



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

Dictamen Jurídic Màster de l'Advocacia

Compravenda d'empreses

Curs 2018-2019

Màster de l'Advocacia

Treball de Final de Màster

Tutor: David Avilés Herrera

Autor: Xavier Sanz Pujol

“Una cosa no es justa por el hecho de ser ley. Debe ser ley porque es justa”.

Montesquieu (1689-1755). Escriptor i polític francès.

“Justicia es el hábito de dar a cada cual lo suyo”.

Ulpiano (170-228). Jurista romà.



ÍNDEX

1. Descripció dels antecedents	5
1.1. Fets i dades en els quals es basa el problema	5
1.2. Documentació	6
1.2.1. Documentació de la qual disposem	6
1.2.2. Documentació que ens faltaria	6
1.3. Qüestions que se'ns plantegen	7
1.3.1. Qüestions substantives	7
1.3.2. Qüestions processals	7
2. Anàlisi jurídic	8
2.1. Fonts aplicables al cas	8
2.1.1. Normativa aplicable	8
2.1.2. Jurisprudència aplicable	8
2.2. Anàlisi del cas	9
2.2.1. Sobre la licitud de l'operació de compravenda entre David i Daniel	9
2.2.2. Sobre les conseqüències de la il·licitud de la compravenda d'accions entre els socis, i els efectes sobre la posterior operació de compravenda de la societat	15
2.2.3. Sobre l'exigència de responsabilitats al nostre client Jorge	21



2.2.4. Sobre la legitimació activa per a impugnar, amb posterioritat a la venda de la societat, la compravenda d'accions entre els socis	29
2.2.5. Sobre la jurisdicció i fur territorial competents per a resoldre la impugnació. Conseqüències de la impugnació. Possible indemnització a qui, i seguint quins criteris	32
3. Conclusions	37
Emissió del dictamen	39
Bibliografia	40



LLISTA D'ABREVIACIONS

Abreviació	Desenvolupament
CEE	Comunitat Econòmica Europea
Dir.	Director
F.J.	Fundamento Jurídico
LEC	Ley Enjuiciamiento Civil
LET	Ley Estatuto de los Trabajadores
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LSC	Ley Sociedades de Capital
RD	Reial Decret
RJ	Repertorio de Jurisprudencia
Roj	Repertorio Oficial de Jurisprudencia
SAP	Sentència Audiència Provincial
S.A.	Societat Anònima
S.L.	Societat Limitada
ss	Següents
STS	Sentència del Tribunal Suprem



1. DESCRIPCIÓ DELS ANTECEDENTS

1.1 – Fets i dades en les quals es basa el problema

Exposats els fets de forma cronològica, el context en el qual es planteja el problema és el següent:

- Hi ha una societat mercantil anomenada Cap de Creus Sol S.A. Aquesta societat té com a objecte social l'exploració de 2 hotels situats a la costa brava (concretament al Cap de Creus, Girona).

- Després de la mort del soci fundador, l'accionariat queda repartit de la següent manera:

- David (fill del soci fundador) té un 30% de les accions
- Daniel (l'altre fill del soci fundador) té un 30% de les accions
- Jorge té un 30% de les accions
- Alberto té un 10% de les accions

- Els socis David, Jorge i Alberto no realitzen cap tasca efectiva en la gestió del negoci; qui s'encarrega del negoci és Daniel.

- Daniel acorda comprar les accions del seu germà David per un preu de 700.000€ (preu raonable de mercat). Com que Daniel no disposa de tot aquest capital, demana un préstec a la societat per valor de 500.000€ per a poder adquirir les accions del seu germà. David i Alberto estan d'acord en donar aquest préstec al Daniel, però Jorge no ho veu correcte i s'hi oposa. Reunits en Junta General, els tres socis aproven aquest préstec de la societat cap al soci Daniel. Jorge no hi està d'acord, de tal manera que vota en contra i decideix impugnar l'acord.

- El negoci comença a anar malament i la societat està perdent molts diners. Al soci que gestiona el negoci (ara soci majoritari i administrador) Daniel, li sembla interessant una oferta de compravenda del 100% de les accions que li ha presentat la mercantil Vacaciones Costeras S.L.

- La societat compradora sol·licita realitzar una Due Diligence financera, legal i fiscal. Daniel facilita tota la documentació necessària i, en termes generals, el resultat de la Due Diligence indica que tot sembla correcte.



- Els socis firmen el contracte de compravenda, de tal manera que Vacances Costeras S.L. passa a ser propietària del 100% de les accions de la seva societat (Cap de Creus Sol S.A.).
- Al cap d'una setmana i mitja de la compravenda, la nova societat propietària descobreix unes contingències molt importants que no es van tenir en compte en la negociació entre les parts:
 - Veuen que la llicència municipal per exercir l'activitat hotelera ha caducat al cap d'una setmana de la compravenda, i l'ajuntament no està disposat a renovar aquesta llicència.
 - Veuen que un dels hotels adquirits podria incomplir la normativa de costes degut a que té una zona de platja tancada amb barreres per a ús exclusiu dels seus socis, fet que podria comportar en qualsevol moment una ordre judicial de supressió d'aquestes barreres i així perdre un dels principals atractius de l'hotel.

Davant d'aquesta situació l'empresa compradora ha fet un requeriment notarial als venedors per a que, en el termini de 10 dies, dipositin els diners rebuts en la compravenda i resoldre així l'operació.

1.2 – Documentació

1.2.1 – Documentació de la qual disposem

No disposem de cap document aportat per el nostre client.

1.2.2 – Documentació que ens faltaria

Respecte a la transmissibilitat de les accions, per a veure si als estatuts s'ha establert alguna clàusula o article on es restringeixi aquesta transmissibilitat (a tenor del que diu l'art. 123 de la Llei de Societats de Capital), i per a conèixer si es recull alguna causa estatutària d'exclusió de socis (a tenor del que diu l'art. 351 de la Llei de Societats de Capital), requerim ens siguin posats a la nostra disposició **els Estatuts Socials de Cap de Creus Sol S.A.**, per a poder comprovar si les accions que s'han transmès són nominatives, veure si els estatuts regulen algunes situacions on aquesta transmissió es pugui denegar, i veure si s'hi recull alguna causa particular d'exclusió de socis.



1.3 – Qüestions que se'ns plantegen

1.3.1 – Qüestions substantives

- Es lícita l'operació de compravenda d'accions entre David i Daniel? Perquè?
- Cal buscar arguments per a defensar la il·licitud d'aquesta operació, atenent a que això podria ajudar en un futur al nostre client a defensar-se davant la demanda de Vacaciones Costeras S.L.?
- Si l'operació realitzada entre David i Daniel fos il·lícita, també ho seria la posterior operació de compravenda d'accions entre Cap de Creus Sol S.A. i Vacaciones Costeras S.L.? Es podria anul·lar aquesta segona operació?
- Quines serien les conseqüències de la il·licitud de l'operació de compravenda d'accions entre els germans David i Daniel?
- Vacaciones Costeras S.L. podria exigir responsabilitats al nostre client?

1.3.2 – Qüestions processals

- Després de l'operació de compravenda de Vacaciones Costeras S.L., qui estaria legitimat per a impugnar l'operació de compravenda d'accions entre David i Daniel?
- Davant de qui s'hauria d'impugnar aquesta operació, i quines conseqüències tindria?
- Si hi hagués una indemnització, a qui s'hauria d'assignar i quins serien els criteris per a fixar-la?



2. ANÀLISI JURÍDIC

2.1 – *Fonts aplicables al cas*

2.1.1 – *Normativa aplicable*

- Espanya. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (BOE [en línia], núm. 206, 25-07-1889, pàg. 1-265). <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>>. [Consulta: 18/10/2018].
- Espanya. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (BOE [en línia], núm. 157, 02-07-1985, pàg. 1-213).<<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>>. [Consulta: 03/11/2018].
- Espanya. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE [en línia], núm. 7, 08-01-2000, pàg. 1-309). <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>>. [Consulta: 24/10/2018].
- Espanya. 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 [en línia], núm. 161, 03-07-2010, pàg. 1-138). <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544>>. [Consulta: 08/10/2018].
- Espanya. 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 [en línia], núm. 255, 24-10-2015, pàg. 1-76). <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>>. [Consulta: 14/10/2018].
- Catalunya. Llei 3/2017, del 15 de febrer, del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes, i de modificació dels llibres primer, segon, tercer, quart i cinquè. (DOGC [en línia], núm. 7314, 22-02-2017, pàg. 1-49). <http://portaljuridic.gencat.cat/ca/pjur_ocults/pjur_resultats_fitxa/?action=fitxa&documentId=777422&language=ca_ES&textWords=llibre%2520sis%25C3%25A8&mode=single>. [Consulta: 18/10/2018].

2.1.2 – *Jurisprudència aplicable*

- Sentència de la Sala de lo Civil del Tribunal Suprem 5262/1994, de 8 de juliol de 1994 (recurs 2493/1991)
- Sentència de la Sala de lo Civil del Tribunal Suprem 551/1997, de 12 de juny de



1997 (recurs 2145/1993)

- Sentència de la Sala de lo Civil del Tribunal Suprem 1086/1998, de 27 de juny de 1998 (recurs 1257/1994)

- Sentència de la Sala de lo Civil del Tribunal Suprem 754/2001, de 23 de juliol de 2001 (recurs 1823/1996)

- Sentència de la Sala de lo Civil del Tribunal Suprem 754/2002, de 15 de juliol de 2002 (recurs 402/1997)

- Sentència de la Sala de lo Civil del Tribunal Suprem 43/2003, de 24 de gener de 2003 (recurs 1001/1997)

- Sentència de la Sala de lo Civil del Tribunal Suprem 60/2005, de 17 de febrer de 2005 (recurs 3622/1998)

- Sentència de la Sala de lo Civil del Tribunal Suprem 829/2006, de 17 de juliol de 2006 (recurs 873/2000)

- Sentència de la Sala de lo Civil del Tribunal Suprem 230/2011, de 30 de març de 2011 (recurs 1569/2007)

- Sentència de la Sala de lo Civil del Tribunal Suprem 413/2012, de 2 de juliol de 2012 (recurs 87/2010)

- Sentència de la Sala de lo Civil del Tribunal Suprem 541/2018, de 1 d'octubre de 2018 (recurs 3194/2015)

- Sentència de la Secció 5^a de l'Audiència Provincial de Palma de Mallorca 53/2017, de 20 de febrer de 2017 (recurs 568/2016)

2.2 – Anàlisi del cas

2.2.1- Sobre la licitud de l'operació de compravenda entre David i Daniel

Sobre la compravenda d'accions entre els socis David i Daniel, el primer que hem de tenir en compte per a valorar la seva licitud és el dret d'adquisició preferent de les accions. Sobre aquest dret, el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio,



por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC en endavant) diu:

“Artículo 123. Restricciones a la libre transmisibilidad.

