

INTRODUCCIÓN

El presente documento contiene un resumen de las novedades legislativas y jurisprudenciales comprendidas entre el 1 de septiembre y el 31 de octubre de 2021 que consideramos más relevantes. Dichas novedades se enmarcan en la práctica de *Corporate & M&A*, por lo que versan sobre Derecho mercantil (incluyendo el Derecho de sociedades), así como sobre ciertos aspectos de Derecho civil relativo a obligaciones y contratos.

1. LEGISLACIÓN

1.1 LEGISLACIÓN ESTATAL

Circular 3/2021, de 28 de septiembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se modifica la Circular 4/2013, de 12 de junio, que establece los modelos de informe anual de remuneraciones de los consejeros de sociedades anónimas cotizadas y de los miembros del consejo de administración y de la comisión de control de las cajas de ahorros que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores; y la Circular 5/2013, de 12 de junio, que establece los modelos de informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores.

La modificación de la LSC¹ llevada a cabo por medio de la Ley 5/2021 con la finalidad de fomentar de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas, en trasposición de la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE, ha introducido algunos cambios en materia de gobierno corporativo y retribuciones de los consejeros, lo cual hace necesario modificar los modelos de informe de remuneraciones de los consejeros y de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas.

Las principales modificaciones que se introducen en el modelo del informe anual de remuneraciones de los consejeros de sociedades cotizadas son:

- (i) necesidad de información sobre toda desviación del procedimiento para la aplicación de la política de remuneraciones, así como sobre toda excepción temporal que se haya aplicado a dicha política, derivada de circunstancias excepcionales;
- (ii) inclusión de un apartado para la explicación sobre cómo la remuneración devengada y consolidada en el ejercicio contribuye al rendimiento sostenible y a largo plazo de la sociedad; y,

¹ 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").

- (iii) se ha añadido un apartado nuevo para establecer comparaciones entre los importes anuales devengados y las variaciones anuales experimentadas, durante los últimos cinco años, en la retribución de cada uno de los consejeros, en los resultados consolidados de la sociedad y en la remuneración media sobre una base equivalente a jornada completa de los empleados de la sociedad y de sus sociedades dependientes que no sean consejeros.

En lo relativo al informe anual de gobierno corporativo de sociedades cotizadas, se ha modificado con la finalidad de incluir lo siguiente:

- (i) apartado sobre la inclusión de acciones con voto doble por lealtad y su configuración;
- (ii) información sobre los cargos que los consejeros desempeñan en otras entidades, sean o no cotizadas; y
- (iii) obligación de que las sociedades informen sobre las demás actividades retribuidas de los consejeros.

2. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil, Sentencia 679/2021 de 6 de octubre de 2021 - Acción individual de responsabilidad ex art. 241 LSC. Daño directo.

Hechos: Durante los años 2014 y 2015 una sociedad de responsabilidad limitada adquirió mercaderías por un importe elevado y, posteriormente, instó el concurso voluntario de la sociedad, que fue declarado fortuito. Frente al impago de las deudas sociales, un acreedor de la sociedad interpuso una acción individual de responsabilidad ex art. 241 LSC frente al administrador único de la sociedad. La Sala debe determinar la responsabilidad del administrador por el impago de deudas sociales de una sociedad que ha entrado en situación de insolvencia.

Resolución: La Sala concluye que, teniendo presentes los “*principios fundamentales de las sociedades de capital*” y “*el principio de que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan*”, a la hora de instar la acción individual de responsabilidad frente a los administradores es muy importante acreditar, entre otras circunstancias: (i) la conducta antijurídica, culposa o negligente del administrador, susceptible de producir un daño; y (ii) que el patrimonio del acreedor sea receptor directo del daño y no “*indirecto como consecuencia de la insolvencia de la sociedad*”. La Sala determina que: a) “[i]ncluso en el caso de que los administradores sociales no hubieran sido diligentes en la gestión social y hubieran llevado a la sociedad a la insolvencia, el daño directo se habría causado a la sociedad administrada por ellos, que habría incurrido en pérdidas”-; b) el impago de la deuda social no constituye un daño directo al patrimonio de los acreedores sociales, sino indirecto, pues es un reflejo del daño sufrido por el patrimonio de la sociedad -que es quien “*ha causado el quebrantamiento patrimonial del acreedor, al no pagar su crédito*”; y c) tampoco puede apreciarse una conducta antijurídica del

