



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de Fin de Grado
Doseles y Cortinas S.A.
Supuesto de hecho

Marina Lage Rodríguez

Tutor: Rafael García Pérez

Programa de simultaneidad en Derecho y ADE

Año académico 2022/23

16/02/2023

Índice

| | |
|---|----|
| Lista de abreviaturas | 2 |
| Antecedentes de hecho | 4 |
| Cuestiones de Derecho | 6 |
| Pacto parasocial | 6 |
| Validez | 6 |
| Oponibilidad a la sociedad..... | 7 |
| Cumplimiento | 8 |
| Cláusula en favor de la sociedad..... | 12 |
| Conflicto de intereses..... | 13 |
| Carta de patrocinio | 14 |
| Préstamo con BBVA | 16 |
| Anulación de la garantía pignoraticia..... | 24 |
| Conclusiones..... | 27 |
| Bibliografía | 33 |
| Apéndice jurisprudencial y de doctrina administrativa | 35 |
| Apéndice legislativo | 37 |

Lista de abreviaturas

AAP – Auto de Audiencia Provincial

CC – Código Civil

DGRN – Dirección General de Registros y Notariado

LEC – Ley de Enjuiciamiento Civil

LHM – Ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión

LSC – Ley de Sociedades de Capital

SAP – Sentencia de Audiencia Provincial

STS – Sentencia del Tribunal Supremo

TRLC – Texto refundido de la Ley Concursal

TS – Tribunal Supremo

Antecedentes de hecho

1. DOSELES Y CORTINAS, S.A. fue constituida el 2 de enero de 2019 en escritura pública otorgada ante la notaria de A Coruña Teresa Sanjurjo de la Vera, bajo el número 123 de su protocolo, constante en el Registro Mercantil de A Coruña al tomo 5674 del archivo, folio 216, hoja C-7483.

El objeto social de dicha entidad consiste en la fabricación y colocación de persianas, estores y cortinas. Su capital, que asciende a 5.000.000€, se encuentra dividido en 150.000 acciones de valor nominal de 33,33€ cada una. Dichas acciones, tal y como se puede comprobar en el Libro de Accionistas de la entidad, se encuentra repartido entre D^a. María Paz Rodríguez, D^a. Carla Lobos Torres y D^a. Augusta Rodríguez Ares de la siguiente forma:

| ACCIONISTAS | TÍTULOS | % | VALOR |
|------------------------|---------|-------|---------------|
| María Paz Rodríguez | 50.000 | 33,34 | 1.666.666,67€ |
| Carla Lobos Torres | 50.000 | 33,33 | 1.666.666,66€ |
| Augusta Rodríguez Ares | 50.000 | 33,33 | 1.666.666,66€ |

2. El día 1 de enero de 2019, un día antes de la constitución de la sociedad, D^a. María y D^a. Carla suscriben un acuerdo con el cual pretenden regular su relación de socias, sin voluntad de que este figure en los estatutos de la sociedad. A través de dicho contrato, la Sra. Paz y la Sra. Lobos establecían las tres cláusulas siguientes:

- ◆ Que ambas contratantes se comprometían a alternarse la administración de DOSELES Y CORTINAS, S.A. por periodos de un año, correspondiendo el cargo en el primer ejercicio a D^a. María Paz Rodríguez.
- ◆ Que ambas contratantes acordaban fijar para la administradora única de DOSELES Y CORTINAS, S.A una remuneración de 60.000€ brutos anuales.
- ◆ Que ambas contratantes se comprometían a otorgar a DOSELES Y CORTINAS, S.A. sendos préstamos participativos por valor de 500.000€ en caso de que la entidad viese reducido su patrimonio neto a una cifra inferior en al menos un 20% a su capital social.

3. El propio 2 de enero de 2019, tras la constitución de la sociedad, sus tres socias deciden celebrar la primera junta universal de la entidad. En ella acuerdan tratar dos aspectos respecto del funcionamiento de la sociedad: el nombramiento de administradora y la remuneración del cargo.

Los estatutos establecen que la administración de DOSELES Y CORTINAS, S.A. será llevada a cabo por una administradora única. D^a. María se propone a sí misma para el cargo y es votada por unanimidad, siendo proclamada de esta forma administradora. A continuación, se propone una remuneración de 60.000€ anuales brutos, ante la cual la Sra. Rodríguez expresa su desaprobación por considerar exagerada tal cifra. Se procede a la votación y la remuneración queda aprobada con dos votos a favor, provenientes de D^a. María y D^a. Carla y uno en contra, correspondiente a D^a. Augusta.

4. El 31 de enero de 2019 finaliza el primer ejercicio contable de DOSELES Y CORTINAS, S.A. La cuenta de pérdidas y ganancias arroja un resultado negativo de 1.500.000€, por lo que el patrimonio neto de la sociedad se ve reducido a 3.500.000€, es decir, a un 70% del capital social de la entidad.
5. A lo largo de los meses siguientes, la Sra. Lobos insta en numerosas ocasiones a la Sra. Paz a convocar junta para acceder al cargo de administradora, petición que D^a. María ignora reiteradamente.
6. El 1 de abril de 2020 se convoca junta general ordinaria para la aprobación de las cuentas anuales. D^a. Carla propone la remoción del cargo de administradora de D^a. María. Sin embargo, en la votación pertinente la Sra. Paz y la Sra. Rodríguez votan en contra, por lo que D^a. María permanece en el cargo.
7. El 31 de enero de 2020 se cierra el segundo ejercicio de la entidad con idéntico resultado al año anterior en la formulación de la cuenta de pérdidas y ganancias, por lo que el patrimonio neto de DOSELES Y CORTINAS, S.A. se ve reducido a 2.000.000€, es decir, un 40% de su capital social.
8. Ante la mala situación de la sociedad, el 15 de enero de 2021 D^a. María, en calidad de administradora única de la misma, solicita un contrato de préstamo con la entidad bancaria BBVA, cuyo montante asciende a la cantidad de 900.000€. La Sra. Paz ofrece como garantía la pignoración de la máquina número 3 de la sociedad, cuyo valor contable asciende a 1.500.000€. La máquina, de importación alemana, juega un papel fundamental en la fabricación de las cortinas y los estores producidos por la sociedad.

9. El 17 de enero de 2021, con la intención de facilitar la concesión del préstamo, D^a. Augusta firma un documento cuya literalidad se reproduce a continuación:

“Estimados Sres. del BBVA,

me dirijo a ustedes para comunicarles los siguientes términos: He sido informada de la operación de concesión de un crédito que van ustedes a formalizar con Doseles y Cortinas, S.A. Deseo confirmar mi participación en dicha sociedad, siendo accionista de la misma y conociendo que la concesión del crédito se realiza en buena medida por mi participación en esta. Partiendo de esto, le confirmo que me comprometo frente a ustedes a apoyar financieramente a Doseles y Cortinas, S.A., para que a la misma le sea posible cumplir los compromisos adquiridos con ustedes debido a la concesión del crédito, para evitar posibles consecuencias negativas en su contra. Mi compromiso se extiende hasta el momento en que dejen de existir responsabilidades derivadas de la concesión de dicho crédito formalizado con nuestra filial.”

10. El 21 de enero de 2021 se formaliza la concesión de dicho préstamo, a devolver en cinco años, recibiendo DOSELES Y CORTINAS, S.A. de esta forma 900.000€ y quedando pignorada su máquina número 3.
11. A pesar de tal operación financiera, la situación de la sociedad continúa empeorando notablemente. El 10 de enero de 2022 DOSELES Y CORTINAS, S.A. comienza a desatender sus obligaciones de pago con sus trabajadores, sus proveedores y el BBVA.

Cuestiones de Derecho

1. Califica el negocio jurídico entre María y Carla y contesta a las siguientes preguntas:

a. ¿Es válido?