1. Solo serán válidas frente a la sociedad las restricciones o condicionamientos a la libre transmisibilidad de las acciones cuando recaigan sobre acciones nominativas y estén expresamente impuestas por los estatutos.

Cuando las limitaciones se establezcan a través de modificación estatutaria, los accionistas afectados que no hayan votado a favor de tal acuerdo, no quedarán sometidos a él durante un plazo de tres meses a contar desde la publicación del acuerdo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

2. Serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible la acción.

3. La transmisibilidad de las acciones solo podrá condicionarse a la previa autorización de la sociedad cuando los estatutos mencionen las causas que permitan denegarla.

Salvo prescripción contraria de los estatutos, la autorización será concedida o denegada por los administradores de la sociedad.

En cualquier caso, transcurrido el plazo de dos meses desde que se presentó la solicitud de autorización sin que la sociedad haya contestado a la misma, se considerará que la autorización ha sido concedida”.

Atenent al que recull la LSC sobre les restriccions a la transmissibilitat de les accions, els motius de restricció han d'estar taxats específicament als Estatuts socials, només es pot implantar com a condició que sigui la societat qui autoritzi i denegui aquesta transmissió i, en tot cas, si presentada aquesta sol·licitud per a transmetre la societat no es pronuncia al respecte en dos mesos s'entén que l'autorització està concedida.

En el nostre cas no disposem dels estatuts socials de Cap de Creus Sol S.A., de tal manera que no podem pressuposar cap restricció a la transmissibilitat de les accions sense poder provar-la. Així doncs, fins al moment actual i amb la informació de que disposem, podem dir que la transmissió no ha infringit en aquest aspecte cap dret d'adquisició preferent dels socis.

Ara bé, per a realitzar aquesta transmissió d'accions, un dels socis, Daniel, demana un préstec a la societat per a poder adquirir part de les accions de la mateixa societat. Aquest fet es legal conforme a dret?

Sobre aquesta acció de préstec, la LSC ve a dir el següent:



“Artículo 150. Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias y de participaciones o acciones de la sociedad dominante.

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.

2. La prohibición establecida en el apartado anterior no se aplicará a los negocios dirigidos a facilitar al personal de la empresa la adquisición de las acciones de la propia sociedad o de participaciones o acciones de cualquier otra sociedad perteneciente al mismo grupo”.

La norma que es recull a aquest art. 150 LSC ve a prohibir el fet que una societat concedeixi préstecs per a adquirir les seves pròpies accions o participacions. Aquesta acció s'anomena assistència financera. Tal prohibició té el seu origen al dret britànic, i es va incorporar a l'ordenament jurídic espanyol l'any 1989, després de la seva integració al dret comunitari amb la Segona Directiva 77/91/CEE del Consell, de 13 de desembre de 1976.

A mode d'explicació breu d'aquest concepte jurídic, i tal i com exposen àmpliament Alberto Palomero Benazerraf i Pablo Sanz Bayón¹, la prohibició d'oferir assistència financera pretén evitar el perjudici dels creditors socials així com preservar els interessos dels socis minoritaris, doncs si una societat utilitza part del seu patrimoni per a oferir un préstec, la solvència econòmica de la societat quedarà debilitada al destinar una part dels fons que posseeix (o que pot obtenir a través del seu endeutament) a una finalitat diferent del seu objecte social, i materialitzada en un actiu (les seves pròpies accions) que el legislador jutja i valora com a fictici² (doncs en realitat, la creació de noves accions o la venda de part d'accions pròpies a un tercer no estaran aportant nou capital a la societat, sinó que estaran atorgant poder i participació dins la societat a un tercer, o a un soci ja existent, que comportarà una pèrdua de poder per als socis minoritaris, i al mateix temps comportarà un desplaçament de part del patrimoni social que impedirà que aquest es pugui utilitzar per a la consecució de l'objecte social, o per al repartiment de dividends, fins que el deutor no retorni aquest patrimoni a l'haver social).

Aquesta prohibició recollida a l'art. 150 LSC també busca evitar que els administradors, en un abús de les seves funcions, puguin assegurar o reforçar la seva posició dins la societat, adquirint ells mateixos part de l'accionariat de la societat, o facilitant a terceres persones (físiques o jurídiques) properes a ells i

¹ *vid.* PALOMERO BENAZERRAF, ALBERTO i SANZ BAYÓN, PABLO. *Alcance de la prohibición de asistencia financiera en las adquisiciones apalancadas*, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 3/2013, pàg. 1-34.

² En aquest sentit *vid.* TRÍAS SAGNIER. *La problemática de asistencia financiera*, Régimen jurídico y tributario del capital riesgo en España. Entidades y operaciones, Madrid-Barcelona, 2006, pàg. 160.



favorables al seu càrrec l'adquisició d'accions, trencant d'aquesta manera l'equitat de tracte entre tots els socis i fidelitzant-ne una part a canvi d'un favor en forma de préstec gratuït (doncs no es podran cobrar interessos), el risc del qual l'assumeix íntegrament la societat. La clàusula de tancament que es recull a l'apartat primer d'aquest article manifesta que els supòsits esmentats anteriorment no són els únics prohibits per la norma, però si els més freqüentment utilitzats, raó per la qual el legislador els ha volgut incloure al precepte. D'aquí podem extreure, com a concepte principal, que l'assistència financera entesa com una conducta mercantil és allò que verdaderament busca prohibir la norma, això es, no permetre que una societat financi amb fons propis la seva pròpia adquisició d'accions o el seu propi augment de capital, essent els supòsits que es recullen a l'inici de l'article mers exemples de les conductes més freqüents que el legislador vol evitar que es duguin a terme³.

Aquest art. 150 LSC contempla només una excepció sobre la prohibició d'assistència financera, i es per aquells casos en que el préstec es concedeixi amb l'objectiu que el personal de l'empresa sigui qui adquireixi les accions o participacions. Atenent doncs a aquesta única excepció en la que seria permès un préstec societari, la pregunta que ens em de plantejar es: podem considerar a Daniel (soci que compra les accions del soci David a través d'un préstec que li concedeix la societat) com a personal de l'empresa?

La resposta a aquesta pregunta es la que segueix. La gran majoria de la doctrina jurídica coincideix a dir sobre aquest respecte que tota persona que tingui una relació laboral amb l'empresa s'entendrà que és personal de l'empresa.

La relació dels membres de l'òrgan d'administració (ja sigui aquest en forma d'administrador únic, administradors solidaris o mancomunats, o consellers no executius) envers la societat es regeix per la normativa societària (art. 210 i ss LSC) i per el que estableixin els estatuts socials. De fet, i de forma concreta, estan exclosos els membres de l'òrgan d'administració de l'àmbit laboral per la pròpia Llei de l'Estatut dels Treballadors (LET en endavant), quan al seu art. 1.3 c) diu que « 3. Se excluyen del ámbito regulado por esta ley: [...] c) La actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo». En conseqüència, la seva relació amb la societat serà mercantil.

Sobre el concepte de personal d'empresa també es pronuncia la **STS 413/2012**, de

³ En aquest sentit vid. VAQUERIZO, ALONSO. *Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias*, Madrid, 2003, pàg. 151 y ss.



2 de juliol de 2012, on a tenor de la interpretació de l'art. 150.1 LSC, va venir a clarificar al seu fonament de dret segon, motiu primer, paràgraf 48, que:

“... tal asistencia financiera no se encuentra amparada por la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 81 que, de forma paralela a la prevista en el artículo 23 de la Directiva de 1976 dispone que “[l]o dispuesto en el apartado anterior no se aplicará a los negocios dirigidos a facilitar al personal de la empresa la adquisición de sus acciones o de acciones de una sociedad del grupo”, al no poder encuadrarse en la misma la financiación a quienes no se hallan vinculados ni por una relación laboral sujeta al régimen regulado en el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ni en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que regula el especial de alta dirección y, desde luego, en modo alguno puede comprender la asistencia a una sociedad capitalista, por mucho que sus directivos tuviesen vinculación con la sociedad”.

Ara bé, en el cas de consellers delegats, administradors únics, o consellers als quals se'ls hi atribueixin funcions executives, la llei exigeix que s'ha de formalitzar contractualment aquesta relació (art. 249.3 i 4 LSC), però no s'estableix de forma imperativa que hagi d'ésser un contracte de caràcter mercantil. Degut a això, aquests casos s'exclouen del supòsit recollit a l'art. 1.3 c) de l'Estatut dels Treballadors, i en conseqüència es poden entendre com una relació laboral.

Per altre banda també tenim la relació laboral de caràcter especial del personal d'alta direcció, regulada a l'art. 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, per el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (RD 1382/1985 en endavant), que inclou aquells treballadors que duguin a terme i executin accions que responguin a un exercici de poder inherent a la titularitat jurídica de la societat, això es, que actuïn en nom de l'empresa i prenguin decisions que l'afectin i de les quals en respongui la mateixa empresa. En aquests casos de relacions laborals queden excloses expressament les persones que desenvolupin funcions de les recollides a l'art. 1.3 c) LET, exclusió que també es recull a l'art. 1.3 de l'esmentat RD 1382/1985. Però aquests supòsits poden ser confusos, doncs les mateixes normes legals no esclareixen el concepte, e inclús podrien estar entrant en contradicció entre si. Aquesta situació ens porta a preguntar-nos: Es compatible mantenir una relació d'administrador amb funcions executives dins l'àmbit d'una relació laboral especial d'alta direcció?

Fins fa no gaire temps l'existència de la “doctrina del vincle⁴” establia que aquesta

⁴ Aquesta consolidada doctrina es crea i comença a manifestar amb la jurisprudència de la Sala de lo Social nº 6 del Tribunal Suprem, a través de la sentència de 29 de setembre de 1988 (RJ 1988/7148) anomenada “Caso Huarte”, de la qual se'n destil·len dues conclusions bàsiques: 1ª) el fet d'excloure de l'àmbit de la laboralitat les relacions de l'administrador social, inclús en els casos on a aquest se'l qualifiqui per una dedicació professional rellevant envers la societat; 2ª) la impossibilitat que, en el marc de la relació entre administrador social i societat, les parts puguin



relació no era compatible. Tal i com exposa Mario Barros García⁵, el nucli substantiu d'aquesta doctrina consistia, essencialment, en entendre que les funcions de direcció y gestió d'una societat, per molt concretes i específiques que siguin, corresponen necessàriament a les funcions ordinàries que componen el càrrec de l'administrador social, de manera tal que, si es desenvolupen per un administrador, no poden constituir l'objecte contractual d'una relació laboral especial d'alta direcció.