administrador, dado que, al conocer las graves dificultades económicas de la sociedad, acudió a los mecanismos concursales procedentes.

Sala de lo Civil, Sentencia 652/2021 de 29 de septiembre de 2021 - Responsabilidad solidaria del administrador de una sociedad en causa legal de disolución.

Hechos: En el año 2013, una sociedad de responsabilidad limitada encargó a otra empresa la realización de unas obras. Para el pago de determinadas facturas relativas a dichas obras, entregó al acreedor pagarés cambiarios firmados por un tercero, que fueron desatendidos al ser presentados al cobro a su vencimiento. La sociedad deudora depositó las cuentas anuales del año 2013, en las que figuraban pérdidas por valor de 22.168,71 euros y un capital social de 3.200 euros, y no depositó las correspondientes a los ejercicios 2014 y siguientes. A fin de recuperar la cantidad debida por la sociedad, el acreedor entiende que procede declarar la responsabilidad solidaria de la sociedad y del presidente de su consejo de administración. La Sala debe determinar si (i) la falta de depósito de las cuentas anuales constituye causa de disolución y determina la responsabilidad solidaria del administrador, y (ii) si la causa de disolución es anterior al nacimiento de la deuda social.

Resolución: Respecto al primer motivo de casación, la Sala recuerda que debe “demostrarse la relación de causalidad entre esta falta de depósito y el daño causado” (STS 505/2014, de 8 de octubre) y se apoya en su sentencia 202/2020, de 28 de mayo, al determinar que la falta de depósito de las cuentas anuales no constituye por sí sola una causa legal de disolución, sino que puede favorecer “la prueba de la existencia del déficit patrimonial o de la inactividad social” y generar “la apariencia de una voluntad de ocultación de la situación de insolvencia”. Respecto al segundo motivo de casación, la Sala determina que “lo relevante para decidir si la obligación es anterior o posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución es la fecha de nacimiento de la obligación, no su completo devengo o exigibilidad ni la fecha de la sentencia que la declara” y, en consecuencia, “la obligación nació cuando se entregaron las obras, que es cuando debe hacerse el pago en el contrato de obra (...), es decir, en noviembre de 2013; y no en la fecha de vencimiento de los pagarés entregados como medio de pago”. En relación con la alegación de que el conocimiento de la causa legal de disolución se produjo al cierre del ejercicio 2013, la Sala recuerda que (i) “los administradores tienen una obligación de atención ininterrumpida a la evolución patrimonial y financiera de la sociedad”. De tal manera que la obligación de disolución comienza cuando los administradores conocen o pueden conocer con un mínimo de diligencia la situación de desequilibrio patrimonial” y que, (ii) dada la magnitud de los fondos negativos, la situación “no podía ser ignorada por el administrador, ni cabe considerar que surgiera de manera sorpresiva y abrupta, sino que, al contrario, puede presumirse que era bastante anterior al momento en que, conforme a lo antes expuesto, nació la deuda social”. La Sala confirma la condena solidaria de la sociedad que contrató las obras y del presidente de su consejo de administración.

Sala de lo Civil, Sentencia 670/2021 de 5 de octubre de 2021 – Derecho de información de los accionistas. Abuso de derecho en la impugnación de acuerdos sociales.