El negocio concertado entre ambas es un pacto parasocial. Esta clase de pactos pueden ser definidos como *“aquellos convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una sociedad anónima o limitada con el fin de completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que la rigen”* (Paz-Ares, 2003, p. 19). Asimismo, los pactos parasociales han sido conceptualizados en nuestra jurisprudencia como acuerdos *“mediante los cuales los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos para ello en la ley y los estatutos”* (STS de 6 de marzo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:940), FJ II).

La STS de 7 de abril de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1386) en su fundamento jurídico quinto ha clasificado este tipo de acuerdo como *“distinto del contrato social, que no se integra en el ordenamiento de la persona jurídica (sociedad anónima o limitada),*

de forma que despliega sus efectos en el ámbito de las relaciones obligatorias de quienes lo celebran”.

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* (en adelante, LSC), hace referencia a este tipo de acuerdos en su artículo 29, donde bajo la denominación de *pactos reservados* estipula que estos no serán oponibles a la sociedad. Sin embargo, esta cuestión será tratada en el siguiente apartado.

Los pactos sociales pueden dividirse fundamentalmente en aquellos firmados por la totalidad de los socios, también denominados omnilaterales, y aquellos suscritos tan solo por una parte de estos. En el presente caso, el acuerdo ratificado por D^a. María y D^a. Carla encaja en el segundo supuesto. La finalidad primordial de estos contratos es acordar una estrategia conjunta de adopción de decisiones sociales (Saéz Lacave, 2009, p.2).

Por lo que respecta a su validez, las SSTS de 6 de marzo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:940) y de 6 marzo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:941), en sus respectivos fundamentos jurídicos segundos, afirman que tales pactos *“son válidos siempre que no superen los límites impuestos a la autonomía de la voluntad”*. Esta afirmación ha sido reiterada en numerosas ocasiones en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pudiendo citar, entre otras, las sentencias de e 27 de septiembre de 1961, 10 de noviembre de 1962, 28 de septiembre de 1965, 24 de septiembre de 1987, 26 de febrero de 1991, 10 de febrero de 1992 y 18 de marzo de 2002, 19 de diciembre (citadas en la STS de 6 de marzo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:941), FJ II).

En este sentido, cabe matizar que, a pesar de que este tipo de acuerdos sean considerados válidos de forma general, habrá que estar al contenido concreto de cada uno de ellos, así como a su objetivo pretendido, para enjuiciar su posible licitud, teniendo en cuenta las limitaciones que las reglas generales del Derecho de las obligaciones suponen para la voluntad contractual de las partes, en particular, los artículos 6 y 1255 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, *por el que se publica el Código Civil* (en adelante, CC) (Paz-Ares, 2011, p.252).

En el presente caso, el pacto firmado entre Carla y María establece tres estipulaciones, una referida al cargo de administradora, otra referida a la remuneración de este y una medida de concesión de préstamo participativo en caso de mala bonanza económica para la sociedad. Resulta evidente que ninguna de estas disposiciones resulta contraria *“a las leyes, a la moral ni al orden público”*, por lo que conforme al artículo 1255 CC, quedarían perfectamente enmarcadas en los límites de la autonomía de la voluntad. Por su parte, su invalidez tampoco puede inferirse de una contradicción del artículo 6 CC, pues ninguna de las cláusulas estipuladas contraviene normas imperativas o persigue fines prohibidos por nuestro ordenamiento.

Por todo ello, se debe concluir que el pacto firmado por las dos socias goza de plena validez. La cuestión respectiva a su eficacia y oponibilidad será tratada con ocasión de la siguiente cuestión.

b. ¿Podría Carla impugnar el acuerdo de la junta general en el que se acuerda no remover a María del cargo?

En primer lugar, es necesario citar el artículo 204.1 LSC, el cual establece que *“son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a*

los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros”.

Ni de la literalidad del precepto parece desprenderse que la lesión de un pacto parasocial se comprenda entre las causas de impugnación de acuerdos ni se predica de estos su oponibilidad frente a la sociedad, tal y como señala el ya mencionado artículo 29 LSC. En este sentido, los pactos parasociales son acuerdos negociales y, por tanto, de acuerdo con el artículo 1257 CC, solo producen efectos entre las partes y sus causahabientes. Dado que la sociedad no es partícipe de los mismos, sino que son sus socios a título individual los firmantes, los efectos de dichos acuerdos no producirán efectos frente a la sociedad.

En ocasiones se ha suscitado la duda de si, habiendo sido el pacto firmado por todos los socios, este podría producir efectos frente a la sociedad. Sin embargo, el pacto en cuestión es firmado solo por dos de las socias, por lo que no reviste el carácter de omnilateral. En todo caso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha afirmado en reiteradas ocasiones la inoponibilidad de este tipo de acuerdos, máxime cuando estos ni siquiera han sido suscritos por todos los socios.

En este sentido, las SSTs de 10 de diciembre de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:6664), FJ II, de 6 de marzo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:940), FJ II; de 6 de marzo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:941), FJ II; de 5 de marzo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:1488), FJ V; de 25 de febrero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:659), FJ IX y de 20 de febrero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:507), FJ III, entre otras, han establecido que la mera infracción de un pacto parasocial no es suficiente por sí misma para proceder a la anulación del acuerdo impugnado, siendo necesario que en el acuerdo impugnado la vulneración del pacto parasocial concorra a su vez con una infracción de la ley o los estatutos o con una lesión de los intereses de la sociedad.

Asimismo, la STS de 20 de febrero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:507) reconoce en su fundamento jurídico tercero que la impugnación de acuerdos también podrá derivarse “*cuando proceda, de las limitaciones que a la validez y eficacia de los referidos acuerdos sociales suponen las exigencias derivadas de la buena fe y del abuso del derecho*”. Por tanto, en el presente caso el acuerdo firmado entre Carla y María no es en ningún caso oponible a la sociedad ni podrá ser causa de impugnación del referido acuerdo social.

c. ¿Podría Carla de alguna forma lograr el cumplimiento de lo pactado?

A pesar de ser inoponible a la sociedad, tal y como se ha detallado en el anterior apartado, los pactos parasociales siguen gozando, en tanto que contratos válidos, de plena eficacia inter partes. Esto significa que, como predica el artículo 1091 CC, las obligaciones asumidas por los socios en el ámbito de un pacto parasocial tienen para ellos fuerza de ley y, por tanto, ha de respetarse su cumplimiento.

De esta forma, en caso de incumplimiento por parte de uno de los socios, en este caso María, las partes afectadas, en este caso Carla, dispondrían de todos los medios previstos por nuestra legislación para la defensa de los intereses contractuales. La doctrina cuestiona si sería también posible acudir a los medios previstos por el Derecho societario, opción que la mayoría descarta dado que el fundamento de los pactos parasociales se halla en el Derecho de los contratos y no en el societario (Morales Barceló, 2014, pp. 10-11).

En conclusión, dado su carácter de contrato privado, los pactos parasociales podrán hacerse cumplir por todos los mecanismos contemplados para estos primeros. Dado que el pacto parasocial en cuestión contiene tres cláusulas, las posibilidades de cumplimiento de cada una de ellas serán analizadas por separado.

i. Alternancia en el cargo de administradora

La primera cláusula del pacto parasocial se configura como un pacto de organización. Este tipo de pactos se caracterizan por tener como finalidad la reglamentación de la entidad, su funcionamiento y su sistema de toma de decisiones (Vicent, 2013, p.31). En particular, son muy frecuentes los acuerdos de composición del órgano administrativo. Este es el caso que nos ocupa, pues a través del pacto parasocial María y Carla acuerdan rotarse anualmente en el cargo de administradora de la sociedad.

