



Apreciad @ Amig @;

Tenemos el agrado de remitirle una reseña de jurisprudencia y novedades legislativas sobre determinadas cuestiones de carácter civil-mercantil, concursal, penal empresarial y sobre responsabilidad civil que esperamos que resulten de su interés.

En concreto, las sentencias que reseñamos versan sobre los siguientes temas:

- (i) **El cumplimiento de las condiciones suspensivas en un contrato de compraventa de participaciones;**
- (ii) **La facultad para solicitar la disolución de la sociedad por discrepancias entre los socios;**
- (iii) **El régimen fiscal de las fusiones y escisiones;**
- (iv) **La ineficacia de los tratos preliminares;**
- (v) **La responsabilidad de los administradores por deudas contraídas con posterioridad a su cese en el cargo;**
- (vi) **El derecho de asunción preferente de los socios en una “operación acordeón”;**
- (vii) **La responsabilidad de los administradores concursales por no ejercitar una acción de reintegración;**
- (viii) **Los requisitos necesarios para la subordinación de los créditos en caso de éxito de una acción de reintegración;**
- (ix) **El lucro cesante en los supuestos de paralización de vehículos siniestrados, y por último,**
- (x) **Las dilaciones indebidas en la tramitación de un procedimiento penal.**

Asimismo, le remitimos una reseña de las novedades legislativas que se han producido y que entendemos más relevantes. En este sentido, comentamos la nueva Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado, así como la Ley 21/2013, de 11 de diciembre, de Evaluación Ambiental.

Por último, os remitimos dos artículos recientes que hemos publicado en la revista Vida Económica en relación con la protección de los acreedores en operaciones de segregación y escisión, así como en el diario SUR, relativo a las cláusulas de blindaje del consejero delegado.

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

■ EMPRESARIAL

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2013

Condición suspensiva en un contrato de compraventa de participaciones sociales

La sentencia referida parte del siguiente supuesto de hecho: los socios de una empresa que prestaba servicios de operador de televisión local decide vender a otra entidad especializada las participaciones que titulan de la primera, sometiendo la eficacia del contrato de compraventa a la condición suspensiva consistente en la obtención por parte del comprador, en el plazo de tres meses, de siete concesiones administrativas de servicio público de TDT con cobertura en las Islas Baleares, tal y como exige el artículo 17 del Decreto 31/2006 de 31 de mayo. Pasado ese tiempo sin que el comprador las hubiera obtenido, se novó el contrato en el sentido de ampliar el plazo para lograr las concesiones. Trascurrido ese plazo sin obtenerlas, y creyendo el vendedor que el comprador no había puesto el empeño suficiente en conseguirlas procedió a presentar la correspondiente demanda solicitando que se declarara cumplida la condición en base al artículo 1119 CC y, en consecuencia, perfeccionado el contrato.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, entendiendo que el comprador había hecho esfuerzos suficientes para obtener las licencias. En cambio la sentencia de segunda instancia, estimó la demanda teniendo por cumplida la condición suspensiva, tal y como prescribe el artículo 1119 CC y obligando al comprador a hacer todos los trámites legalmente impuestos para la obtención de las licencias.

Recurrida en casación, el Tribunal Supremo casa la sentencia de segunda instancia por los siguientes motivos: (i) **en primer lugar entiende que la sentencia es contradictoria, ya que no se puede entender cumplida la condición suspensiva sobre la base del artículo 1119 y al mismo tiempo obligar al comprador a obtener las licencias, siendo precisamente esta la obligación que se acababa de dar por cumplida, y, en segundo lugar, (ii) porque en este caso concreto no es de aplicación el artículo 1119 CC, ya que éste se refiere condiciones suspensivas contractuales y no a las legales (es decir, las que se pactan porque una ley exige una actuación o autorización determinada)**. Teniendo en cuenta que la obtención de las licencias venía exigido por el artículo 17 del Decreto 31/2006 de 31 de mayo, la perfección del contrato no podría darse por esta vía. Concluyendo finalmente que **“en todo caso, lo que ha existido es un incumplimiento de un deber de conducta contenido en el contrato, consistente en poner todos los medios para obtener la preceptiva autorización administrativa, imputable a la parte que lo asumió, la compradora, lo que podría dar lugar no a la perfección del contrato sino a la reclamación de los daños y perjuicios derivados de su frustración, al amparo del art. 1101 CC , que no es lo que se ha pedido”**.

Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 8 de octubre de 2013.

La disolución de una sociedad por paralización de sus órganos sociales. Discrepancias entre los socios.

Uno de los dos únicos socios de una sociedad de responsabilidad limitada, solicita la disolución de la sociedad por la paralización de los órganos sociales, ya que dada las discrepancias existentes entre ambos, no se habían aprobado las cuentas anuales durante varios ejercicios, lo que había provocado el cierre de la hoja registral del Registro Mercantil.

La sentencia de instancia estima y declara dicha disolución, debido al enfrentamiento existente entre los socios y la parálisis a la que se ha visto abocada la sociedad.

Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) haciéndose eco de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina más autorizada **declara que para que se acuerde la disolución de la sociedad, no es suficiente una paralización meramente ocasional o cualquier paralización de los órganos sociales, sino que ha de ser una paralización permanente y definitiva y que impida un normal desenvolvimiento en el tráfico jurídico.**

En el presente supuesto, dada las desavenencias irreconciliables existentes entre los socios y los perjuicios que habían provocado a la sociedad, se confirma la sentencia de instancia, acordando la disolución de la compañía.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala 2.ª, de lo Contencioso-administrativo) de 7 de febrero de 2013

Régimen especial fiscal de fusiones y escisiones: no es necesario que las ramas de actividad ya estuvieran en funcionamiento como unidades económicas independientes antes de la operación de escisión.

La precitada sentencia versa sobre la aplicabilidad del denominado régimen especial fiscal de fusiones y escisiones a un supuesto de escisión, tema especialmente controvertido desde su creación, en tanto en cuanto el beneficiario de tal régimen ha de acreditar que existen motivos económicos válidos para haber llevado a cabo tal operación, proscribiendo, por tanto, aquellos casos en los que se pretende principalmente obtener un régimen fiscal más favorable. La meritada sentencia, si bien vuelve a analizar los requisitos necesarios para estimar que concurren motivos económicos válidos, realiza un pronunciamiento sobre otra cuestión discutida: la necesidad de que las ramas de actividad ya estuvieran en funcionamiento como unidades económicas independientes con anterioridad a la operación de modificación estructural.

Tal es la postura de nuestra administración tributaria, hasta hace poco respaldada por nuestros tribunales (como la Sentencia de la Sala 2.ª de la Audiencia Nacional de 16

de diciembre de 2011) en base a la antigua redacción del artículo 97 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

Sin embargo, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social modificó el mencionado párrafo de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de tal manera que ha llevado a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional a cambiar su criterio al respecto y a determinar en la Sentencia a la que nos referimos que el meritado precepto, **en su nueva redacción, enfatiza «la vocación de futuro del conjunto patrimonial y su consiguiente aptitud objetiva para construir una unidad económica autónoma»** y, por tanto, anula el razonamiento que había llevado al Tribunal Económico Administrativo Central a estimar que el régimen especial de fusiones y escisiones no era aplicable al supuesto de hecho planteado, al considerar probado que ya existían dos ramas diferenciadas ya existían en la entidad escindida.

Por todo ello, podemos concluir que **no constituye *condictio iuris* para la aplicación del régimen especial fiscal de fusiones y escisiones que la rama de actividad o la unidad patrimonial ya fuera identificable como tal en un momento anterior a la operación de segregación.**

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2012.

La ineficacia de los tratos preliminares salvo culpa “in contrahendo”.

La Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2012 tiene por objeto la reclamación realizada por una empresa contra su distribuidora con la que había mantenido unos tratos preliminares cuyo fin era la adquisición de la mercantil demandante.

Por ello se firma un precontrato con un acuerdo preliminar en el que se incluye una posible responsabilidad “in contrahendo”.

La sentencia afirma que estos tratos preliminares no suponen un acto jurídico, por lo que no se deriva de ellos responsabilidad precontractual o culpa. De acuerdo con el artículo 1262 Cc, **al no existir una oferta y esta ser aceptada, no existe ningún precontrato o contrato y por lo tanto, no existe fundamento para exigir ninguna indemnización al no quedar acreditada la mala fe.**

Por lo tanto, **los tratos preliminares no tienen trascendencia ni eficacia obligacional que genere responsabilidad para las partes salvo que pudiera apreciarse culpa “in contrahendo” por actuación de mala fe.**

Una mercantil ejerció una acción de responsabilidad contra sus anteriores administradores reclamando la condena solidaria al pago de un crédito que la sociedad contrajo contra un histórico club de fútbol, ya que mientras desempeñaron su cargo incumplieron el deber de promover la disolución de la sociedad, lo que ocasionó

el nacimiento del mencionado crédito. Como peculiaridad del supuesto, debe tenerse en cuenta, que el crédito nació con posterioridad al cese de los administradores demandados.

Tanto las dos primeras instancias como el Tribunal Supremo desestimaron la **demandada por entender que los administradores sociales, aunque hubieran incumplido el deber de promover la disolución, una vez cesados de su cargo, no responden de las deudas que pudiera contraer la sociedad con posterioridad a su cese, sino tan sólo de las deudas que existían mientras eran administradores.**

Resolución de la DGRN de 20 de noviembre de 2013

El derecho de asunción preferente en la "operación acordeón"

En una sociedad limitada, dos de los tres socios deciden adoptar medidas de saneamiento financiero, acordando la correspondiente reducción de capital y el posterior aumento del mismo por compensación de créditos que estos dos socios ostentaban frente a la sociedad. Dado el que el tercer socio no concurrió al aumento, el efecto de esta operación fue su salida del accionariado. Si bien, el socio afectado no impugnó el acuerdo.

El registrador mercantil deniega la inscripción de la escritura por no haberse respetado el derecho de preferencia del socio que no concurrió al aumento de capital.

La problemática a analizar en el supuesto planteado es si existe derecho de asunción preferente en este tipo de operaciones, dado que la argumentación del recurrente se fundaba en que (i) **el derecho de asunción de los socios debe ser respetado sólo cuando se produzca la emisión de nuevas participaciones** y (ii) **éstas sean asumidas mediante el contravalor de aportaciones dinerarias, lo que no ocurre en el presente caso.**

A tal efecto, y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 343.2 de la LCS (que establece que en este tipo de operaciones habrá de respetarse el derecho de asunción o de suscripción preferente de los socios "en todo caso"), la DGRN afirma que "el socio posee el derecho fundamental de ser tratado igual que los demás (...) a que su parte del capital social no sea objeto de aguamiento o supresión, y a que su posición social, no mediando su consentimiento, sea mantenida –derecho de no decrecer en su parte social–. De ahí que los artículos 350 y siguientes de la LSC prevean un especial procedimiento para la exclusión de socios que, en este supuesto concreto, pese a producirse la salida de un socio sin su consentimiento expreso, no ha sido respetado."

Tribunal Supremo Sentencia de 2 diciembre de 2013.

Responsabilidad de los administradores por las deudas contraídas por la empresa con posterioridad a su cese.