Però actualment s'entén que aquesta doctrina ha quedat superada després de la reforma de la LSC introduïda per la Llei 31/2014, de 3 de desembre, per la qual es modificava la Llei de Societats de Capital per la millora del govern corporatiu, i la doctrina majoritària ha passat a considerar els contractes dels consellers delegats o amb funcions executives com a contractes laborals, degut a que la mateixa llei estableix una regulació diferent per la relació de la societat amb els consellers delegats, en contraposició a la relació que estableix entre la societat i els administradors. S'entén que els administradors que tinguin un contracte d'arrendament de serveis establert entre ells i la societat per dur a terme les funcions que els hi hagin estat atribuïdes se'ls hauria d'enquadrar dins el tipus de relació laboral de caràcter especial del personal d'alta direcció i, per raó d'aquest contracte laboral, passar a considerar-los com a personal de l'empresa, quedant d'aquesta manera exclosos de la prohibició d'assistència financera recollida a l'art. 150 LSC⁶.

pactar la juxtaposició o l'establiment d'un contracte laboral especial d'alta direcció.

D'aquesta manera, i exposant aquí una breu síntesi del contingut d'aquesta doctrina del vincle (doncs no és objecte d'aquest treball el seu estudi i exposició), podem dir que aquesta doctrina aplicada per els tribunals socials, i posteriorment i de manera consolidada també per els tribunals civils, el que venia a concretar es que "el que determina la qualificació de la relació entre administrador i societat com a mercantil o laboral no es el contingut de les funcions que aquest realitza sinó la naturalesa del vincle que uneix a les parts", de manera tal que si existia una relació d'integració orgànica en l'àmbit de l'administració social la relació no podia ésser laboral sinó mercantil. Tant sols en els casos de relacions de treball amb un règim de dependència (on hi fossin clarament presents els conceptes de dependència i alienitat) però no qualificables de relació laboral especial d'alta direcció sinó de relació laboral comuna, es podria admetre el desenvolupament simultani dels càrrecs d'administrador social i de mer treballador amb una relació de caràcter laboral.

⁵ En aquest sentit es pronuncia BARROS GARCÍA, MARIO, al seu article *¿Continúa vigente la «Doctrina del vínculo» tras la modificación de la Ley de Sociedades de Capital?*, Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez, nº 41/2015, pàg. 34 a 41.

⁶ Així es manifesta sobre la relació dels administradors amb la societat i la doctrina del vincle JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL, *Adiós a la teoría del vínculo*, al seu blog Almacén de derecho, 16 de desembre de 2015, quan diu que «*En el caso de que la administración esté confiada a un administrador único, el problema desaparece (y la doctrina del vínculo es parcialmente correcta) si razonamos como sigue: es absurdo calificar simultáneamente una relación unitaria como un contrato de trabajo y un contrato de arrendamiento de servicios (especial). El contrato entre el administrador y*



D'aquesta manera, i amb la vigència de la normativa actual, podria ésser possible una situació on un soci administrador rebi un préstec per part de la societat, amb la finalitat d'adquirir aquest una part de les accions de la mateixa societat, sempre que aquest soci mantingui una relació de caràcter laboral amb la societat establerta a través d'un contracte laboral. D'aquesta manera a aquest soci se'l podria considerar "personal de l'empresa" als efectes de l'art. 150.2 LSC, i quedaria exclòs de la prohibició d'assistència financera.

Ara bé, aplicant al nostre cas aquesta norma, podem considerar al soci que rep el préstec societari com a personal de l'empresa? En la mateixa votació on la Junta General aprova concedir aquest préstec al soci Daniel també s'anomena a aquest com a administrador únic, i a pesar que en els tres mesos següents al seu nomenament ell s'encarrega de gestionar la societat (amb uns resultats dolents), no se li ofereix per part de la societat cap contracte a través del qual se li atribueixin funcions executives (tal i com recull l'art. 249.3 i 4 LSC), de tal manera que la seva relació amb la societat és purament mercantil, d'integració orgànica dins de la societat com a administrador. Sota aquestes circumstàncies a Daniel no se'l pot considerar "personal d'empresa", doncs el seu vincle d'unió amb la societat no es laboral, i en conseqüència, el préstec que la societat li ofereix per a comprar les accions del soci David és una acte d'assistència financera normativament prohibit per l'art. 150 LSC, i per tant, impugnable i il·lícit.

2.2.2. - Sobre les conseqüències de la il·licitud de la compravenda d'accions entre els socis, i els efectes sobre la posterior operació de compravenda de la societat

Les conseqüències de la il·licitud de la compravenda d'accions

D'acord amb l'argumentació mostrada al punt anterior, la compravenda d'accions portada a terme entre els socis Daniel (adquirent) i David (venedor) es il·lícita per una causa d'assistència financera de la societat Cap de Creus Sol S.A. envers el soci Daniel. Davant de l'actuació del soci Jorge, d'impugnar l'acord de la Junta General en el qual es va aprovar aquest préstec, es més que previsible que la resolució judicial resultant d'aquesta demanda d'impugnació acabi establint la il·licitud d'aquest crèdit i en declari la seva nul·litat.

la sociedad sólo puede ser o bien un contrato de trabajo o bien un contrato de arrendamiento de servicios dado que no pueden separarse las facultades gestoras y representativas del administrador del resto del contenido de su relación con la sociedad. Porque sólo puede haber un contrato entre ambos, contrato que, porque así lo establecen la Ley de sociedades de capital y el Estatuto de los trabajadores (art. 1.1 y art. 1.2 c) LET) es, aparentemente, un contrato mercantil de arrendamiento de servicios especial».



Però en aquest punt cal distingir entre dos fets que concorren dins la mateixa operació de compravenda d'accions, però que són diferents i independents l'un de l'altre.

En primer lloc cal diferenciar la voluntat del soci Daniel per adquirir les accions del seu germà i també soci David. En l'àmbit de les societats anònimes no s'estableix un règim de restricció a la lliure transmissibilitat de les accions (com si que passa en seu d'una societat limitada), i la norma legal només preveu l'establiment de restriccions en els casos on les accions siguin nominatives, i sempre que aquestes restriccions es recullin als estatuts de la societat. En aquests supòsits on es recullin estatutàriament els motius taxats per els quals es pugui denegar la transmissió de les accions, l'autorització per a a transmetre haurà d'ésser atorgada o denegada per els administradors de la societat (art. 123 LSC). Només prohibeix la norma legal l'establiment de clàusules estatutàries que facin pràcticament intransmissibles les accions.

En el nostre cas, i davant l'absència de nomenament d'un administrador des de la mort del fundador de la societat (i pare dels socis Daniel i David), en la Junta General s'acorda la concessió del crèdit societari i el nomenament del soci Daniel com a administrador. No tenim constància que les accions de la societat Cap de Creus Sol S.A. siguin nominatives, i tampoc s'esmenta que els Estatuts de la societat recullin cap restricció a la lliure transmissibilitat de les accions, de tal manera que en aquest sentit podem dir que l'acte de transmissió de les accions es lícit i no contradiu cap precepte legal.

En segon lloc cal diferenciar l'acte de la concessió del préstec de la societat cap al soci Daniel, per tal que aquest pugui pagar la totalitat del preu i adquirir les accions del soci David. Tenim constància que en Junta General s'aprova la concessió d'aquest préstec i el nomenament d'un nou administrador, i que es fa amb el vot a favor del 70% de l'accionariat (socis David, Daniel i Alberto) i amb el vot en contra del 30% (soci Jorge). Podem veure com el mateix soci Daniel, envers el qual s'està sometent a votació la concessió o no del crèdit societari, pren part en la votació emetent un vot a favor de la concessió del préstec. Aquí ens em de preguntar: és lícit l'acord de la Junta General en el que s'acorda aquest nomenament d'administrador i el préstec societari cap al soci Daniel?

L'enunciat del cas ens diu que aquest acord s'adopta amb els vots a favor dels socis Daniel, David i Alberto, i amb el vot en contra del soci Jorge. Aquesta actuació del soci Daniel planteja una situació de conflicte d'interès envers la seva votació, tant en relació al seu nomenament com administrador com en relació a la concessió del crèdit. Aquesta situació de conflicte es recull a l'art. 190 LSC, on es recullen de



forma taxada les situacions on el soci no podrà exercir el dret de vot corresponent a les seves accions. Es d'aplicació al cas el punt 1.d), on es recull que:

“Artículo 190. Conflicto de intereses.

1. El socio no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto:

[...]

d) facilitarle cualquier tipo de asistencia financiera, incluida la prestación de garantías a su favor”.

També es d'aplicació, en relació al vot emès per al seu nomenament com a administrador, el punt 3 del mateix article, on es recull que:

“3. En los casos de conflicto de interés distintos de los previstos en el apartado 1, los socios no estarán privados de su derecho de voto. [...]. De esta regla se exceptúan los acuerdos relativos al nombramiento, el cese, la revocación y la exigencia de responsabilidad de los administradores y cualesquiera otros de análogo significado en los que el conflicto de interés se refiera exclusivamente a la posición que ostenta el socio en la sociedad”.

Seguint el tenor literal d'aquest article, l'acord de la Junta General hauria d'ésser nul per ser contrari a una norma legal. Però el mateix article 190 LSC recull al seu punt 2 les conseqüències que seran d'aplicació en els casos on un soci en conflicte d'interès hagi pres part en la votació (tal i com passa en el nostre cas), establint que:

“2. Las acciones o participaciones del socio que se encuentre en algunas de las situaciones de conflicto de interés contempladas en el apartado anterior se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría de los votos que en cada caso sea necesaria”.

Aquest punt segon del precepte dóna pas al que la doctrina ve anomenant com a **“test de resistència de l'acord”**, i que és d'aplicació en aquelles demandes d'impugnació on el soci en conflicte d'interès va prendre part en la votació de l'acord. Aquest test, amb origen jurisprudencial i utilitzat en les decisions adoptades per jutges i tribunals, s'aplica als efectes de determinar si, tot i l'existència d'un defecte en la conformació de l'acord social (degut a que algun dels socis hagi exercit el seu dret a vot sense estar legitimat per a fer-ho), l'acord s'hauria adoptat d'igual manera. L'aplicació d'aquest test consisteix en deduir del capital social el percentatge de vots que el soci en conflicte d'interès hauria emès, i veure si els vots de la resta de socis que haguessin votat en el mateix sentit són suficients per aprovar l'acord, atenent a les exigències de quòrum i majories necessàries que en cada cas la llei estableixi. El test de resistència es un recurs utilitzat per els tribunals espanyols, especialment quan cal dirimir sobre acords adoptats en l'àmbit societari, per a mantenir la vigència de determinats acords



socials i impedir que de forma constant aquests siguin atacats per els socis opositors.