En este sentido, a causa del incumplimiento de María, Carla dispondría tanto de la acción de cumplimiento como de la acción de reclamación de daños y perjuicios y, adicionalmente, de la acción de remoción. Dado que, a efectos de este apartado, lo que interesa es determinar si la socia afectada puede lograr el cumplimiento de lo pactado, se procederá al análisis de las posibilidades referentes a la primera y la última de estas tres acciones.

a) Acción de cumplimiento

La acción de cumplimiento está encaminada a obtener una sentencia que declare el incumplimiento de lo pactado y la obligación de cumplir con lo convenido. La primera cuestión que se debe abarcar es si el acreedor está facultado para pedir el cumplimiento in natura o por equivalente o si, por el contrario, solo dispone de la primera de estas opciones, siendo la segunda subsidiaria.

En este sentido, la doctrina mayoritaria ha abogado tradicionalmente por la segunda de estas teorías, alegando que lo contrario supondría convertir cualquier obligación en facultativa, violando de esta forma el principio de *pactum sunt servanda* contenido en el artículo 1091 CC (Santos Briz, 1973, p. 563). Los defensores de esta teoría se apoyan en antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la contenida en la STS de 21 de noviembre de 1990, la cual establece que “*al cumplimiento por equivalencia, en principio, ha de atribuírsele carácter subsidiario de aquel otro capital del cumplimiento in natura*” (citada en la STS de 4 de julio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:5101), FJ II).

Sin embargo, la jurisprudencia más actual ha decidido decantarse por el criterio contrario. A modo de ejemplo, la STS de 10 de octubre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:8859) recoge el siguiente pronunciamiento en su fundamento jurídico tercero:

en esta línea, las sentencias de 10 marzo 2004 (RJ 2004, 898), 20 diciembre 2004 (RJ 2004, 8131) y 13 julio 2005 (RJ 2005, 5098), conforme a la doctrina ya citada de la compatibilidad de acciones debe señalarse que en la actualidad la interpretación del artículo 1591 del Código Civil no comporta la preferencia de la condena a la reparación "in natura", pues el tenor resarcitorio que informa al precepto no puede reconducirse a su mera caracterización subsidiaria y no principal.

En este sentido, parte de la doctrina *iusprivatista* más autorizada entiende que la utilización de una u otra acción de cumplimiento deberá quedar a elección del acreedor en función de las circunstancias concretas del caso (Díez-Picazo, 2008, p.

772). En todo caso, en el concreto supuesto podría suponerse que Carla prefiere entablar una acción de cumplimiento in natura.

Dado que en muchos casos esto no es suficiente para que el deudor cumpla con la prestación debida, es preciso analizar los mecanismos de ejecución forzosa de los que podría servirse Carla a estos efectos. Cabe precisar que, para hacer uso de los mismos, es en todo caso necesario esperar el plazo de 20 días que el artículo 548 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil* (en adelante, LEC) otorga al demandado para cumplir voluntariamente su condena.

En primer lugar, cabe señalar que el pacto organizativo supone una obligación de voto, ya que, aunque la obligación no se configure expresamente como tal, el pacto por el cual deciden rotarse el cargo de administradora de la sociedad conlleva la obligación de votar a favor de la otra. Nos encontramos pues ante una obligación de *volere*, por lo que debemos acudir al artículo 708 LEC.

Dicho precepto establece que, cuando la condena consista en la emisión de una declaración de voluntad y haya transcurrido el plazo estipulado en ya mencionado artículo 548 LEC, el Tribunal competente emitirá un auto en el que se dé por emitida dicha declaración de voluntad, todo ello *“sin perjuicio de la observancia de las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de actos y negocios jurídicos”*.

En el caso concreto, esto implica que, en el plazo de 20 días a partir del fallo, debería ser convocada una Junta con la finalidad de realizar una nueva elección de administradora, en la cual se le daría a María la oportunidad de cumplir voluntariamente con la obligación de votar a Carla para el puesto. Si esta persiste en su incumplimiento, se procedería a la ejecución forzosa y a la convocatoria de nueva Junta, en la cual el auto emitido por el juez sustituiría el voto de María.

Esta solución ha sido ampliamente discutida por la doctrina, ya que, para algunos sectores, atentaría contra la libertad de la que goza el socio en el ejercicio de su derecho de voto. Sin embargo, es esta misma libertad la que ampara la suscripción de un pacto parasocial en el cual comprometa tal derecho y resultaría contradictorio predicar la validez de dicho contrato a la vez que la imposibilidad de su cumplimiento forzoso (Galeote Muñoz, 2008, pp. 228–229).

Así mismo, se han articulado otras objeciones al respecto. La primera de ellas subrayaría la importancia del proceso de deliberación necesario para la formación de la voluntad social, el cual se vería por completo suprimido si el voto del socio en cuestión fuese sustituido por el contenido del auto judicial. En este sentido, cabe recordar que el proceso de deliberación del voto, aunque aconsejable, es legalmente inexigible y, frecuentemente, imposible de llevar a cabo por razones prácticas, como sucede en las Juntas en la que concurren un gran número de accionistas (Paz-Ares, 2003, p. 24). Esta inexigibilidad es fácilmente visible si acudimos a preceptos como el 189 LSC, que posibilita la delegación del voto, así como el voto postal y electrónico.

Por último, es necesario rebatir las objeciones que se refieren a la merma de las posibilidades de defensa de la sociedad y el sobrepaso de los límites de cosa juzgada. Sin embargo, es preciso aclarar que la ejecución forzosa en estos casos no va dirigida contra la sociedad, sino contra el socio comprometido por el pacto parasocial. De esta forma, la obligación que debe cumplir tal socio es la de emitir su voto, sin perjuicio

de que este pueda ser rechazado por el presidente de la Junta por incumplir una prohibición legal o de que el acuerdo pueda ser impugnado por ser lesivo para el interés social, así como por contravenir algún precepto legal o estatutario. Así mismo, es necesario advertir que, durante el proceso judicial, el Juez podrá valorar de oficio la validez y procedencia del voto. Por último, en caso de que la sociedad lo desee, puede sumarse al proceso como interviniente voluntaria, tal y como predica el art 13.1 LEC, si considera que en de otro modo se estarían mermando sus posibilidades de defensa (Paz-Ares, 2003, p. 25).

En todo caso, la posibilidad de entablar exitosamente una acción de cumplimiento no resulta excesivamente alentadora, ya que el proceso judicial que esto supone conlleva la espera de un tiempo no despreciable, provocando que la incumplidora lleve meses e incluso años ejerciendo la administración de la sociedad cuando recaiga sentencia. En este sentido, es preciso analizar si el cumplimiento del pacto parasocial podría encauzarse a través de la adopción de medidas cautelares.

A estos efectos, es discutido si la imposición de un sentido del voto podría adoptarse como medida cautelar principalmente por dos razones. En primer lugar, porque dicha medida tendría un carácter más anticipatorio que conservativo. Sin embargo, este obstáculo es fácilmente salvable acudiendo al artículo 726.2 LEC, en el que se establece que las medidas cautelares podrán consistir en órdenes de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso.

