquera Abogados*, 2016 (disponible en: <https://www.burqueraabogados.com/compraventa-de-empresas-y-falta-de-veracidad-en-la-informacion/>; última consulta 13/12/2021).

¹ González Varadé, P., "Quorum y mayorías legales en junta y consejo en las SL y SA", *ilp abogados*, 2019, <https://www.ilpabogados.com/quorum-y-mayorias-legales-en-junta-y-consejo-en-las-sa-y-sl/>