El resultat de l'aplicació d'aquest test de resistència és que la nul·litat del vot indegudament emès per el soci en conflicte d'interès no es trasllada necessàriament a l'acord; l'acord només serà nul si el vot d'aquest soci hagués estat decisiu per a la seva adopció, tal i com recull l'art. 204.3 LSC. Per tant, caldrà restar els vots emesos per aquest soci i comprovar si la resta de vots vàlidament emesos són suficients per aconseguir la majoria legalment establerta. En el cas que efectuada aquesta resta la majoria no s'aconsegueixi, cabrà la nul·litat de l'acord com a resposta de la demanda d'impugnació del mateix.

En el nostre cas, la votació efectuada en la Junta General per aprovar la concessió del crèdit societari cap al soci Daniel seria impugnabile per la participació d'aquest a la votació, tot i que posteriorment, i en aplicació del "test de resistència", la sentència judicial podria resoldre en favor que l'acord es mantingués vigent (doncs després de deduir els vots del soci Daniel (30%), seguirien existint a favor de l'acord els vots del soci David (30%) i del soci Alberto (10%), i en contra el vot del soci Jorge (30%)).

Amb els motius fins ara exposats sembla que no hi hauria d'haver cap conseqüència després de la votació que va efectuar la Junta General i, per tant, podem dir que la concessió del crèdit societari, tot i haver estat aprovat amb el vot del soci Daniel que seria nul per una qüestió de conflicte d'interessos, en seu judicial aquesta votació podria superar el "test de resistència" i es podria mantenir vigent.

Però es important no oblidar que, per altre banda, la concessió del préstec societari cap a aquest mateix soci si que té un defecte legal, i és que aquest acord es nul per un motiu d'assistència financera. Així les coses, i d'acord amb el que emesmentat en l'explicació del "test de resistència", la primera conseqüència que tindria la il·licitud de la compravenda d'accions entre els socis es que l'acte de la venda d'accions es mantindria inalterat, mentre que el que quedaria anul·lat es el crèdit de la societat envers del soci Daniel. En aquest sentit es pronuncia la recentíssima **STS 541/2018**, de 1 d'octubre de 2018, quan en un cas similar al nostre ha fet palesa aquesta doctrina, resolent com segueix:

"2.- En el desarrollo del motivo se afirma, resumidamente, que la infracción se habría cometido porque, pese a que la sentencia recurrida declara que el aplazamiento de pago de parte del precio de las participaciones sociales de autocartera adquiridas por algunos de los socios constituye un supuesto de asistencia financiera expresamente prohibido por el artículo 143 LSC, solo acuerda la nulidad parcial de la operación, pues anula el aplazamiento de parte del precio, haciéndolo inmediatamente exigible, cuando debió anular la operación en su totalidad,



incluida la transmissió de las participaciones sociales.

NOVENO.- *Decisión del tribunal. La nulidad de la asistencia financiera no alcanza a la propia transmisión de las propias participaciones financiada.*

[...]

Lo que se cuestiona en el recurso, y por tanto constituye la cuestión a decidir, es si esa nulidad debió limitarse al negocio de financiación (la concesión de un aplazamiento en el pago de parte del precio sin devengo de intereses y sin constitución de garantía) o por el contrario debió extenderse también al propio negocio de transmisión de las participaciones sociales.

4.- Al igual que sucedió al examinar el anterior motivo del recurso, consideramos que la finalidad de la norma que prohíbe la asistencia financiera para la adquisición de las propias participaciones no exige que, en caso de contravención, se anule la transmisión que ha sido financiada con la asistencia de la propia sociedad limitada, y que basta con que se anule y deje sin efecto la operación de financiación.

5.- La solución alcanzada en la sentencia recurrida protege la finalidad buscada en la norma que prohíbe la asistencia financiera. El crédito concedido por la sociedad al socio al permitirle el aplazamiento en el pago de parte del precio queda sin efecto, de modo que la sociedad puede exigir de forma inmediata el pago de la totalidad del precio. De este modo se pone fin a los efectos perniciosos que la asistencia financiera tiene para la propia sociedad, para los demás socios y para los acreedores sociales”.

D'aquesta manera, la compravenda de les accions es un negoci jurídic establert entre els socis que es manté inalterat, però el préstec societari es un negoci jurídic de finançament il·lícit i, com a tal, nul des del mateix moment de la seva aprovació. Així les coses, una conseqüència de la il·licitud de la concessió del préstec seria que la societat podria exigir que el soci Daniel retornés els diners que se li havien concedit a través d'aquest crèdit.

Respecte del soci comprador Daniel, i en interès del soci venedor David, caldria veure si:

- el soci Daniel té capacitat per obtenir una altra font de finançament que li proporcioni la quantitat de diners que li falten per a completar l'operació de compravenda de les accions (500.000€), de manera tal que pogués retornar a la societat els diners prestats i pagar l'import total de la compravenda al soci venedor, o

- si el soci Daniel no pot obtenir cap font de finançament i, per tant, no pot pagar el preu de compra de les accions, el soci venedor en podrà exigir el pagament (i procedir a presentar una demanda per incompliment contractual), podrà resoldre el contracte (fet que li retornaria la titularitat de les accions, atenent a que l'incompliment de la part compradora es essencial), i podrà demanar al comprador una indemnització per els danys i perjudicis que hagi sofert, entre d'altres accions que també podria exercir de les recollides en la norma d'aplicació (art. 621-37 del



Llibre Sisè del Codi Civil de Catalunya), atenent a que la compravenda de les accions es celebrés a la província de Girona.

Respecte de la societat, a part de la nul·litat que afectaria l'acord de concessió del préstec per l'assistència financera, la infracció del deure d'abstenció de vot del soci en conflicte d'interès (en aquest cas el soci Daniel) podria tenir d'altres conseqüències que exposarem de forma més concreta en un següent punt d'aquest dictamen, però que podrien ser tals com:

- el deure del soci infractor d'indemnitzar a la societat per els danys que, en el seu cas, li hagués pogut ocasionar
- l'exclusió del soci de la societat, en el cas que la infracció del deure d'abstenir-se a votar fos recollida com a tal en els Estatuts socials
- l'exigència de responsabilitat de l'administrador, degut a que en el nostre cas es al mateix temps el soci que ha infringit el deure d'abstenció. Aquesta exigència s'hauria de materialitzar a través d'una acció de responsabilitat
- l'exigència de responsabilitat al president de la Junta General, quan de forma negligent hagués permès el vot del soci en conflicte d'interès

Els efectes sobre la posterior operació de compravenda de la societat

Per a determinar els efectes que la nul·litat de la compravenda d'accions podria tenir sobre la posterior operació de compravenda de l'empresa, farem un anàlisi mantenint com a fermes les següents consideracions:

- a pesar del vot nul de Daniel, la votació de la Junta General en la qual es concedeix el préstec societari és vàlida (test de resistència de l'acord)
- els tres socis acorden acceptar l'oferta de Vacaciones Costeras S.L.
- les accions fetes per Daniel per a facilitar l'elaboració de la Due Diligence són correctes doncs compten amb el consentiment de la resta de socis

Atenent a aquests fets, especialment a l'acceptació per part de tots els socis de l'oferta rebuda per adquirir la totalitat de les accions de la seva empresa, podem concloure que l'operació de compravenda de l'empresa és correcta, i no es veuria afectada per l'assistència financera portada a terme per la societat envers el soci Daniel. En tot cas, i en el supòsit que el soci comprador no pogués obtenir diners per adquirir les accions del soci venedor David, aquest últim tornaria a formar part



del capital social (i per tant recuperaria el seu dret de vot en la Junta General), podent així manifestar la seva opinió respecte l'operació de compravenda de la societat, malgrat que la seva suposada oposició no canviaria el sentit de l'operació, doncs d'acord amb l'art. 194 LSC la resta de socis que si que volen vendre la societat representen més del 50% de l'accionariat.

En resum, la nul·litat de la compravenda d'accions entre els socis afectaria només als socis comprador i venedor, a l'administrador, i a la societat en concepte de recuperar el capital prestat i d'ésser indemnitzada, però no a la posterior operació de venda de la societat, doncs tots els socis eren coincidents en la postura de voler vendre.

2.2.3. - Sobre l'exigència de responsabilitats al nostre client Jorge

Situats en la situació final del nostre cas, on la societat compradora vol resoldre l'operació i rebre els diners pagats als socis de Cap de Creus Sol S.A., passem a continuació a analitzar si aquesta societat podria exigir algun tipus de responsabilitat al soci Jorge. Per a fer-ho anem a recordar breument el que va passar:

- la societat venedora, a través del seu administrador, va concedir totes les facilitats necessàries per que la societat compradora pogués dur a terme la seva Due Diligence, entregant tota la documentació demanada i inclús posant en contacte a aquesta societat amb el seu antic gestor
- el resultat del procediment de la Due Diligence mostra que en termes generals tot sembla correcte
- al contracte de compravenda s'inclou una clàusula de Manifestacions i Garanties, en la qual els socis venedors fan constar la situació general de la societat Cap de Creus Sol S.A., on entreguen un balanç de situació a la societat compradora (que és ratificat i coincident amb el que mostra la seva Due Diligence)
- al cap d'una setmana i mitja de la compravenda, la societat adquirent descobreix unes contingències importants que no es van tenir en compte a l'hora de la negociació, i que tampoc van ésser recollides per la seva Due Diligence. Degut a això, Vacaciones Costeras S.L. vol resoldre el contracte de compravenda i recuperar els diners que va pagar als antics socis

Inicialment semblaria clar que el venedor ha de respondre per aquests defectes que s'ha trobat la societat compradora en els hotels que ha adquirit, doncs tal i com recull l'art. 1484 del Codi Civil «*El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos*



*ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella;...». Però aquest mateix precepte continua en el seu redactat contemplant una excepció a aquesta obligació, quan diu que «... **pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos**».*

En el mateix sentit es pronuncia el Codi Civil de Catalunya en el seu art. 621-25 del seu llibre sisè (norma d'aplicació al cas atenent a que la compravenda es va efectuar a la província de Girona), quan ve a dir que:

“Article 621-25. Coneixement de la manca de conformitat pel comprador

1. El venedor no respon de la manca de conformitat que el comprador conegui o que no podia raonablement ignorar en el moment de concloure el contracte, llevat dels casos d'ocultació dolosa, negligència greu o garantia expressa de la conformitat”.

Vacaciones Costeras S.L., societat adquirent, és una companyia de la mateixa zona de la comarca de Girona que es dedica al mateix tipus d'activitat que ho feia la ara adquirida Cap de Creus Sol S.A., essent d'aquesta manera molt probable que fos coneixedora dels tràmits municipals necessaris per a operar dins del sector del turisme d'aquesta zona, i que fos coneixedora de les normes i lleis aplicables a nivell de costes, urbanisme, taxes, llicències, etc... D'aquesta manera, no hauria o podria haver fàcilment conegut els defectes que ara pateixen els hotels adquirits, degut a que l'ofici o professió a que es dedica aquesta societat és dins l'àmbit dels hotels i el turisme?