No obstante, el hecho de que dichas medidas solo podrán ser adoptadas con carácter “*temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento*” dificulta su adecuación a estos casos, en el que difícilmente podrían ser reversibles. Aunque también puede argumentarse que el perjuicio en caso de la no adopción es también irreversible para el demandante, lo que parece contrario al *fumus bonis iuris*, es controvertido afirmar que la petición de este tipo de medidas cautelares fuese a gozar de éxito (Galeote Muñoz, 2008, pp. 229–230).

ii. Remuneración de la administradora

Respecto a esta segunda cláusula incorporada en el pacto parasocial, la cual acuerda establecer una remuneración de 60.000€ para la administradora de la sociedad, cabe efectuar dos consideraciones. En primer lugar, es necesario mencionar que, en el supuesto presente, dicho acuerdo se ha cumplido. En segundo lugar, dado que la cláusula también puede reconducirse a una obligación de voto, la de votar en la Junta a favor de tal remuneración para el cargo de administradora, Carla dispondría para lograr su cumplimiento de los mismos mecanismos descritos en el anterior apartado con respecto a la primera cláusula del pacto.

iii. Otorgamiento del préstamo participativo

Esta concreta cláusula del acuerdo parasocial puede ser definida como un pacto de atribución. A través de este tipo de contratos, los socios firmantes se obligan a procurar determinada ventaja a la sociedad, ya sea esta financiera, comercial o de cualquier otro tipo (Vicent, 2013, p.31). En este caso, la ventaja se configura a través de una obligación financiera condicional en forma de préstamo participativo, que habrá de llevarse a cabo en caso de que se cumplan determinadas condiciones derivativas de una mala situación de la entidad.

Con respecto a los posibles mecanismos por los cuales Carla podría exigir el cumplimiento de esta última cláusula del pacto parasocial, cabe acudir de nuevo a la

acción de cumplimiento. En este supuesto, en el caso de que la sentencia condenatoria no fuese cumplida voluntariamente por María en el plazo establecido, procedería la ejecución forzosa a la que se refiere el artículo 702 LEC, lo que supondría el embargo de bienes suficientes de la condenada para hacer frente a la obligación.

b) Acción de remoción

La acción de remoción puede encontrarse en el párrafo segundo del art. 1098 CC, el cual establece que, en caso de incumplimiento, también “*podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho*”. En este sentido, el ejercicio de la misma podrá ser usado para tratar de revocar el acuerdo adoptado gracias al voto emitido en sentido contrario al pacto parasocial o en someter una vez más a la consideración de la Junta aquel que no fue adoptado a causa del voto incumplidor. Por ello, en el caso que nos ocupa este remedio solo podría aplicarse en lo referente a la primera cláusula del pacto parasocial, esto es, al acuerdo de rotarse anualmente en el cargo de administradora de la sociedad.

En opinión de Paz-Ares (2003), la admisión de la posibilidad de ejercitar la acción de cumplimiento *in natura* implica reconocer la posibilidad de entablar la acción de remoción, demandando con esta una sentencia que condene al socio a emitir su voto en otro sentido o que, directamente, emita una declaración de voluntad que sustituya a la de este.

En todo caso, y aunque respecto a este supuesto nada se puede hacer en este sentido, sería recomendable aconsejar a Carla la inclusión de una cláusula penal en futuros acuerdos de esta tipología. Dado el carácter de contrato civil del acuerdo parasocial, la inclusión de este tipo de cláusulas es totalmente aceptable desde el punto de vista de la autonomía de la voluntad, siendo directamente aplicables los artículos 1152 y ss. del Código Civil (Morales Barceló, 2014, pp. 11–12)

El artículo 1152 CC enuncia que “en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado”. La STS de 30 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1326), en este sentido, enuncia en su fundamento jurídico quinto que:

las SSTS de 11 de marzo y 17 de noviembre de 1957 definieron la cláusula penal como «la estipulación de carácter accesorio, establecida en un contrato, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal, en virtud de la que el deudor de la prestación que se trata de garantizar viene obligado a pagar por lo general una determinada cantidad de dinero». [...] Es preciso destacar que la función esencial de la cláusula penal -aparte de su función general coercitiva- es la función liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la obligación principal, sustituyendo a la indemnización sin necesidad de probar tales daños y perjuicios.

Puede concluirse, por tanto, que la cláusula penal se muestra como una opción sumamente cómoda para el perjudicado por el incumplimiento, que podrá ver resarcidos los daños y perjuicios causados sin necesidad de tener que probar tanto la cuantía como la existencia de los mismos.

d. ¿Podría la sociedad exigir a María y Carla la concesión del préstamo participativo al que se refiere el acuerdo?

El pacto parasocial firmado por María y Carla contiene una estipulación en favor de la sociedad, por la cual ambas se comprometen a aportar sendos préstamos participativos de 500.000€ en caso de que el patrimonio neto de la sociedad se vea reducido en al menos un 20% de su capital social. Dicha circunstancia se vio constatada el 31 de enero de 2019, al ser formuladas las primeras cuentas anuales de la entidad. En ellas, se pudo comprobar que el patrimonio neto de la entidad ascendía a tan solo un 70% de su capital social.

El segundo párrafo del artículo 1257 CC establece, en relación a la eficacia de los contratos, que *“si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada”*.

El contrato con estipulación a favor de tercero es definido por la jurisprudencia como *“aquél que se celebra entre dos personas que actúan en nombre propio y que otorgan un derecho a un extraño, que no ha tomado parte en su conclusión”* (SSTS de 10 diciembre 1956 [RJ 1956\4126], 7 junio 1976 [RJ 1976\2634] y 17 febrero 1977 [RJ 1977\369], citadas en la STS de 23 de octubre de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:7953) FJ II).

La figura presentada en el art 1257.II CC no es un contrato típico ni tampoco cuenta con un régimen específico, por lo que su régimen particular estará determinado casi por completo por las estipulaciones fijadas en el acuerdo que contenga dicha estipulación a favor de tercero. Asimismo, parece indiscutido que este tipo de operación jurídica tiene cabida en todo tipo de contrato, ya sea este oneroso, remuneratorio, asociativo, aleatorio o gratuito (Carrasco Perera, 2010, p.12).

Se conoce como promitente a la parte que se compromete a prestar a tercero y como estipulante a aquella frente a la cual lo hace. La relación causal mediante que da razón a la renuncia del estipulante a la titularidad de dicho crédito en favor de tercero es conocida como relación de valuta (Carrasco Perera, 2010 p.1). En este sentido, cabe mencionar que nada obsta para que ambas partes sean simultáneamente estipulantes y promitentes, tal y como ocurre en el presente caso.

Ha sido discutida la condición de dicho tercero de titular del crédito y, por lo tanto, su derecho a exigir la prestación convenida. No obstante, la jurisprudencia ha confirmado que *“en este tipo de contratos el tercero beneficiado tiene acción para exigir su cumplimiento, a partir de la aceptación comunicada”* (STS de 23 octubre de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:7953), FJ II). Por su parte, la STS de 31 de mayo de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:4566) afirma en su fundamento jurídico segundo que:

el contrato con estipulación a favor de tercero, en cuanto a que viene confirmada la relación que se celebra entre dos personas que actúan en nombre propio y otorgan un derecho a un extraño o terceros que no han intervenido en su conclusión. De este modo los beneficiarios cuentan con acción para exigir su cumplimiento, a partir de la aceptación comunicada, que en este caso se ha producido, por ser titulares del derecho hacia ellos derivado y no ser simplemente destinatarios de una prestación, pues su derecho se funda y resulta contenido en el acuerdo llevado a cabo.

Por lo tanto, puede concluirse que los beneficiarios de una estipulación en favor de tercero están facultados para exigir su cumplimiento en tanto que titulares de un derecho de crédito. Cabe mencionar, sin embargo, que para poder ejercitar esta facultad dicho tercero habrá de haber aceptado la estipulación correspondiente. En este sentido, la doctrina jurisprudencial ha establecido que *“dicha aceptación puede hacerla el tercero beneficiario en forma expresa o tácita por palabras o por hechos”* (STS de 11 de noviembre de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:7310), FJ I) e incluso mediante la reclamación del crédito (STS 7 julio 1976, citada en Carrasco Perera, 2010, p.15).

En conclusión, podemos afirmar que DOSELES Y CORTINAS, S.A. está en condiciones de reclamar a D^a. María y D^a. Carla la concesión de sendos préstamos participativos, constituyendo tal reclamación presupuesto suficiente para entender aceptada la estipulación a su favor.

