

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

DERECHO CONCURSAL

BLOQUE PRIMERO: LA DECLARACIÓN DE CONCURSO Y SUS EFECTOS

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

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

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

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

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

Fruto de estas dificultades, se producen los siguientes impagos:

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

CUESTIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BLOQUE SEGUNDO: CLASIFICACIÓN DE CRÉDITOS Y REINTEGRACIÓN CONCURSAL

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

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

I. Impugnación de LA BANCA DE LAS BANCAS SA

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

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

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

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

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

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

II. Impugnación de BANCO NEGRO SA

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

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

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

III. Comunicación tardía de BANCO DE ORO SA

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

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

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

BLOQUE TERCERO: CONVENIO Y LIQUIDACIÓN

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

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

DECIMOTERCERA CUESTIÓN.-

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

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

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

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

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

BLOQUE CUARTO: CONCLUSIÓN Y CALIFICACIÓN DEL CONCURSO

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

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

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

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

BLOQUE QUINTO: ASPECTOS LABORALES DEL CONCURSO

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

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

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

DECIMOCTAVA CUESTIÓN.-

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

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

DERECHO DE SOCIEDADES

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

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

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

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

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

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

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

Se consideran probados los siguientes hechos relevantes:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1º.- La infracción del derecho de información.

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

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

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

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

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

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

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

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

No obstante, dichas solicitudes de información fueron sistemáticamente desatendidas.

PRIMERA CUESTIÓN.-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Se basa en la existencia de los siguientes documentos: (i) la existencia del decreto de 30 de enero de 20121 de admisión a trámite de la comunicación del inicio de negociaciones conforme el artículo 5 bis LC dictado por el Juzgado Mercantil núm. 10 de Madrid; (ii) el plan de negocios elaborado por los socios familiares, que se materializa a través de un libro muy completo en el que se incorporan una serie de supuestos y proyecciones a cinco años respecto de todas las compañías del grupo; (iii) finalmente, las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios con sus correspondientes informes de auditoría, emitidos por PERITOS IMPECABLES, con opinión favorable sin salvedades.

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

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

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

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

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

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

3º. De los pactos parasociales.

TERCERA CUESTIÓN

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

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

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

4. Del derecho de separación

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

5. De la acción social de responsabilidad

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

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

6. De la responsabilidad por deudas

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

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

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

7. De la vinculación del administrador con la sociedad

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

8. De las facultades de los administradores

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

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

9.- De las facultades de la junta general

DUODÉCIMA CUESTIÓN.-

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