En aplicació dels preceptes esmentats, i exceptuant per el moment la responsabilitat que assumeixen els socis venedors a través de la clàusula de Manifestacions i Garanties⁷, la societat venedora no estaria obligada a respondre per els defectes o vicis ocults que la compradora hauria o podria haver conegut si hagués mantingut un comportament diligent. Considerant que la part compradora, en una mostra de la seva possible diligència pre-compra, va encarregar l'elaboració d'una Due Diligence sobre la societat que anava a comprar, la venedora (i per extensió els seus socis) hauria de respondre per aquelles circumstàncies que es van manifestar en aquesta Due Diligence, constatant així que la compradora tenia coneixement de les mateixes? I igualment, hauria la venedora de respondre per les circumstàncies que en aquesta Due Diligence no es van valorar adequadament?

⁷ En el nostre cas, a les Manifestacions i Garanties els venedors van manifestar quina era la situació real de la societat en base a tota la documentació que ells tenien i coneixien, informació aquesta que va ésser ratificada per la Due Diligence que va elaborar la mateixa societat compradora.



Referent a aquesta diligència que ha de mostrar la part compradora, el Codi Civil de Catalunya a l'art. 621-27 del seu llibre sisè indica que:

“Article 621-27. Examen del bé venut

1. El comprador ha d'examinar el bé lliurat o posat a la seva disposició o fer-lo examinar en el termini pactat o en un termini tan breu com sigui possible i adequat a les circumstàncies”.

Degut a que no tenim constància que hi hagués un termini pactat per a realitzar aquest examen dels béns comprats (hotels) al contracte de compravenda, donarem com a raonable el temps d'una setmana i mitja per a revisar els hotels i la seva situació. Després d'aquesta revisió o examen, la societat compradora va descobrir unes contingències que no havien estat recollides a la seva Due Diligence. Es podria pensar que el fonament jurídic en el qual es podria sustentar l'acció de la societat compradora seria una resolució de l'operació de compravenda per l'aparició de vicis ocults en la cosa comprada, si bé això es una suposició genèrica basada en dret, ja que Vacances Costeras S.L. no s'ha molestat en argumentar la seva posició, i únicament ha aparegut reclamant la resolució del contracte i reclamant els diners pagats.

Formulada una demanda o reclamació en seu de vicis ocults de la cosa venuda (la via legal més lògica i coherent d'aplicació al cas que podria haver seguit la societat compradora), caldria veure en quin sentit es pronuncia i posiciona la doctrina jurisprudencial del nostres tribunals, degut a que la situació en la que es troba el soci Jorge (com a un dels antics socis de la societat venedora) no permet de forma clara una imputació de responsabilitat sobre la seva persona, doncs hi ha uns matisos fonamentals en els que ha incorregut la societat compradora que tot seguit desenvoluparem, i que poden acabar essent determinants.

El Tribunal Suprem ha sostingut sempre de manera implícita la validesa de la regla per la qual es desplaçaran al comprador els riscos i responsabilitats dels defectes de la cosa venuda, sempre que aquests haguessin pogut ésser coneguts per el comprador aplicant una diligència ordinària, ja sigui a través del que constava a la documentació que el comprador va tenir a les seves mans (**STS 5262/1994**, de 8 de juliol de 1994⁸), o ja sigui perquè podria haver obtingut la informació i coneixements necessaris a través de la pràctica de gestions simples (**STS**

⁸ *vid. STS 5262/1994, F.J. Segundo: «El vicio en que pretende sustentarse la reclamación de los demandantes y hoy recurridos no tiene la condición de oculto, ya que para merecer tal consideración se requiere que el mismo no haya podido trascender y por lo tanto ser conocido o ser objeto de percepción por el comprador [...] y en segundo lugar y de modo muy especial, que referido dato, cual ha quedado expresado en el primero de estos fundamentos, aparecía constatado en el Proyecto de la construcción que estuvo a disposición de los compradores en todo momento y por ello lo pudieran comprobar, sin que nada opusieren en ningún momento respecto de dicho dato»*



551/1997, de 12 de juny de 1997⁹), gestions tals com una mera trucada o comunicació amb l'Ajuntament del municipi per a demanar informació sobre la llicència d'activitat, o una simple revisió de la normativa de costes després de veure i visitar els hotels, i veure les seves platges, en el marc de la negociació de la compra.

Si el comprador no coneix, però va tenir l'oportunitat real de conèixer a través de la Due Diligence, tota la informació que considerés necessària (especialment si és ell qui la demana i contracta a professionals especialistes per a que la hi facin), la realització d'unes Manifestacions i Garanties passa a desplaçar sobre el comprador els riscos de les corresponents contingències. I es desplacen els riscos cap al comprador perquè, si posem en balanç el desconeixement i l'assumpció de responsabilitat expressa com a conseqüència d'una afirmació que es pren per certa, es preferible la posició d'aquell que ignora o desconeix. Així ho va establir la doctrina de la **STS 1086/1998**, de 27 de novembre de 1998¹⁰. En el nostre cas, i

⁹ *vid. STS 551/1997*, F.J. Primero: «B) Que, en cuanto a los restantes vicios que en ella se invocan, consistentes en la falta de licencia de apertura a nombre del vendedor y que este no constaba en la actividad de restaurante -que constituyó el objeto de la venta- en la Consejería de Turismo de Murcia, se ha de estimar que la falta de tales requisitos no hacen impropio el establecimiento vendido para el fin a que se destina, en cuanto que de la prueba practicada no se desprende la imposibilidad de desempeñar la actividad de restaurante en el mismo, sino únicamente la necesidad para su regularización del cumplimiento de los requisitos administrativos de pago de las tasas de licencia de reapertura y ampliación de la concedida, a cuya obtención no consta que se obligase al vendedor, el cual, en cualquier caso, coadyuvó a ello mediante el pago de la licencia de apertura inicial y solicitud de ampliación de la misma a la actividad de restaurante, que únicamente fue condicionada al cambio del sentido de apertura de las puertas de acceso al local en el plazo máximo de diez días. C) Que el demandante sabía de la necesidad de proceder al cambio de titularidad, según admite en su demanda y pudo conocer la situación mediante unas gestiones previas que no revisten complejidad, sin que realizase actividad alguna tendente a la regularización del negocio».

¹⁰ Aquesta es una regla general referent al concepte de dolo establerta a la **STS 1086/1998**, quan aquesta ve a dir que: «... en la presente contienda judicial la parte recurrente -antes demandada- ha ejercitado la «exceptio doli» como motivo de oposición a la parte demandante -ahora recurrida- alegando el vicio de consentimiento contractual enmarcado en el dolo, para desvirtuar la pretensión de dicha parte actora, sin tratar más profundamente de dejar el contrato sin efecto y rechazar la indemnización correspondiente.

Es esta una postura procesal totalmente admisible, [...], sino porque el dolo -sinónimo de engaño malicioso- no puede quedar impune al negarse la vía excepcional para deducirle, pues las formas de ejercicio de los derechos subjetivos no se operan únicamente a través de acciones propiamente dichas (posición procesal de demandante), sino también a través de las correspondientes excepciones que contrarrestan la acción contraria y que responden a la posición procesal del demandado. [...] ya el pretor en el Derecho Civil Romano concedía contra el doloso los recursos procesales precisos para dejar el contrato sin efecto, recursos que eran la «actio doli» contra el culpable del engaño, cuya finalidad en reclamar la indemnización de todos los daños sufridos, pudiendo determinar también la revocación del negocio, y la «exceptio doli», con la cual puede el defraudado defenderse contra la acción que entable la otra parte para exigir el cumplimiento del negocio jurídico viciado.

[...]



atenent al contingut de les Manifestacions que la part venedora va fer en el marc de la negociació de la compravenda, els venedors van manifestar tot allò que tenien al seu coneixement, i ho van fer de forma certa, essent aquestes Manifestacions posteriorment ratificades per la Due Diligence i plenament acceptades com a certes per la part compradora. D'aquesta manera els venedors no han de respondre per dolo o falsedat de cap afirmació que haguessin realitzat en el marc d'aquesta negociació, doncs hi ha un factor que fa que aquestes manifestacions deixessin d'ésser purament seves i que passessin a ser pròpies per part del comprador: aquest factor es la realització de la Due Diligence.

Els efectes d'una Due Diligence

Atenent a aquest fet clau que es va donar en la negociació de la compravenda de la societat Cap de Creus Sol S.A., passem a continuació a analitzar amb una mica més de profunditat com afecta la Due Diligence sobre la responsabilitat dels socis venedors, en especial del soci Jorge.

Quin seria l'efecte de la realització d'una Due Diligence en el moment que el comprador vulgui exercitar un pretensió fonamentada en alguna de les accions de sanejament per evicció o per vicis ocults? L'estudi dels efectes que la Due Diligence té sobre aquestes accions farà més senzilla la comprensió dels efectes de la seva realització o reclamació judicial, i ens ajudarà a resoldre una qüestió primordial: saber si la realització d'una Due Diligence, degut a l'informació extra que aquesta proporciona al comprador, descarta automàticament la possibilitat d'aplicar les accions abans esmentades en aquells casos on apareguin contingències posteriors a la compravenda.

Des de l'inici d'una Due Diligence l'inversor estableix uns aspectes o matèries dels béns de la part venedora sobre els quals vol obtenir informació, per tal de poder formar la seva voluntat i donar el seu consentiment amb coneixement de causa.

Durant el procediment d'elaboració de la Due, i a partir dels aspectes que el comprador ha remarcat, s'estableixen mètodes de treball i recerca documental fins arribar finalment a l'obtenció de l'informació desitjada, mètodes tals com un estudi dels documents contables de la societat (balanç de situació, compte de pèrdues i guanys, memòria dels comptes anuals de l'últim exercici social,...), una valoració pericial dels actius i passius de la societat, informes i certificats sobre la situació de la societat a nivell tributari i de deutes amb l'administració pública, consulta de

Aclarada la pertinencia del cauce procesal elegido por la parte recurrente para el éxito de su excepción, hay que proclamar la real existencia de una conducta dolosa por la representación de la firma recurrida...».



permisos, llicències i autoritzacions per a dur a terme l'activitat de l'objecte social, valoració i estructura del personal humà de l'empresa, i d'altres mètodes utilitzats per als professionals contractats al respecte. A partir d'aquest estudi del bé a adquirir (en el nostre cas una societat dedicada al negoci hoteler i el turisme), i llevat un error en l'execució d'aquest estudi, la Due Diligence aportarà una valuosa informació que obrarà en el poder del comprador, de manera tal que aquest no podrà al·legar en el seu favor el desconeixement de l'informació que ell ha requerit.