2. ¿Debía haberse abstenido María en el punto del orden del día en el que se acordó su nombramiento como administradora? ¿Y en aquél en el que se fijaba la remuneración?

Estas dos cuestiones conciernen al denominado conflicto de intereses, regulado en el art 190 LSC. En este precepto se establecen un número de supuestos en lo cual el socio no podrá ejercitar su derecho de voto por considerarse que su interés personal se encuentra enfrentado con el de la sociedad.

Dicho conflicto se manifestará cuando, con ocasión de la adopción de un acuerdo social o del ejercicio de sus derechos en la sociedad, el socio posea un interés particular que colisione frontalmente con el interés social, deviniendo incompatible la satisfacción simultánea de ambos (Iraculis Arregui & Emparanza Sobejano, 2013, p.120)

Aunque en un principio pudiese parecer que tanto el nombramiento de sí misma como administradora se enmarca dentro de un supuesto de conflicto de interés, el propio artículo aclara en su apartado tercero que *“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”*. De esta forma, queda despejada toda duda acerca de la primera cuestión.

Sin embargo, la segunda de ellas sí presenta problemas, pues la fijación de la remuneración no está incluida en la literalidad del artículo anterior, ya que este solo contempla exceptuar el conflicto de interés en caso de nombramiento, cese, revocación y exigencia de responsabilidad. El artículo 190 LSC no establece expresamente la privación de voto en este caso para el socio-administrador, ni tampoco se le exceptúa en su mencionado apartado tercero. En consonancia con la interpretación restrictiva que demanda el precepto, parece poder concluirse que no habría obstáculo alguno a que el socio-administrador votase en estos casos, lo cual es concordante con el apartado c del art. 228 LSC (Ruiz Muñoz, 2016, p.39).

Dicha norma exceptúa la abstención de voto del socio-administrador en el caso de *“acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el en el órgano de administración u otros de análogo significado”* (228.c) LSC).

En el mismo sentido se pronuncia Recalde Castells, el cual argumenta que la inclusión por analogía de este supuesto es coherente con la interpretación de la norma, aún cuando esto conllevarse que un único socio-administrador mayoritario pudiese fijar unilateralmente su remuneración, pues no se puede afirmar que el pago de esta constituya la atribución de un derecho para el socio en cuestión (Juste Mencía & Alfaro Aguila-Real, 2015, pp.87-88).

Asimismo, el Tribunal Supremo se ha mostrado favorable a esta tesis, excluyendo el deber de abstención en el caso de una subida de la remuneración de la administradora única en su STS de 13 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1859). A este respecto, dicha sentencia afirma en su fundamento jurídico sexto que:

como se ha afirmado en la doctrina, la concesión de derechos o la extinción de obligaciones han de someterse al deber de abstención cuando se sitúen en el puro ámbito del contrato de sociedad y, fuera de este, sólo si su origen está en un acto unilateral de la sociedad. La aprobación del sueldo que como directora general ha cobrado la administradora en ese ejercicio 2015 y en los tres anteriores (2012, 2013 y 2014), es una cuestión que está más allá del puro ámbito del contrato de sociedad. Y fuera de la relación societaria del socio con la sociedad, no cualquier acuerdo por el que nazca, se modifique o extinga una relación

obligatoria, ya sea de origen contractual o extracontractual, con uno de los socios, permite apreciar un conflicto de intereses que lleve aparejado la privación del derecho de voto de este socio. Sólo en aquellos casos en que la liberación de la obligación o la concesión del derecho tengan su origen en un acto unilateral de la sociedad, pero no cuando lo tengan en una relación bilateral entre el socio y la sociedad de las que surgen recíprocos derechos y obligaciones para ambas partes, como en este caso que se trata de la remuneración de un contrato bilateral de prestación de servicios.

Por todo ello, puede concluirse que María estaba en pleno de derecho de emitir su voto en ambos acuerdos adoptados por la sociedad.

3. Califica jurídicamente el documento firmado por Augusta. ¿Puede el BBVA exigirle que cumpla con la obligación de devolver el préstamo y los intereses debidos?

El acuerdo firmado por Augusta puede ser calificado como una carta de patrocinio, también conocida como carta de confort, apoyo, conformidad, responsabilidad o garantía. Este tipo de negocio jurídico, configurado como atípico, encuentra su fundamentación en el artículo 1255 CC. En efecto, el principio de autonomía de la voluntad no pone trabas que puedan obstaculizar la eficacia de las cláusulas de apoyo financiero (Herrera Sánchez, 2007, p. 2).

Dada la disparidad de efectos jurídicos de sus diferentes tipos, encontrar una definición para las cartas de patrocinio es singularmente difícil. Por ello, usualmente se describen a través de la situación fáctica en la cual se presentan. En este sentido, dichos documentos suponen declaraciones escritas -que comúnmente presentan forma epistolar- a través de la cual una persona, denominada patrocinador, se dirige a una entidad de crédito con el fin de inducir, apoyar o favorecer la concesión de un crédito, así como su prórroga o mantenimiento, a favor de un tercero, denominado patrocinado, con el que usualmente mantiene algún vínculo (Fuentes Naharro, 2016, p. 265).

Es conveniente distinguir entre dos categorías: cartas fuertes y cartas débiles. Las cartas fuertes han sido caracterizadas por la jurisprudencia como “*contrato atípico de garantía personal con un encuadramiento específico en alguna de las firmas negociales o categorías contractuales tipificadas en el ordenamiento jurídico como contrato de garantía, o como contrato a favor de terceros, o como promesa de crédito*” (STS de 30 de junio de 2005 (ES:TS:2005:4375), FJ I). Asimismo, la sentencia también entra a definir las cartas débiles, dictaminando que estas no se pueden estimar como verdaderos compromisos vinculantes y, por tanto, no servirán de fundamento para exigir a su emisor el pago del crédito.

Por ello, podemos concluir que, mientras las cartas débiles son una mera declaración de apoyo, las cartas fuertes suponen la auténtica constitución de una garantía, siendo en todo caso una opción alternativa a la constitución de un aval o una fianza en casos en los que, por cualesquiera motivos, las partes no han estimado conveniente tal cosa (Sánchez Álvarez, 2007, p. 1156).

Ahora bien, la simple redacción de una carta de confort no puede ser automáticamente asimilada a la contracción de un vínculo obligacional, sino que habrán de cumplirse determinados presupuestos. En particular, la STS de 30 de junio de 2005 (ES:TS:2005:4375) en su fundamento jurídico primero, establece cinco condiciones que habrán de cumplirse, las cuales enuncia de la siguiente forma:

1.- que exista intención de obligarse la sociedad matriz a prestar apoyo financiero a la filial o a contraer deberes positivos de cooperación a fin de que la Compañía subordinada pueda hacer afectivas las

prestaciones que le alcanzan en sus tratos con el tercero favorecido por la carta, careciendo de aquella obligatoriedad las declaraciones meramente enunciativas;

2.– que la vinculación obligacional resulte clara, sin que pueda basarse en expresiones equívocas, por aplicación analógica de los requisitos de la declaración constitutiva de la fianza del art. 1827 Código Civil;

3.– que el firmante de la carta tenga facultades para obligar al patrocinador en un contrato análogo al de fianza;

4.– que las expresiones vertidas en la carta sean determinantes para la conclusión de la operación que el patrocinado pretenda realizar; y

5.– que la relación de patrocinio tenga lugar en el ámbito o situación propia de sociedad matriz de sociedad filial, lo que es algo distinto de la posición de accionista mayoritario de la patrocinadora en la patrocinada, haciendo referencia además a que la traslación de responsabilidad –solo admisible en casos excepcionales– que dichas cartas significan tienen su actuación propia en la esfera de los créditos bancarios solicitados por la sociedad filial, con promesa de garantía asumida por la sociedad cabeza de grupo.