Hechos: En julio de 2016 se celebraron juntas de accionistas de una sociedad anónima, cuyo objeto era la aprobación de las cuentas anuales de los ejercicios comprendidos del 2008 al 2015 y la reactivación de la sociedad, que se encontraba en proceso de liquidación. En la convocatoria de las juntas se indicó a los accionistas que la información relativa al orden del día se encontraba en el lugar en el que se celebraría la junta, si bien en realidad dicha información se encontraba en el domicilio social. Ello resultó en que dos accionistas no tuvieron acceso a dicha información. La Sala debe determinar si (i) la información a la que no tuvieron acceso los accionistas carecía de la relevancia referida en el art. 204.3.b) LSC y si (ii) existió abuso de derecho por parte de los accionistas al impugnar los acuerdos.

Resolución: En relación con el primer motivo de casación, la Sala concluye que: (i) la indicación errónea del lugar en el que se encontraba la información relativa al orden del día *“dificultó en gran medida el acceso a la documentación, (...) con el resultado de que acudieron a las juntas generales sin haber podido examinar ningún documento”*; (ii) *“no puede considerarse irrelevante, en los términos del art. 204.3 b) LSC, la información no suministrada, puesto que resultaba “esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación”*; y que (iii) la relevancia ex art. 204.3 b) LSC *“no depende de la actitud del socio (no es un requisito subjetivo), sino de la exigencia legal de su suministro a los socios en función de los puntos del orden del día que se van a tratar y votar en la junta general (carácter objetivo).”* En relación con el segundo motivo de casación, la Sala destaca que el análisis del carácter abusivo de la impugnación *“debe examinarse de forma casuística en función de múltiples parámetros, entre otros, las características de la sociedad y la distribución de su capital, volumen y forma de la información solicitada.”* A tal efecto, la Sala concluye que no hubo conducta abusiva por parte de los accionistas dado que *“en cuanto conocieron que la documentación no estaba en la notaría, (...) no permanecieron pasivos ni pretendieron ocultar la irregularidad para posteriormente aprovecharse de ella. Y, en segundo lugar, porque no se trata de un simple error u omisión, desde el momento en que la información nunca estuvo a disposición de los socios, que tuvieron que votar en la ignorancia más absoluta de la documentación esencial para decidir sobre los trascendentales acuerdos sociales sometidos a su decisión”*.

Sala de lo Civil, Sentencia 673/2021 de 5 de octubre de 2021 – La doctrina del levantamiento del velo.

Hechos: En el marco de la imposibilidad de cobro de una deuda contraída por una sociedad de responsabilidad limitada en relación con la ejecución de unas obras, la Sala debe determinar la procedencia de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, y ello en atención a los siguientes hechos acreditados: 1) los socios constituyeron la sociedad deudora en fecha próxima al contrato celebrado con la acreedora para la ejecución de las obras y los mismos socios fueron nombrados administradores mancomunados de la sociedad deudora; 2) la sociedad deudora únicamente estuvo activa durante la vigencia del contrato de obras; 3) tras resultar vencidos e impagados los pagarés entregados para el pago de las obras, los socios y administradores de la deudora i) renunciaron y cesaron en sus cargos de administradores, ii) nombraron a un administrador único y iii) vendieron todas

sus participaciones a un tercero; 4) en el momento de la emisión de los pagarés en renovación de los vencidos e impagados, ya se había producido un “*vaciamiento patrimonial*” de la sociedad deudora que resultó en su insolvencia; y 5) tanto la sociedad compradora de las participaciones como el administrador único nombrado resultaron ilocalizables y declarados en rebeldía.