Por ello, y dada la necesidad de cumplir escrupulosamente el citado artículo 343.2 de la LSC, la sociedad pudo (i) **prever un aumento de capital mixto, en el que los socios que no pudieran acudir a la compensación de los créditos preexistentes (por no ser titulares de créditos frente a la sociedad), pudieran, en proporción a**

su participación preexistente en el capital social, contribuir al procedimiento de saneamiento social y asumir, mediante aportaciones dinerarias, la parte correspondiente a su cuota inicial en el mismo; o bien (ii) haber anticipado las consecuencias del acuerdo, informado por los administradores y por los auditores sociales, y establecer un procedimiento que permitiera al socio no presente en un plazo determinado aceptar el aumento en los términos planteados o redefinir el mismo.

Pese a la solución aportada, se echa de menos en esta Resolución que la DGRN hubiera entrado a analizar la cuestión desde la óptica la naturaleza del aumento de capital por compensación de créditos como un aumento de naturaleza dineraria o no, dado que la solución a esta cuestión es clave, pues el derecho de asunción preferente sólo nace en los aumentos dinerarios con emisión de nuevas participaciones. No obstante, y como se ha comentado, la DGRN no entra a analizar este extremo, resolviendo la cuestión sobre la base de los principios generales configuradores de la sociedad limitada y de la operación acordeón.

■ **CONCURSAL**

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2013.

La responsabilidad del administrador concursal por falta de ejercicio de la acción de reintegración.

La sentencia reseñada analiza la posible responsabilidad en la que incurre un administrador concursal por no haber ejercitado acción de reintegración contra pagos realizados en detrimento de los acreedores, así como por no haber solicitado la devolución del IVA soportado por la entidad concursada.

La sentencia dictada en primera instancia identifica la acción de responsabilidad ejercitada como la regulada en el artículo 36 de la LC, lo que conlleva la realización de una conducta antijurídica y culpable que hubiera ocasionado daños y perjuicios cuya indemnización se pretende. Según la sentencia, la responsabilidad exigida lo es por un perjuicio que se ocasiona a la masa, al haber frustrado expectativas de reintegro y no por daños causados directamente al acreedor demandante. Se concluye por el juzgado que el administrador concursal no ha infringido ningún deber legal, puesto que (i) en primer lugar se trata de una facultad, sin que esté el administrador necesariamente obligado a su ejercicio, gozando los acreedores de legitimación subsidiaria para interponer la demanda de reintegración y (ii) en segundo lugar, por lo que respecta a la omisión de la solicitud de devolución del IVA soportado, (hasta un importe de 110.000 euros) el juzgado no aprecia que hubiera existido comportamiento negligente, atribuyendo la responsabilidad a los administradores de la sociedad concursada al no llevar libro registro que hubiera permitido ejercitar la reclamación frente a la AEAT.

La sentencia fue recurrida en apelación confirmándose la resolución de primera instancia.

Recurrida la sentencia en casación, el recurso fue desestimado y ello por distintas razones: en primer lugar, **porque es cierto que no existe un deber específico para el administrador concursal de ejercitar la acción de reintegración, pero esto no exime de responsabilidad al administrador concursal por no haberla ejercitado si se justifica que un administrador diligente, en atención a unas claras expectativas de éxito y a que compensaba económicamente su ejercicio, hubiera debido ejercitarla.** Sin embargo, en el presente caso, los actos objeto de impugnación quedaban fuera del periodo sospechoso de los dos años anteriores a la declaración del concurso por lo que la responsabilidad se diluiría al no tener expectativas de éxito.

En segundo lugar el Tribunal Supremo considera que **tampoco existía ningún deber legal que impusiera al administrador concursal dirigirse a la AEAT para deducirse el IVA soportado, aunque, con carácter general y en condiciones normales, resulte lógico exigirle este comportamiento como parte de la diligencia debida con que debe desempeñar su cargo.** Por ello, y en ausencia de dicho deber, entiende que no se deriva responsabilidad del Administrador Concursal.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 21 de noviembre de 2013 (Sección 5ª).