Asimismo, la STS de 28 de julio de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4276) en su fundamento jurídico tercero introduce un requisito no explorado por la anterior resolución. Este no es otro que es el carácter recepticio de la declaración unilateral, el cual no deberá ser expreso, sino que incluso podrá presumirse en caso de que la financiación solicitada sea concedida.

En este sentido, cabe analizar el cumplimiento de los requisitos segundo y quinto, comenzando por este último. El último presupuesto requerido por la resolución del Tribunal Supremo exige que la relación entre patrocinador y patrocinado sea específicamente la de sociedad matriz- sociedad filial, sin que parezca desprenderse de su relación la admisión de ninguna otra.

Sin embargo, este requisito jurisprudencial ha sido relajado en resoluciones posteriores. En particular, cabe citar la STS de 13 de febrero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:684), la cual, en su fundamento jurídico quinto, entiende cumplido el discutido requisito a pesar de no existir una relación de matriz-filial entre patrocinador y patrocinado, pues considera que es suficiente la existencia de *“un compromiso personal por parte del firmante de la carta en función de la posición de dominio en la sociedad derivada de la posesión por su parte y por el grupo de sociedades de la que es titular de la mayoría absoluta de las acciones de aquella”*.

Por su parte, la STS de 28 de julio de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4276) confirma la relajación de tal presupuesto en su fundamento jurídico tercero al afirmar que:

cabe admitir cualquier marco relacional que justifique la validez del interés propio, atribución o ventaja que para el patrocinador pueda representar la realización de las operaciones financieras proyectadas; bien responda el marco relacional a la anterior circunstancia señalada, o bien a otras diferentes, como su condición de acreedor o de accionista.

De acuerdo con la reformulación efectuada por las resoluciones citadas, puede entenderse cumplido la condición quinta exigida por la resolución de 2005, pues la condición de accionista de Augusta respecto de la sociedad resultaría suficiente a estos efectos.

Respecto al requisito segundo, es conveniente analizar la literalidad de las palabras vertidas por la socia para poder dilucidar sus intenciones. La carta presentada ante BBVA por Augusta en el presente supuesto contiene la siguiente declaración: *“me comprometo frente a ustedes a apoyar financieramente a Doseles y Cortinas, S.A., para que a la misma le sea posible cumplir los compromisos adquiridos con ustedes debido a la concesión del crédito”*.

Aunque en un primer momento pudiese parecer que Augusta está asumiendo una responsabilidad solidaria con respecto al pago de la deuda, cabe matizar que el compromiso asumido por esta no es ese, sino el de apoyar financieramente a la sociedad para que sea esta la que pueda afrontar el cumplimiento.

En este sentido, la STS de 26 de diciembre de 2014 (ES:TS:2014:5724) presenta un caso similar. En dicha resolución se examina una carta de patrocinio de cuya literalidad se desprende que la patrocinadora asumía la obligación de realizar las ampliaciones de capital necesarias en la patrocinada para que esta pudiese asumir la deuda contraída. La sentencia concluye que de estas declaraciones no puede inferirse la asunción de una obligación de garantía con respecto a la propia deuda, pues la carta ha de ser interpretada conforme al artículo 1281 CC. Este precepto dispone que, en caso de resultar los términos empleados suficientemente claros para dilucidar la voluntad de las partes, habrá que atender a ellos. En su fundamento jurídico cuarto, la resolución estima lo siguiente:

siendo, por lo dicho, esa la voluntad de las declarantes, hay que entender que las mismas asumieron la obligación de ejecutar - ciertamente, con el fin de garantizar o aumentar la seguridad de la acreedora de ver satisfecho su interés - las conductas señaladas, pero no la de pagar en caso de que no lo hiciera CR Aeropuertos, SL. Dicho con otras palabras, no se obligaron a afianzar el pago de la deuda de la misma, sino, con carácter principal - sin la subsidiaridad de la fianza -, a ejecutar aquellas conductas.

Aplicando tal criterio al caso que nos ocupa, podría concluirse que la obligación asumida por Augusta en la carta de patrocinio no es la de responder frente a la deuda en caso de impago por la sociedad, por lo que BBVA no podrá reclamarle tal cosa. Por tanto, las vías de actuación del banco para recuperar el dinero prestado deben ser otras, las cuales serán estudiadas en el siguiente apartado.

4. Si asesorases al BBVA, ¿cómo podrías intentar recuperar el dinero prestado? Estudia las vías civiles, societarias y concursales.

Con el objetivo de aportar una mayor claridad a la resolución de esta cuestión, la respuesta será dividida en tres apartados, cada uno de ellos dedicado a estudiar las vías correspondientes a las diferentes ramas del Derecho mencionadas.

a) Vías civiles

El empleo de la vía civil para la recuperación del dinero prestado podría encauzarse de dos diferentes maneras. En primer lugar, se estudiarán las opciones que BBVA tiene contra DOSELES Y CORTINAS, S.A.; en segundo lugar, se analizará la posibilidad de dirigirse contra Augusta y, finalmente, se examinará la acumulación de las acciones señaladas.

i. Acciones contra la sociedad

Ante el impago de la deuda por parte de DOSELES Y CORTINAS, S.A., BBVA dispone fundamentalmente de tres vías de actuación frente a la sociedad. En primer lugar, nada obsta para que el acreedor acuda, aún disponiendo de una garantía real, al proceso declarativo ordinario, en cuyo caso el título a ejecutar sería la sentencia resultante de dicho proceso. Sin embargo, esta opción carece de practicidad, ya que el acreedor ya dispone de un título ejecutivo a causa de la constitución de garantía.

En segundo lugar, BBVA podrá acudir a la ejecución dineraria común, pues la escritura pública que documenta la concesión del préstamo y la constitución de la garantía pignoratícia cumplen los requisitos señalados en el artículo 517.2.4º LEC para ser considerada título ejecutivo. Esta opción puede convenir al acreedor cuando prevea que

el valor del bien pignorado es insuficiente para cubrir la deuda, ya que se trataría de acumular en un mismo proceso la realización del bien pignorado y la ejecución dirigida contra la totalidad del patrimonio del deudor en virtud de la responsabilidad patrimonial universal establecida en el artículo 1911 CC. Sin embargo, dado que el valor contable del bien pignorado era en su día un 60% superior a la deuda garantizada y que han transcurrido apenas dos años desde la constitución de la garantía, no parece probable que este sea el caso.

Por tanto, lo más aconsejable en el presente caso es que BBVA acuda a la ejecución pignoraticia. En este sentido, dado que la obligación contraída con la entidad bancaria está garantizada con prenda sin desplazamiento, el artículo 681 LEC establece que la acción para exigir su pago podrá ejercitarse directamente contra los bienes pignorados, siguiendo para ello las disposiciones relativas a la ejecución dineraria y contemplando las especialidades que el Capítulo V de la norma establece para la ejecución que recaiga sobre bienes hipotecados o pignorados.

En todo caso, si el importe obtenido con la realización del bien pignoraticio fuese insuficiente para cubrir el importe adeudado, el artículo 579 LEC establece que *“el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución”*. Por último, cabe señalar la posibilidad de acudir al procedimiento extrajudicial notarial. Sin embargo, tal opción solo formará parte del abanico de posibilidad en caso de que así se haya pactado expresamente (Flors Maties, 2022, p. 2298), dato que se desconoce en el presente supuesto. En todo caso, cabe señalar que dicho procedimiento se regula en los arts. 91 y ss. de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento (en adelante, LHM).