Resolución: La Sala recuerda el carácter excepcional de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, y ello en atención a i) los hechos (que deben valorarse *ad casum*) y a ii) su intervención subsidiaria a “*su intervención subsidiaria a falta de otros remedios legales para la defensa del derecho de crédito lesionado*” -“*esto es, cuando la parte actora y acreedora no disponga de otra acción o recurso específico al respecto para hacer efectivo el cobro de su derecho de crédito*”-. La Sala concluye que, a la vista de los hechos acreditados y de las actuaciones llevadas a cabo por la sociedad acreedora para obtener el cobro de su crédito, “*concurren los presupuestos y requisitos exigidos por nuestra jurisprudencia para declarar la responsabilidad solidaria de los socios demandados por la deuda reclamada por la actora, pues, conforme a lo expuesto, se aprecia la utilización de la personalidad jurídica societaria de Libomediterraneo como un medio o instrumento defraudatorio, o con un fin fraudulento, en el que incluso ha sido apreciado el animus nocendi de los agentes implicados (los socios demandados), al menos, en el sentido objetivo de que tuvieron conocimiento del daño irrogado que determina la elusión de sus responsabilidades y, entre ellas, el pago de las deudas*”.

3. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA²

Resolución de 8 de septiembre de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE 249 de 18 de octubre de 2021) - Nombramiento de administradores sin la mayoría reforzada prevista estatutariamente.

Hechos: Con relación a la sociedad “Inmobiliaria Moure, S.A.,” se presenta a inscripción escritura pública de nombramiento de dos administradores mancomunados, en junta universal estando presente el 77,25% del capital social y con el voto favorable del 75% del mismo. Los estatutos sociales prevén un régimen convencional de quórum de asistencia reforzado para la constitución de juntas generales de 85% en primera convocatoria y 80% en segunda, así como una mayoría reforzada para la adopción de acuerdos de más de un 75% de los votos emitidos. El Registro Mercantil califica con defectos en la medida que el nombramiento realizado no cumple con las exigencias de quórum reforzado establecido en los estatutos de la sociedad.

Resolución: La DGSJFP confirma la calificación registral. Los nombrados recurren, basando su argumentación en una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 26 septiembre 2005 (JUR 2007\190181) referente a la interpretación de las disposiciones

² A lo largo del presente documento, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública será también denominada como la “DGSJFP”.

estatutarias en materia de quórum de asistencia y mayorías de la misma “Inmobiliaria Moure, S.A.,” y con relación a un supuesto de hecho similar. En dicha sentencia, se resuelve que, de conformidad con el art. 131 TRLSA³, en sede de acuerdos de separación y revocación de administradores, no se pueden elevar los quórums de constitución, ni las mayorías de voto. Por ende, no procede la aplicación de las disposiciones estatutarias en este sentido, siendo suficiente el voto del 75% del capital social para la revocación y el subsiguiente nombramiento de administradores. Si bien no existe el concepto de cosa juzgada en vía administrativa y, por tanto, la citada sentencia no vincula a la DGSJFP, “*el respeto a la seguridad jurídica desaconseja seguir un razonamiento decisorio desconectado de una resolución judicial firme*”. No obstante, considera la DGSJFP que no existe identidad subjetiva en los supuestos de hecho, en la medida que la sentencia de la Audiencia Provincial concierne una revocación y subsiguiente nombramiento, mientras que el presente supuesto tan solo procede a realizar un nombramiento, sin la revocación previa. En atención a este elemento, no es de aplicación la doctrina expuesta en la sentencia de la Audiencia Provincial con relación al art. 131 TRLSA (actual 223.1 LSC). El segundo de los argumentos esgrimidos es la unanimidad exigida por la configuración estatutaria en este sentido. La DGSJFP considera que no procede por cuanto (i) el 25% restante no está en poder de un solo socio; y (ii) «*el refuerzo de las mayorías no plantea problemas siempre que no alcance los aledaños de la unanimidad*». En atención a lo expuesto, al no alcanzar la mayoría reforzada estatutariamente para la adopción de acuerdos sociales, no procede la inscripción de la escritura de nombramiento de administradores mancomunados.

Resolución de 29 de septiembre de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE 258 de 28 de octubre de 2021) – Aumento de capital mediante aportación de vivienda gravada con derecho de uso y disfrute.