La subordinación de créditos como consecuencia del éxito de una acción de

En esta resolución la Audiencia Provincial sustancia un recurso de apelación presentado por la Administración Concursal, que vio estimada parcialmente su demanda en la instancia y que ve, finalmente, desestimado su recurso de apelación. La Administración Concursal presentó demanda de rescisión dirigida frente a una entidad bancaria y referida a una serie de operaciones de refinanciación que entendía perjudiciales, solicitando la subordinación del crédito en caso de oposición por parte de la demandada. La entidad bancaria presenta allanamiento parcial, oponiéndose a cualquier tipo de subordinación de su crédito. El Juzgado de lo Mercantil estima parcialmente la demanda de rescisión, sin acordar la subordinación del crédito, resolución que es recurrida por la Administración Concursal, solicitando la subordinación del crédito, y que finalmente resulta desestimado por la Audiencia Provincial.

Desde un punto de vista jurídico, esta interesante resolución se asienta sobre dos pilares básicos: (i) **Con el ejercicio de una acción de rescisión o reintegración concursal es necesario, para que se estime la subordinación de los créditos que ostente la parte afectada por dicha acción, que expresamente se solicite en el suplico de la demanda la apreciación de mala fe en la parte demandada (referida al momento de constitución de la operación atacada, y no al momento de su defensa en sede judicial) y solicitar, igualmente, la subordinación del crédito, y** (ii) **aunque se entendiera que existía en la demanda una implícita petición de apreciación de mala fe, estima la Audiencia Provincial que dicha mala fe debe ser acreditada plenamente por la parte demandante, haciendo referencia a hechos y circunstancias que pongan de manifiesto la existencia de mala fe.**

Es, por tanto, una buena resolución para rebatir las pretensiones de subordinación de créditos que, en muchos casos, los Administradores Concursales incluyen en las demandas de reintegración de forma automática, sin hacer referencia a concretos hechos y circunstancias que la acrediten, así como para combatir las subordinaciones que se solicitan sin previa solicitud expresa de la apreciación de mala fe.

■ RESPONSABILIDAD CIVIL

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2013
Lucro cesante por paralización de vehículo siniestrado

Ante el Juzgado de Primera Instancia se interpuso demanda a instancia de víctima de accidente de tráfico, reclamando indemnización tanto por las lesiones como indemnización por el lucro cesante derivado de la paralización del vehículo camión que utilizaba para el ejercicio de su actividad profesional. Los demandados aceptaron su responsabilidad y se limitaron a discutir el importe de la indemnización, entre ellas improcedencia del resarcimiento del concepto de lucro cesante.

El juzgado de primera instancia estimó procedente la indemnización por lucro cesante basada en la certificación gremial aportada por el actor. Recurrída en apelación la A. Provincial, estimó el recurso de los condenados al pago y rebajó su indemnización con un doble argumento: que la certificación aportada, dado el carácter desproporcionado de sus cifras (192.393,60.-€), resulta inidónea para acreditar el valor económico de dicha pérdida; y que, a falta de otras pruebas, debe atenderse a los ingresos netos anuales reconocidos por la actora, debiendo ser esa cifra anual de ingresos y no de otra superior, la tomada para el cálculo del referido lucro cesante (fijado en 46.808.-€).