Por tanto, el contenido de este epígrafe se centrará en tratar la ejecución pignoraticia. Como ya se ha expuesto anteriormente, la deuda que DOSELES Y CORTINAS S.A. contrajo con la entidad bancaria BBVA está garantizada con prenda sin desplazamiento. Esta garantía constituye un reforzamiento del derecho de crédito, pues contribuye a asegurar la recuperación por parte del acreedor de lo debido a través de la su ejecutividad. En este sentido, el *ius distrahendi* se configura como un atributo inherente a la prenda, confiriendo al acreedor la posibilidad de realizar el bien garantizado cuando, una vez vencida, la obligación no haya sido satisfecha (Paz-Ares Rodríguez, 2022, p. 36)

Cabe preguntarse cuándo la obligación se considera vencida y no satisfecha en el caso de que esta sea de tracto sucesivo. En este sentido, el artículo 693 LEC establece que la ejecución pignoraticia será procedente en caso de que *“deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago”*, si así se ha hecho constar tanto en la escritura de constitución como en el correspondiente asiento registral, extremo que es prácticamente protocolario en la formalización de préstamos bancarios. Por tanto, ya que DOSELES Y CORTINAS S.A. dejó de satisfacer sus mensualidades en enero de 2022, la ejecución es procedente en el presente caso.

Ante esta situación, se abren dos posibilidades para BBVA, contempladas respectivamente en los incisos primero y segundo del artículo 693 LEC. La primera de ellas consiste en llevar a cabo la ejecución por lo impagado hasta el momento; la segunda, declarar el vencimiento anticipado del préstamo, para lo cual es necesario que así se haya pactado y hecho constar en la escritura pública y el asiento registral correspondientes. Al igual que en el caso anterior, esta cláusula ha sido estandarizada en los contratos de

préstamo bancario, por lo que supondremos que en el presente caso ha sido incluida. Por tanto, será esta segunda la opción más recomendable para la entidad bancaria.

Es importante señalar que es necesario practicar un requerimiento extrajudicial de pago antes de la presentación de la demanda, debiendo mediar como mínimo diez días entre ambos actos, tal y como establece el artículo 581.2 LEC. El requerimiento se practicará conforme a la legislación notarial y la correspondiente acta acreditativa deberá acompañar el escrito de demanda. En este sentido, el artículo 686.2 IV LEC establece que cuando, como en el presente caso, el requerimiento se dirija a una persona jurídica *“el Notario entenderá la diligencia con una persona mayor de edad que se encontrare en el domicilio señalado en el Registro y que forme parte del órgano de administración, que acredite ser representante con facultades suficientes o que a juicio del Notario actúe notoriamente como persona encargada por la persona jurídica de recibir requerimientos o notificaciones fehacientes en su interés”*.

Asimismo, la demanda deberá ir acompañada del título ejecutivo, constituido o bien por su primera copia inscrita en el Registro o, en su defecto, por segunda copia acompañada de certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la prenda, tal y como señala el art. 685.2 LEC. A estos efectos, debe precisarse que el régimen seguido por estos títulos difiere del régimen general contenido en el art. 517.2.4º LEC para las escrituras públicas, por lo que es perfectamente posible que, no cumpliendo los requisitos exigidos por este último precepto, el título resulte perfectamente válido (Flors Maties, 2022, p. 2411).

El contenido del escrito, además del propio de cualquier otra demanda, deberá determinar tanto el objeto inmediato de la ejecución como la cantidad reclamada. La identificación del bien pignorado no ofrece mayor dificultad, pues este queda perfectamente caracterizado en la escritura de constitución del préstamo.

Por su parte, respecto de la determinación de la cifra reclamada, es necesario que esta se desglose en el principal, los intereses remuneratorios, los moratorios ya vencidos, aquellos cuyo devengo se prevea durante la ejecución y las costas. En este sentido, el artículo 685.2 LEC establece que será necesaria la aportación de los documentos referidos en los artículos 573 y 574 LEC, encaminados a determinar el saldo resultante de la liquidación practicada por el acreedor. En concreto, el artículo 574.1 LEC estipula que las operaciones aritméticas han de incluirse en la demanda ejecutiva.

No obstante, la Audiencia Provincial de Barcelona ha entendido que esta previsión no es aplicable en el caso de la ejecución hipotecaria, lo que sería extrapolable a la pignoraticia. En este sentido, el AAP B de 16 diciembre de 2013 (ECLI:ES:APB:2013:1136^a) establece lo siguiente en su fundamento jurídico primero:

no se ejecuta el préstamo, sino la hipoteca. Se trata de una demanda de ejecución de garantía hipotecaria en la que se pretende la realización de la garantía para el pago del préstamo sólo hasta donde dé de sí el precio de subasta, de modo que la determinación del saldo tiene un alcance distinto que en el juicio ejecutivo (y sin perjuicio de los efectos del art.579 LEC). No se fija la cantidad que proviene de préstamo para instar su total pago, mediante el embargo y subasta, sino para permitir, en su caso, la opción del art. 693.3, 2º LEC, para determinar el destino de las cantidades obtenidas en la subasta y para facilitar la fijación de sobrante, si se da. No estamos ante la petición de un saldo de cuenta corriente, ni ante la liquidación de un contrato de cuenta corriente [...]

Por todo ello, hay que entender que la remisión del art. 685 LEC al art. 574 viene referida a su párrafo 2, que a su vez reenvía a los arts. 573.1, 2º y 3º y a sus apartados 2 y 3, todos ellos referidos a documentos contables de cargos y abonos anexos a la demanda. Aunque el n.1 del art. 574 exija al

ejecutante que en la demanda ejecutiva exprese las operaciones de cálculo, ello solo tiene sentido en la acción ejecutiva de base personal y no para la acción ejecutiva hipotecaria, de alcance real.

A través del razonamiento expuesto, la Audiencia entiende que es suficiente con que la demanda contenga la sola mención de la cantidad resultante. La Audiencia Provincial de Málaga concuerda con esta tesis, exponiéndola con claridad en el fundamento jurídico tercero del AAP MA de 16 septiembre de 2016 (ECLI:ES:APMA:2016:50^a):

es exigible a la entidad financiera una absoluta claridad a la hora de realizar los cálculos. [...] Pero no parece que ello se deba traducir de forma ineludible en la exigencia de un requisito formal en el escrito de demanda que la legislación procesal interna no impone. No es jurídicamente exigible que los cálculos de liquidación se incluyan en el escrito rector. Así, también es posible facilitarlos al deudor "integrando" su contenido con una certificación de la liquidación unilateral que se presente al notario, cuando éste haga "juicio" de adecuarse la liquidación a lo pactado.

ii. Acciones contra Augusta

Esta vía procesal tendría por objetivo lograr el cumplimiento de la prestación prometida por Augusta en la carta analizada en el anterior apartado. Sin embargo, como ya se ha mencionado en este, no es posible la reclamación directa de la deuda a la accionista, pues el compromiso preciso asumido en su carta no es el de constituir la garantía personal propia de las cartas de patrocinio fuertes.

No obstante, esto no quiere decir que la carta carezca de repercusión alguna ni, más concretamente, que de ella no se deriven acciones con las que la entidad bancaria BBVA pueda pretender el reintegro del préstamo. En este sentido, cabe mencionar que el documento firmado por Augusta, aunque no la obligue a responder frente a la deuda, sí conlleva la asunción de un vínculo obligacional. En particular, la socia de la entidad se comprometió a prestar el apoyo financiero necesario para que DOSELES Y CORTINAS, S.A. pudiese afrontar la devolución del préstamo.

Dado que la sociedad no ha atendido sus obligaciones de pago desde el 10 de enero de 2022, parece claro que Augusta ha incumplido la obligación asumida frente al banco. En este sentido, la STS de 26 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5724) afirma en su fundamento jurídico cuarto que *“el incumplimiento de las prestaciones que, propiamente, asumieron las recurrentes - negado por ellas y afirmado en la demanda - podrá generar una responsabilidad - artículos 1101 y 1107 del Código Civil - por el daño causado a la acreedora”*.