Hechos: En fecha 25 de febrero de 2021 se celebra junta general de una sociedad de responsabilidad limitada acordando una ampliación de capital social de una sociedad por medio de aportación no dineraria de una vivienda, perteneciente con carácter privativo a una persona divorciada, y gravada con un «derecho de uso y disfrute» del art. 96 CC atribuido por sentencia firme en favor de los hijos comunes y del cónyuge cuyo vínculo se había disuelto. En la escritura de ampliación de capital, se hace constar que dicha vivienda «se encuentra gravada por un derecho de uso y disfrute a favor de Doña C. F. M. G. e hijos, el cual ha sido tenido en cuenta al fijar el valor de la finca». El Registro Mercantil extiende nota de calificación negativa por cuanto, de conformidad con el art. 96.3 CC, se requiere para actos de disposición de la vivienda el consentimiento del cónyuge que ostenta el derecho de uso y disfrute o, en su caso, autorización judicial.

Resolución: La DGSJFP revoca la nota de calificación. El derecho societario no impide la aportación de derechos contingentes, anulables o litigiosos, siempre que tengan tales bienes

³ Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (“TRLSA”).

y derechos contenido patrimonial evaluable económicamente de conformidad con los arts. 58 y 59 LSC. En todo caso, los arts. 73 y ss. LSC prevén reglas de responsabilidad solidaria de socios y administradores por la sobrevaloración de aportaciones no dinerarias. A la luz de lo expuesto y, en atención a que el derecho que grava el inmueble ha sido tomado en consideración a efectos de la valoración de la aportación, establece la DGSJFP que se cumple con las condiciones exigidas por el art. 58 LSC y, por tanto, procede la inscripción de la ampliación de capital con cargo a aportaciones no dinerarias.

Resolución de 4 de octubre de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE 263 de 3 de noviembre de 2021) – Estatutos sociales: convocatoria de junta general sin la salvedad del art. 98 LME⁴.

Hechos: En fecha 30 de abril se otorga ante notario escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada, cuyos estatutos sociales, contienen un régimen convencional de convocatoria de la junta general. En concreto, se establece que las juntas generales deberán ser convocadas mediante carta remitida por correo certificado con acuse de recibo, y con una antelación, salvo para los casos de transformación, fusión, cesión y escisión, de quince días. El Registro Mercantil extiende nota de calificación negativa por contravención del régimen imperativo de convocatoria de juntas generales con motivo de un traslado internacional del domicilio social del art. 98 LME, que exige antelación de 2 meses y publicación en el BORME y un diario de gran circulación en la provincia de domicilio social.

Resolución: La DGSJFP confirma la nota de calificación y, por lo tanto, considera válida y pertinente la denegación de inscripción en el Registro Mercantil. La disposición estatutaria sustituye el régimen legal en otro caso supletoriamente aplicable, en términos de absoluta generalidad, sin matices. Se hace plausible la interpretación de que se ha querido mantener el régimen en cuestión para cualquier tipo de acuerdo, incluso en caso de traslado internacional del domicilio social, en la medida que no se contiene este supuesto en las excepciones (i.e. transformación, fusión, cesión y escisión). La DGSJFP considera que, en la medida que no contiene salvedad alguna, contradice directamente el régimen imperativo del art. 98 LME y no puede acceder a inscripción en atención a la presunción de exactitud y validez del contenido del Registro.

⁴ Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (“LME”).

* * * * *

Esta Newsletter ha sido elaborada por el equipo de Corporate & M&A de Cases & Lacambra:

Lucas Palomar

Socio

lucas.palomar@caseslacambra.com

Bojan Radovanovic

Socio

bojan.radovanovic@caseslacambra.com

Pablo Echenique

Socio

pablo.echenique@caseslacambra.com

Jose Manuel Llanos

Socio

josemanuel.llanos@caseslacambra.com

Marc Roig

Asociado

marc.roig@caseslacambra.com

Eric Solé

Asociado

eric.sole@caseslacambra.com

Beatriz Tapia

Asociada

beatriz.tapia@caseslacambra.com