Recurrido por la actora en casación, el Tribunal Supremo desestima el motivo, pues considera que se denuncia aparentemente una infracción sustantiva relativa al derecho del perjudicado al pleno resarcimiento de los daños derivados del accidente, con inclusión del valor de las pérdidas patrimoniales sufridas por la paralización del camión que le servía para su actividad profesional. **Pero en realidad, el planteamiento del recurrente encubre el verdadero propósito que es revisar la valoración probatoria, como indica su insistencia para que se atribuya valor de prueba suficiente del lucro cesante a la certificación gremial que la Audiencia descartó como documento suficientemente. Considera el Tribunal Supremo que la Audiencia Provincial, ni excluye la indemnización por el concepto reclamado (lucro cesante derivado de la paralización del vehículo), ni la subsume dentro de la cuantía reconocida por el concepto de factor corrector de perjuicios económicos. Lo que sí hace es declarar insuficiente la certificación aportada por carecer de valor absoluto y tener solo valor indicativo respecto de la realidad y cuantía de las pérdidas económicas sufridas, las cuales, en este caso, considera la sentencia impugnada que podían ser acreditadas por otros medios.** En consecuencia, es por razón de la falta de estas otras pruebas más idóneas por lo que la Audiencia concluye que el valor de la pérdida económica anual por paralización del vehículo no puede exceder del importe de los ingresos correspondientes a ese mismo

periodo. Es decir, considera desproporcionada la suma diaria en que el certificado cifra la pérdida económica por paralización y opta por fijar el valor de dicha pérdida diaria en el resultado de dividir los ingresos anuales reconocidos entre los 365 días del año.

■ **DERECHO PENAL EMPRESARIAL**

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2.013

Dilaciones indebidas en la tramitación de un procedimiento penal

Recientemente nuestro Alto Tribunal ha corroborado con esta sentencia, lo que ya era constante doctrinal proveniente de Tribunal Constitucional, en coincidencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 6.1 del Convenio de Roma.

La cuestión es que – criterio a nuestro juicio extensible a cualquier orden jurisdiccional - la sobrecarga que sufren los órganos judiciales por volumen de trabajo en la administración de justicia, no puede operar como elemento de exclusión de la atenuante prevista en el art. 21.6 del CP, es decir aquella atenuante que permite una rebaja en la pena, dado que la carencia de medios no es incompatible, desde luego, con una dedicación que impida paralizaciones injustificadas del procedimiento.

Es más en palabras del TS “*entenderlo de otra manera conduciría a admitir que forman parte de la rutina de la instrucción penal interrupciones absolutamente inexplicables (...) erosiona de manera inasumible el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE)*”.

Sentado lo anterior, se establecen unos criterios básicos para la concurrencia de la atenuante: a) dilación indebida en la tramitación del procedimiento b) que la dilación sea susceptible de ser calificada como extraordinaria (no siendo este un concepto de *fijación apriorística*) c) no atribuible al propi inculpado y d) que el retraso no guarde proporción con la complejidad de la causa. En cualquier caso, dado que nos encontramos ante requisitos ciertamente indeterminados, habrá de estarse al caso concreto para hacer valer dicha rebaja de pena o, en su caso oponerse a la misma.

RESEÑA DE NOVEDADES LEGISLATIVAS

Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado

Esta norma pretende favorecer la libre circulación de bienes y servicios entre las distintas comunidades autónomas.

En este sentido, bajo el principio de eficacia, aspira a que, cualquier operador económico legalmente establecido, pueda llevar a cabo su actividad en cualquier parte del territorio nacional sin que quepa, en principio, exigirles nuevas autorizaciones o trámites, siempre que cumpla todos los requisitos en el lugar de origen.

Ley 21/2013, de 11 de diciembre, de Evaluación Ambiental

La mencionada Ley unifica en un solo texto legal el régimen jurídico de la evaluación ambiental de planes y programas, así como de proyectos.

Su objeto es establecer las bases que deben regir la evaluación ambiental de los planes, programas y proyectos que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente, garantizando en todo el territorio del Estado un elevado nivel de protección ambiental, con el fin de promover un desarrollo sostenible.

Del mismo modo establece los principios que informarán el procedimiento de evaluación ambiental de los planes, programas y proyectos que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente, así como el régimen de cooperación entre la Administración General del Estado y las comunidades autónomas a través de la Conferencia Sectorial de Medio Ambiente.

Quedamos a su disposición para cualquier cuestión relacionada con el contenido de este correo.

Sin otro particular, aprovechamos la ocasión para saludarle.