Una Due Diligence segueix una metodologia de treball molt precisa i coherent que deixa pocs espais buits sense cobrir. Això no impedirà que davant la presència d'una contingència no esperada el comprador pugui plantejar una acció de sanejament per evicció o vicis ocults de forma automàtica, però sí que implicarà que aquesta difícilment tingui èxit si el seu plantejament versa sobre algun dels aspectes o matèries tractades a la Due, o sobre algun aspecte o informació d'abast públic que hagués estat de fàcil accés per el comprador¹¹. Si el defecte o contingència es va poder conèixer, però no es va aplicar la diligència deguda per a fer-ho, la responsabilitat recaurà sobre aquesta falta de diligència del comprador, atenent a que ell mateix és qui va encarregar i es va fer a mida l'elaboració de la Due Diligence, i va disposar dels mitjans i personal adequats per a requerir i accedir a tota l'informació que considerés necessària, a més de la total col·laboració dels socis de la part venedora.

Diferent seria el plantejament si s'hagués dut a terme, per exemple, només una Due financera, i no s'hagués estudiat la part legal de la societat a comprar i dels immobles i negoci que desenvolupava. En aquesta situació, i si la contingència derivés d'un aspecte o una matèria no estudiada a la Due Diligence, el venedor es trobaria en una difícil situació davant del plantejament d'aquesta acció per part del venedor, doncs aquí hauria d'assumir la responsabilitat per el defecte o contingència apareguda. La dificultat aquí recauria sobre el fet de poder provar que el venedor tenia coneixement d'aquesta contingència, i que la va ocultar al comprador. Si en contra d'això, la contingència o defecte sí que s'hagués inclòs com a material d'estudi de la Due, el comprador podria haver tingut accés a aquesta informació o coneixement d'haver-se realitzat la Due correctament i, en tot cas, a qui podria reclamar danys i perjudicis seria a l'empresa a qui va contractar per a

¹¹ Com ve a exposar HERNANDO CEBRIÀ, LUIS, al seu article doctrinal *La incidencia de la Legal Due Diligence ("revisión legal") en la contratación mercantil contemporánea*, dins de Revista de Derecho Mercantil, núm. 260/2006, pàg. 603-640 «... la existencia de dolo o error viene mitigada respecto de aquellas informaciones que no tengan la condición de «privadas»; es decir, cuando el inversor pueda obtener los datos de otras fuentes. Respecto de las mismas, asume relevancia la obligación del inversor de informarse a través de aquellos medios públicos que le permitan su obtención. En este sentido, cobran especial relevancia los datos existentes en los Registros públicos y la confianza que su publicidad y presunción de veracidad otorgan a terceros de buena fe».



que li elaborés aquest estudi a través de professionals qualificats¹², però serà difícil que cap tribunal accepti la responsabilitat del venedor davant d'una contingència d'aquest tipus al·legant el comprador el seu desconeixement. La responsabilitat aquí seria, de forma clara i lògica, del comprador, per no haver aplicat una diligència deguda en l'exercici del seu dret d'informació¹³, dret que a més, en el nostre cas, va ésser facilitat en gran manera per la part venedora a través de l'entrega de tota la documentació que se li va sol·licitar, i inclús posant en contacte al venedor amb l'antic gestor del negoci.

En aquest sentit podem citar aquí, entre d'altres, la **STS 230/2011**, de 30 de març de 2011, que sobre la responsabilitat del venedor per vicis ocults y sobre la diligència deguda del comprador, en el seu fonament jurídic setè va establir que:

"A mayor abundamiento, aunque el Código Civil no exige que el error vicio sea excusable, sí lo hace la jurisprudencia, que lo examina no sólo en el plano de la voluntad, sino también en el de la responsabilidad y la buena fe - en su manifestación objetiva -, para tomar en consideración la conducta de quien lo sufre - sentencia 446/2009, de 23 de junio , entre otras muchas -.

Por ello, niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que le era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar finalmente ignoró.

La sentencia 791/2000, de 26 de julio, señaló que la función básica del requisito de la excusabilidad del error consiste en " impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ".

Seguint aquesta doctrina, les instàncies judicials menors també venen aplicant aquest criteri, tal i com podem veure per exemple a la **SAP Palma de Mallorca 53/2017**, de 20 de febrer de 2017, que assenyala que:

"la falta de diligencia en su caso, (...), puede apreciarse en quien no se informa de un dato relevante en una operación compleja jurídica y físicamente; en quien no evalúa el riesgo que se pretende atenuar con las garantías personales de los promotores que buscan la financiación. Finalmente, en quien no pregunta o hace constar sus objeciones".

¹² Expressa HUBER, dins de *Régimen jurídico de las adquisiciones de empresas*, dir. ÁLVAREZ ARJONA, JOSÉ MARÍA, i CARRASCO PERERA, ÁNGEL, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pàg. 199 i ss, citat per HERNANDO CEBRIÁ, LUIS, al seu article doctrinal *La incidencia de la Legal Due Diligence ("revisión legal") en la contratación mercantil contemporánea*, dins de *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 260/2006, pàg. 603-640, que «... la existencia de informes periciales excluye la responsabilidad del vendedor por vicios ocultos y culpa in cotrahendo , y ésta responsabilidad únicamente alcanza a la derivada de las deficiencias en los informes periciales que sean imputables al vendedor si no existieren los referidos informes».

¹³ Article 621-7. Deure d'informació

El venedor, abans de la conclusió del contracte, ha de facilitar al comprador la informació rellevant sobre les característiques del bé, tenint en compte els coneixements de les parts, la naturalesa i el cost de la informació, i també les exigències que resultin de la bona fe i l'honradesa dels tractes.



A mode de citació complementària, i sense aprofundir més sobre la jurisprudència de referència respecte com aplica el criteri d'una diligència deguda (doncs no és l'objecte d'aquest dictamen), recullo aquí altres sentències de l'alt tribunal que es pronuncien en el mateix sentit que les anteriors, tals com la STS 754/2001, de 23 de juliol; STS 745/2002, de 12 de juliol; STS 43/2003, de 24 de gener; STS 60/2005, de 17 de febrer; o STS 829/2006, de 17 de juliol.

La utilització de la Due Diligence per part del comprador suposa una elevació de l'estàndard de diligència en la seva actuació, de manera tal que per al venedor suposarà tenir menys obligacions i, en conseqüència, una menor responsabilitat envers aquest¹⁴. Llevat tot, això no ve a significar que el venedor quedi exempt de tota responsabilitat, doncs aquesta es manté, però queda reduïda o contrarestada per el pes que exerceix la diligència deguda del comprador, que es veu reforçada en raó de la pràctica de la Due Diligence o per existir una facilitat per a poder conèixer l'informació degut al seu caràcter de pública i/o de fàcil accés¹⁵.

Davant del possible exercici per part del comprador de les accions de sanejament per evicció o per vicis ocults, podem concloure que la Due Diligence actuarà en perjudici del comprador respecte els defectes o contingències que puguin aparèixer amb posterioritat a la compravenda, doncs aquesta li haurà proporcionat molta informació i seguretat al moment de conformar la seva voluntat de comprar. La Due Diligence traslladarà sobre el comprador la responsabilitat d'haver detectat el defecte o gravamen ocult que derivi de qualsevol àmbit de la societat que hagués estat objecte d'estudi a la Due, o qualsevol informació que li hagués estat de fàcil accés amb un mer tràmit administratiu o de recerca, deixant-lo sense possibilitats de que prosperi cap de les accions judicials que ofereix el Codi Civil abans esmentades. En sentit contrari,

¹⁴ Així ho entén també HERNANDO CEBRIÀ, LUIS (op. cit. pàg. 634-635) quan ve a dir que «*No obstante, el conocimiento obtenido por el inversor mediante la formulación de las Due Diligencias en relación con la empresa objetivo produce, en estos contratos, una relativización del dolo por omisión. La posibilidad de obtención de los datos referentes a la empresa y sus elementos a través de las informaciones incluidas en las revisiones técnicas, y la obligación de actuar con la diligencia debida en la negociación, por tanto, exigible al inversor, difuminan el campo de responsabilidad imputable al empresario*».

¹⁵ De forma similar s'expressen, respecte dels vicis o defectes ocults coneguts per el comprador, PEÑA GONZÁLEZ, FRANCISCO, i CASALS OVALLE, LUIS, a «*Objeto y precio en las adquisiciones de empresas*», pàg. 238 i ss i pàg. 262, dins de *Régimen jurídico de las adquisiciones de empresas*, dir. ÁLVAREZ ARJONA, JOSÉ MARÍA, i CARRASCO PERERA, ÁNGEL, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pàg. 199 i ss.

També CARRASCO PERERA, ÁNGEL (op. cit. , pàg. 218 i 221-222) apunta que el dolo omissiu pot quedar molt relativitzat quan el comprador hagi pogut conèixer l'estat financer de la societat a través del procés de Due Diligence, o quan las contingències li haguessin estat comunicades per una o altre font d'informació.



aquestes accions seran estimades per els tribunals quan no s'hagués pogut obtenir a través de la Due Diligence o d'una manera senzilla l'informació respecte del motiu que hagi originat la contingència, situació que no concorreix en el nostre cas.

2.2.4. - Sobre la legitimació activa per a impugnar, amb posterioritat a la venda de la societat, la compravenda d'accions entre els socis.

Prèviament a resoldre aquesta qüestió, podem apuntar els fets que ens porten a determinar quina es la norma d'aplicació, contemplant que es tracta d'una compravenda d'accions d'una societat anònima, i que les parts venedora i compradora són ambdós socis de la societat sobre la qual es volen transmetre les accions, si bé cal que separem dues accions dins del total de l'operació d'aquesta compravenda:

- per un costat, la decisió adoptada per un soci de vendre, i l'altre soci de comprar, les respectives accions que tenen en propietat.

- per l'altre costat, la decisió adoptada per la societat, a través de la seva votació en Junta General, de concedir un préstec a un dels seus socis amb la finalitat que aquest pugui adquirir les accions de l'altre soci.

En el primer dels casos, i com em recollit anteriorment en aquest dictamen, la decisió de vendre i comprar les accions es lliure dels socis venedor i comprador respectivament. Degut a que el soci comprador no disposa de capital suficient per adquirir les accions de l'altre soci, el qui estaria aquí legitimat per a impugnar aquesta acció és el soci venedor, esgrimint una causa d'incompliment contractual per part del comprador (la falta de pagament del preu) i prenent acció per dur a terme els remeis que consideri convenients dels recollits a l'art. 621-37 del llibre sisè del Codi Civil de Catalunya, que son:

"Article 621-37. Remeis

1. El comprador i el venedor, en cas d'incompliment de les obligacions de l'altra part contractant, poden:

a) Exigir el compliment específic, d'acord amb el contracte, que, en el cas del comprador, inclou la reparació o la substitució del bé no conforme.

b) Suspendre el pagament del preu o, en el cas del venedor, el compliment de les seves obligacions.

c) Resoldre el contracte.

d) Reduir el preu, en el cas del comprador.

e) Reclamar la indemnització per danys i perjudicis.

2. El comprador i el venedor poden acumular tots els remeis que no siguin incompatibles i, en



tot cas, els poden acumular amb la indemnització per danys i perjudicis.

[...]

4. El comprador o el venedor que ha provocat l'incompliment de l'altre no pot recórrer a cap dels remeis que estableix aquest article”.

Atenent a que en aquest cas hi hauria un incompliment contractual, doncs la part venedora no estaria complint amb la seva obligació del pagament del preu, estaria igualment legitimat per a impugnar el venedor a tenor del que s'indica a l'art. 10 de la Llei d'Enjudiciament Civil (LEC en endavant):

“Artículo 10. Condición de parte procesal legítima.

Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”.

En el segon dels casos, dins un context purament mercantil d'impugnació d'un acord social, la norma d'aplicació seria la LSC, que recull la legitimació per a impugnar al seu art. 206, on s'estableix que:

“Artículo 206. Legitimación para impugnar.

1. Para la impugnación de los acuerdos sociales están legitimados cualquiera de los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo y los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital.

Los estatutos podrán reducir los porcentajes de capital indicados y, en todo caso, los socios que no los alcancen tendrán derecho al resarcimiento del daño que les haya ocasionado el acuerdo impugnable.

[...]

3. Las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad. Cuando el actor tuviese la representación exclusiva de la sociedad y la junta no tuviese designado a nadie a tal efecto, el juez que conozca de la impugnación nombrará la persona que ha de representarla en el proceso, entre los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado.

[...]”.

El que es vindria aquí a impugnar seria l'acord de la concessió del crèdit societari, que com em vist anteriorment, té el seu fonament jurídic en una prohibició d'aquest crèdit per estar duent a terme una assistència financera. Per a promoure aquesta demanda d'impugnació estarien legitimats:

- l'administrador Daniel (que en el nostre cas no impugnaria l'acord per una mera raó d'anar en contra dels seus directes interessos)
- els socis de la societat Alberto, Jorge i David (en el supòsit que aquest últim



finalment no hagués venut les seves accions a l'altre soci)

- un tercer que acredités un interès legítim, que en aquest cas podria ser la societat adquirent Vacaciones Costeras S.L., acreditant l'interès de voler recuperar el capital patrimoni de la societat cedit en préstec per a destinar-lo a d'altres finalitats més beneficioses per a la pròpia societat.

La legitimació passiva, com a indicació complementària, cal indicar que la ostentaria la societat Cap de Creus Sol S.A. en raó de l'art. 10.1 LEC. Atenent a que una persona jurídica necessita ésser representada físicament en els tràmits d'un procediment judicial, aquesta representació correspondrà a l'òrgan d'administració o a l'administrador (que en el nostre cas seria el soci Daniel), tal i com indica l'art. 233 LSC:

“Artículo 233. Atribución del poder de representación.

1. En la sociedad de capital la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. La atribución del poder de representación se regirá por las siguientes reglas:

a) En el caso de administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a éste”.

Com apunt final, i considerant que aquí estem recollint les persones legitimades per a demandar la impugnació de la compravenda d'accions entre socis amb posterioritat a la compravenda de la societat, indicar que el termini de que disposarien aquestes persones per a interposar la demanda d'impugnació seria de **1 any** a partir de la data en que s'hagués adoptat l'acord, tal i com recull l'art. 205 LSC:

“Artículo 205. Caducidad de la acción de impugnación.

1. La acción de impugnación de los acuerdos sociales caducará en el plazo de un año, salvo que tenga por objeto acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá.

2. El plazo de caducidad se computará desde la fecha de adopción del acuerdo si hubiera sido adoptado en junta de socios o en reunión del consejo de administración, y desde la fecha de recepción de la copia del acta si el acuerdo hubiera sido adoptado por escrito. Si el acuerdo se hubiera inscrito, el plazo de caducidad se computará desde la fecha de oponibilidad de la inscripción”.



2.2.5. - Sobre la jurisdicció i fur territorial competents per a resoldre la impugnació. Conseqüències de la impugnació. Possible indemnització a qui, i seguint quins criteris.

Sota el prisma de la impugnació de la compravenda d'accions entre els socis Daniel i David, i atenent especialment a que la causa d'impugnació es l'atorgament il·lícit d'un crèdit societari a un dels socis per una raó d'assistència financera, el que caldrà impugnar es l'acord de la Junta General on es va aprovar aquest crèdit. Atenent a que aquest acord s'adopta en un marc jurídic mercantil (regulat per la normativa de les societats de capital), aquesta impugnació es tramitarà per la via dels judicis ordinaris i les disposicions que li siguin vinculants de la LEC, tal i com indica l'art. 207 LSC:

"Artículo 207. Procedimiento de impugnación.

1. Para la impugnación de los acuerdos sociales, se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Així doncs, la demanda que els legitimats haurien de redactar s'haurà de regir per el que indica l'art. 399 i ss LEC, indicant de forma expressa quin acord volen impugnar i la causa de il·licitud en que fonamenten aquesta acció.

La jurisdicció que coneixerà de la demanda serà la dels Jutjats de lo Mercantil. Si bé al nostre ordenament jurídic no es contempla una jurisdicció pròpia i diferenciada per a l'àmbit mercantil, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ en endavant) la contempla i recull com una branca especialitzada de la jurisdicció civil. Així, podem saber que serà a la jurisdicció mercantil on s'haurà de resoldre aquesta impugnació de l'acord social, aplicant el que diu l'art. 86.2 ter a) LOPJ:

"Artículo 86 ter.

2. Los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de:

a) Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas".

Respecte al fur territorial, cal diferenciar les dues accions judicials que de forma principal venim contemplant en el nostre cas: d'una part, la demanda d'impugnació de l'acord social en el qual es va concedir el crèdit al soci Daniel (en una acció d'assistència financera); de l'altre part, la demanda que podria presentar la societat compradora Vacaciones Costeras S.L. per a impugnar la compravenda de la



societat Cap de Creus Sol S.A. (de propietat dels socis Daniel, Jorge i Alberto).

Per al primer supòsit, i atenent a que es vol impugnar un acord social adoptat en la Junta General de Cap de Creus Sol S.A. (on es va aprovar la concessió del préstec societari), cal estar al que indica l'art. 52.1.10 LEC, on es recull que «10.º *En materia de impugnación de acuerdos sociales será tribunal competente el del lugar del domicilio social*». D'aquesta manera, la competència territorial per a resoldre aquest litigi correspondrà als jutjats del lloc del domicili social on radiqui la societat, que en el nostre cas podem suposar que és a Girona (atenent que es aquí on s'indica que es troben els hotels, doncs al cas pràctic no s'ofereix cap més informació al respecte).

Per al segon supòsit, atenent que la societat compradora vol interposar una demanda contra els socis venedors de les accions de Cap de Creus Sol S.A., em de recordar que en el contracte de compravenda d'accions les parts van incloure una clàusula on es pactava una submissió expressa als Tribunals de Barcelona. Per a determinar quin criteri preval aquí (clàusula general o clàusula de submissió expressa) cal recórrer a la LOPJ, on als seus art. 22.1 bis i 22.1 ter recull el següent:

“Artículo 22 bis.

1. En aquellas materias en que una norma expresamente lo permita, los Tribunales españoles serán competentes cuando las partes, con independencia de su domicilio, se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos. No surtirán efectos los acuerdos que atribuyan la competencia a los Tribunales españoles ni las estipulaciones similares incluidas en un contrato si son contrarios a lo establecido en los artículos 22 quáter, 22 quinquies, 22 sexies y 22 septies, o si excluyen la competencia de los órganos judiciales españoles exclusivamente competentes conforme lo establecido en el artículo 22, en cuyo caso se estará a lo establecido en dichos preceptos.

Artículo 22 ter.

1. En materias distintas a las contempladas en los artículos 22, 22 sexies y 22 septies y si no mediare sumisión a los Tribunales españoles de conformidad con el artículo 22 bis, éstos resultarán competentes cuando el demandado tenga su domicilio en España o cuando así venga determinado por cualquiera de los foros establecidos en los artículos 22 quáter y 22 quinquies.

2. [...] Se entenderá que una persona jurídica está domiciliada en España cuando radique en ella su sede social, su centro de administración o administración central o su centro de actividad principal”.

En el nostre cas es va pactar expressament una submissió als Tribunals de Barcelona, de tal manera que en aplicació d'aquests preceptes la competència territorial per a resoldre la demanda d'impugnació de la compravenda correspondrà a aquests tribunals.

Una vegada celebrat el judici, el jutge dictarà sentència sobre aquesta demanda.



Les conseqüències que pugui tenir aquest procediment judicial d'impugnació de l'acord social poden ser diferents en funció del sentit de la sentència.

Atenent a la jurisprudència existent en aquesta matèria, i atenent a la normativa d'aplicació mostrada als punts precedents d'aquest dictamen, sembla poc previsible una resolució que aprovi i mantingui en ferm la decisió adoptada per la Junta General en favor de la concessió del crèdit societari cap al soci comprador. L'opció que sembla tenir més recorregut i que es postula com a més coherent seria la d'una resolució judicial que anul·li aquest acord per ésser *contra legem* per una causa d'assistència financera. Quines serien les conseqüències en aquest cas, si la part que veïés refusades les seves pretensions no decidís presentar recurs i la sentència esdevingués ferma?

- sota sol·licitud de Cap de Creus Sol S.A., el jutge podria atorgar un període de temps raonable per a que la societat pogués subsanar l'error i eliminar la causa d'impugnació, com indica l'art. 207.2 LSC. En el nostre cas això significaria retirar l'acord de concessió del crèdit i demanar al soci prestatari que retornés els diners rebuts de forma il·lícita a través d'aquest préstec societari.

- al soci infractor se li podria exigir el deure d'indemnitzar a la societat per els danys que, en el seu cas, li hagués pogut ocasionar, d'acord amb l'art. 236 LSC¹⁶. En el nostre cas el soci Daniel, administrador de la societat, hauria incorregut en culpa al ser l'inductor per a que la societat donés aquest crèdit de forma il·lícita, i al mateix temps el beneficiari i receptor d'aquests diners.

- l'exclusió del soci de la societat, en el cas que la infracció del deure d'abstenir-se a votar fos recollida com a tal en els estatuts socials de Cap de Creus Sol S.A., d'acord amb el que diu l'art. 351 LSC¹⁷.

- l'exigència de responsabilitat de l'administrador, degut a que en el nostre cas es al

¹⁶ Artículo 236. *Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad.*

1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.

La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.

2. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.

¹⁷ Artículo 351. *Causas estatutarias de exclusión de socios.*

En las sociedades de capital, con el consentimiento de todos los socios, podrán incorporarse a los estatutos causas determinadas de exclusión o modificarse o suprimirse las que figurasen en ellos con anterioridad.



mateix temps el soci que ha infringit el deure d'abstenció i va prendre part a la votació de la Junta General. Aquesta exigència s'hauria de materialitzar a través d'una acció de responsabilitat en base a les infraccions recollides a l'art. 229 LSC.

- aquesta sentència que declarés nul l'acord hauria d'ésser inscrita al Registre Mercantil d'acord amb l'art. 208.1 LSC, als efectes de donar-ne fe registral i fer pública la rectificació judicial, impedint així que tercers implicats poguessin al·legar desconeixement davant la reclamació d'algun tipus de responsabilitat vinculada amb el retorn d'aquests diners prestats.

En la situació que s'hagués obtingut una sentència ferma que declarés nul l'acord i, en conseqüència, resultés impugnada la compravenda d'accions entre els socis David i Daniel, els legitimats impugnants (com podria ser el soci Jorge) podrien veure atesa la seva sol·licitud d'una indemnització per els danys i perjudicis que aquesta sortida de capital del patrimoni societari els hi hagués causat. Caldria provar de forma fonamentada l'efecte d'aquest perjudici i la seva quantificació i, en base als criteris de justificació aportats al jutge, aquest determinaria les sancions a aplicar. L'abast i la tipologia d'aquesta decisió judicial té el seu recolzament legal a l'art. 157 LSC, on es recull el règim sancionador determinat per aquests concrets casos de vulneració de les prohibicions establertes a la llei.

Seguint el text íntegre d'aquest precepte, anem a aplicar al nostre cas les sancions que s'hi recullen, per veure així de forma concreta quines indemnitzacions es podrien aplicar als socis i societat del nostre cas:

“Artículo 157. Régimen sancionador.

1. Se reputará infracción el incumplimiento de las obligaciones o la vulneración de las prohibiciones establecidas en el presente capítulo”.

En el nostre cas s'ha vulnerat la norma establerta a l'art. 150 LSC, quan la Junta General va aprovar que la societat concedís un crèdit a un soci per a comprar accions de la mateixa societat (assistència financera).

*“2. Las infracciones anteriores se sancionarán con **multa por importe de hasta el valor nominal de las participaciones asumidas o acciones suscritas, adquiridas o aceptadas en garantía por la sociedad o adquiridas por un tercero con asistencia financiera** o, en su caso, las no enajenadas o amortizadas. El incumplimiento del deber de enajenar o amortizar será considerado como infracción independiente.*

Para la graduación de la multa se atenderá a la entidad de la infracción, así como a los perjuicios ocasionados a la sociedad, a los socios de la misma, y a terceros”.

Com recull el precepte, la graduació de la sanció es determinarà en funció dels



perjudicis ocasionats a la societat, socis o tercers. A pesar d'això, en el nostre cas el jutge podria establir una multa d'un import de fins a 700.000€, valor del 30% de les accions que el soci Daniel volia comprar al soci David amb l'ajuda del préstec rebut per part de la societat.

“3. Se reputarán como responsables de la infracción a los administradores de la sociedad infractora y, en su caso, a los de la sociedad dominante que hayan inducido a cometer la infracción. Se considerarán como administradores no sólo a los miembros del consejo de administración, sino también a los directivos o personas con poder de representación de la sociedad infractora. La responsabilidad se exigirá conforme a los criterios previstos en los artículos 225, 226, 236 y 237”.

Atenent al que recull aquest punt tercer, i recordant que la societat Cap de Creus Sol S.A. es governava per el sistema d'administrador únic, el responsable de la infracció seria el soci Daniel, administrador en el moment en que la societat va adoptar aquest acord. Apuntem també aquí que, d'acord amb el que indica l'art. 236 LSC (que ja em vist anteriorment), els beneficiaris d'aquesta indemnització seran els socis, la societat, i/o els creditors socials (en el cas que n'hi hagin).

“4. Las infracciones y las sanciones contenidas en el presente artículo prescribirán a los tres años, computándose de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 132 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.



3. CONCLUSIONS

Realitzat l'estudi del cas, i en base als fonaments jurídics recollits en els apartats anteriors d'aquest dictamen, les conclusions obtingudes són les següents:

I - La posició d'administrador únic que ostenta Daniel dins de la societat Cap de Creus Sol S.A. és una relació de caràcter mercantil, i ell no està considerat com a personal d'empresa. Per aquesta raó, **l'operació de compravenda d'accions entre David i Daniel NO es lícita**, degut a una infracció legal d'assistència financera de la societat envers el soci comprador.

II- La compravenda d'accions entre els socis és il·lícita. Davant d'una possible demanda de Vacaciones Costeras S.L. reclamant el preu pagat en la compravenda de la societat, **NO té cap afectació el fet que la compravenda d'accions entre els socis es pugui veure anul·lada.**

La defensa del soci Jorge davant una possible demanda de Vacaciones Costeras S.L. es construiria a través d'uns altres arguments, sense **cap influència** per la nul·litat de la compravenda d'accions entre els socis David i Daniel.

III- La nul·litat de la compravenda d'accions entre els socis podria tenir afectacions respecte els socis, respecte la societat, i respecte l'administrador de la societat, però no sobre la compravenda de la societat per part de Vacaciones Costeras S.L.

IV- No cap una exigència de responsabilitat al venedor basada en els vicis apareguts amb posterioritat a la compravenda de la societat, doncs aquests es podrien haver previst o evitat si la part compradora hagués aplicat una diligència deguda, especialment en el seu dret d'informació. D'aquesta manera, **NO es pot exigir cap responsabilitat al soci Jorge**. Una suposada demanda en aquest sentit és poc viable, y tindrà un curt recorregut judicial .

V- En resum, una sentència que declarés nul·la la compravenda d'accions entre els socis suposarà:

- a) que el soci Daniel retorni a la societat els diners rebuts il·lícitament a través del crèdit societari.



- b) una indemnització a la societat Cap de Creus Sol S.A. del soci Daniel, en tant que inductor de que la societat incorregués en aquesta omisió legal.
- c) la possible exclusió del soci Daniel de la societat (en el cas que els Estatuts contemplin aquesta acció com una causa d'exclusió del soci).
- d) una acció de responsabilitat contra l'administrador per haver infringit el seu deure d'abstenció a la votació de la Junta General.
- e) la inscripció d'aquesta sentència al Registre Mercantil, a efectes de produir-ne la seva publicitat registral.

VI- Per a impugnar la compravenda il·lícita d'accions entre els socis **estan legitimats l'administrador de la societat Daniel, els socis Alberto, David i Jorge, i aquells tercers que hi tinguin un interès legítim**, com podria ser la societat compradora Vacaciones Costeras S.L.

VII- Respecte al fur territorial, per a impugnar l'acord de la Junta General on es va aprovar la concessió del préstec societari, la demanda s'haurà de presentar davant dels **Tribunals de Girona** (lloc del domicili social de Cap de Creus Sol S.A. – clàusula general). D'altre banda, per a impugnar la compravenda de la societat per part de Vacaciones Costeras S.L., aquesta haurà de presentar la demanda davant dels **Tribunals de Barcelona** (competència territorial pactada al contracte de compravenda – clàusula especial de submissió expressa).

El procediment seguirà els tràmits del judici ordinari regulat a l'art. 399 i següents LEC, i la sentència que dictés el jutge contindrà les conseqüències que s'han indicat al punt V d'aquestes conclusions.

VIII- En el cas que el jutge estableixi una sanció en forma d'indemnització, aquesta serà per **als socis, per a la societat Cap de Creus Sol S.A., i/o per als creditors socials** (en el cas que n'hi hagin). Els criteris per a fixar aquesta sanció són, bàsicament, els recollits a l'art. 157 LSC.



EMISSIÓ DEL DICTAMEN

Després de l'estudi d'aquest cas, del desenvolupament realitzat amb cadascuna de les qüestions plantejades, de l'argumentació mostrada a través dels fonaments jurídics i la jurisprudència aplicables al cas, i de les conclusions obtingudes i el posicionament adoptat com a raonament final d'aquest dictamen, les recomanacions que li indico a seguir, Sr. Jorge, respecte la seva actuació, són les següents:

- mantenir (o presentar si encara no ho ha fet) la demanda d'impugnació de l'acord social adoptat en la Junta General de Cap de Creus Sol S.A., en el qual es va aprovar la concessió del crèdit societari cap al soci Daniel.
- emetre un escrit, o pactar una reunió amb la societat compradora Vacaciones Costeras S.L., amb l'objectiu de comunicar-li a aquesta societat que no té cap intenció de retornar els diners rebuts per la venda de les seves accions.
- en el supòsit de rebre una demanda per part de la societat compradora Vacaciones Costeras S.L., ens personarem al procediment judicial de forma individual (a no ser que el jutge corresponent estimés un consorci passiu necessari) i amb la meva defensa jurídica com a millor opció, amb l'objectiu d'esgrimir les raons en aquest dictamen exposades i defensar la postura que vostè, Sr. Jorge, no ha de respondre de cap responsabilitat per les contingències aparegudes amb posterioritat a la compravenda de la societat.



BIBLIOGRAFIA

Bibliografia acadèmica

- ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS. «Adiós a la teoría del vínculo». *Almacén de derecho* [en línia], 16-12-2015. <<https://almacenederecho.org/adios-a-la-teoria-del-vinculo/>> [Consulta: 20 d'octubre 2018].
- CARRASCO PERERA, ANGEL (DIR.); ALVAREZ ARJONA, JOSÉ MARÍA (DIR.). «Objeto y precio en las adquisiciones de empresas». *Régimen Jurídico de Las Adquisiciones de Empresas. Colección Monografías*. Pamplona (Navarra): Editorial Aranzadi, 2001. ISBN: 978-84-84106-50-0.
- TRÍAS SAGNIER, MIGUEL. «La problemática de asistencia financiera». *Régimen jurídico y tributario del capital riesgo en España: Entidades y operaciones*. Madrid-Barcelona: Editorial Marcial Pons, 2006, p. 155-176. ISBN: 978-84-97683-16-6.
- VAQUERIZO ALONSO, ALBERTO. «Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias». *Monografías*. Madrid: Editorial Civitas, 2003, p. 151 y ss. ISBN: 84-470-1883-0.

Artículos de revista

- BARROS GARCÍA, MARIO. «¿Continúa vigente la “doctrina del vínculo” tras la modificación de la ley de sociedades de capital?». *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 41/2015, p. 34-41.
- HERNANDO CEBRIÁ, LUIS. «La incidencia de la Legal Due Diligence ("revisión legal") en la contratación mercantil contemporánea». *Revista de Derecho Mercantil*, 2006, núm. 260/2006, p. 603-640.
- PALOMERO BENAZERRAF, ALBERTO; SANZ BAYÓN, PABLO. «Alcance de la prohibición de asistencia financiera en las fusiones apalancadas». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2013, p. 1-34.