Por tanto, en sede civil, BBVA deberá entablar contra Augusta una acción de daños y perjuicios derivada del incumplimiento de la obligación que esta asumió en la carta de patrocinio. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en numerosas sentencias los requisitos necesarios para la procedencia de indemnización por incumplimiento. En este sentido, la STS de 15 de junio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4384) afirma en su fundamento jurídico undécimo que:

además del incumplimiento de la obligación por culpa o negligencia, la realidad de los perjuicios, es decir, que éstos sean probados, y el nexo causal eficiente entre la conducta del agente y los daños producidos (SSTS de 24 de septiembre de 1994, 6 de abril de 1995, 22 de octubre de 1996, 13 de mayo de 1997, 19 de febrero de 1998, 24 de mayo de 1999, 31 de enero de 2001, 3 de julio de 2001, 5 de octubre de 2002, 10 de julio de 2003, 9 de marzo de 2005, 19 de julio de 2007).

Por tanto, para recuperar la totalidad del préstamo concedido, así como sus intereses, la entidad bancaria habrá de probar tanto la existencia de daños y perjuicios

como la cuantía de los mismos. No obstante, la jurisprudencia permite la omisión de este primer requisito cuando el incumplimiento determine por sí mismo la existencia de daños o perjuicios, lo cual sucede *“cuando se deduce necesaria y fatalmente la existencia, o es una consecuencia forzosa, o natural e inevitable, o se trata de daños incontrovertibles”* (STS de 29 de marzo de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:2620), FJ II).

Aunque tanto la existencia como la cuantía de los daños pudiese parecer obvia, identificándose con el impago del préstamo y con la cuantía de este respectivamente, la STS de 26 de diciembre de 2014 (ECLI:S:TS:2014:5724) afirma en su fundamento jurídico cuarto que, en su caso, aunque hubiese sido entablada por la actora la acción de daños y perjuicios, *“no cabría entender suficientemente probado, no ya el incumplimiento de las recurrentes, sino que el daño se identifique con la deuda de CR Aeropuertos, SL, fundamentalmente porque no consta que la misma, declarada en concurso, no pueda cumplir su deuda”*.

En el supuesto que nos ocupa, por tanto, BBVA deberá acreditar que DOSELES Y CORTINAS, S.A. no puede hacer frente a la devolución del préstamo para poder lograr un fallo a su favor frente a Augusta. Por tanto, esta acción es subsidiaria a la ejecución pignoraticia explicada en el apartado anterior.

b) Vías societarias

El uso de esta vía por parte de BBVA supondría entablar acciones contra María, en su calidad de administradora única de la sociedad. El artículo 367 LSC establece la responsabilidad solidaria de los administradores por las deudas societarias en caso de incumplir el deber de convocar junta general en los dos meses sucesivos al acaecimiento de una causa de disolución legal o estatutaria. Dicha responsabilidad recae únicamente sobre las obligaciones contraídas con posterioridad a la aparición de la causa.

En el presente caso, el cierre del ejercicio de 2020 conllevó la verificación de una causa de disolución legal, en concreto, la contemplada en el apartado e) del artículo 360 LSC. Dicho precepto establece la obligación de proceder a la disolución de la sociedad cuando tengan lugar *“pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso”*.

Esta causa de disolución legal halla su razón de ser en la función que el capital social ha de cumplir en las sociedades de capital. En este sentido, la STS de 1 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1503) establece en su fundamento jurídico quinto que *“la regulación legal del capital social en la normativa societaria persigue una estricta vinculación jurídica de los fondos propios aportados a la empresa social, en tutela de los acreedores y del tráfico jurídico, dada la limitación de la responsabilidad de los socios”*.

La formulación de las cuentas anuales de 2020 reveló que el patrimonio neto de DOSELES Y CORTINAS, S.A. se había visto reducido a la cantidad de 2.000.000€, correspondiendo esta cifra al 40% del capital social de la entidad. Dada la verificación de esta circunstancia, María debería haber convocado a la junta en el plazo máximo de dos meses para acordar la disolución de la sociedad o bien para aprobar las modificaciones de capital pertinentes. Sin embargo, la administradora única incumplió su deber de convocar la junta, por lo que adquirió conforme al ya mencionado precepto 367 LSC la obligación de responder solidariamente de las deudas contraídas por la entidad a partir del 31 de enero de 2020.

Debe matizarse que esta responsabilidad posee una naturaleza claramente diferenciada del régimen general, contenido en los artículos 236 a 241 LSC, por lo que no se precisará el cumplimiento de los requisitos exigidos por este. En este sentido, la STS de 8 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3526) ha afirmado en su fundamento jurídico segundo que *“no es necesario justificar ningún nexo de causalidad entre el impago de la deuda y el incumplimiento del deber de promover la disolución”*.

Aunque la naturaleza de la responsabilidad derivada del artículo 367 LSC ha sido objeto de debate, actualmente se sostiene que tiene carácter *ex lege* y opera a modo de sanción civil, si bien se puede matizar que mantiene ciertas trazas de responsabilidad por daño, aunque el requisito de causalidad haya sido atenuado (Prendes Carril, 2021, p. 2). En este sentido, Beltrán Sánchez (2008) aduce que:

la Ley impone, pues, una sanción específica por el incumplimiento de un deber igualmente específico: los administradores pasan a responder solidariamente de obligaciones ajenas, como pena civil, por el incumplimiento de alguno de los deberes derivados de la concurrencia de una causa de disolución, (...). Se trata, pues, de una asunción de responsabilidad *ex lege*: a la responsabilidad de la sociedad deudora se añade ministerio legis la responsabilidad de los administradores sancionados. La sociedad será, en adelante, la única deudora, pero no será la única responsable. (...). Los administradores tienen, pues, *ex lege*, la condición de garantes solidarios.

Dado que el préstamo concedido a DOSELES Y CORTINAS, S.A fue formalizado el 21 de enero de 2021, María es responsable solidaria de la devolución del mismo. A estos efectos, cabe aclarar que para que una obligación se considere posterior al acaecimiento de la causa de disolución lo relevante será la fecha de su nacimiento, siendo irrelevantes la de su completo devengo o exigibilidad y, de existir, aquella en la que recaiga sentencia que la declare (STS de 10 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:986), FJ V).

La justificación de dicha responsabilidad es triple. En primer lugar, la ya mencionada función preventiva, la cual halla su fundamento en la misión que el capital social cumple como cifra de garantía de los acreedores sociales. En segundo lugar, cabe mencionar también la función punitiva (Beltrán Sánchez, 2008, pp. 235–236). Por último, cabe destacar su función preconcursal, cuyo fundamento radica *“en el riesgo que se ha generado para los acreedores posteriores que han contratado sin gozar de la garantía patrimonial suficiente por parte de la sociedad del cumplimiento de su obligación de pago”* (STS de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2019:3526), FJ II).

Por todo ello, BBVA puede entablar la acción de responsabilidad por deudas de administradores contra María a fin de que esta sea condenada al pago del préstamo de forma solidaria junto a la propia sociedad.

c) Vías concursales

En primer lugar, cabe aclarar que la norma aplicable a este supuesto no es la versión actual de la Ley Concursal, puesto que la actualización que esta sufrió a causa de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, *para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019*, es posterior a los hechos. Por ello, la legislación aplicable será el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal*, en la forma contenida en su modificación publicada el 3 de noviembre de 2021 (en adelante, TRLC).

El concurso de acreedores, tal y como señala el artículo 3 TRLC, podrá ser solicitado a instancia de los propios acreedores del deudor. En consecuencia, BBVA está legitimado para realizar tal solicitud. El presupuesto objetivo de esta, de acuerdo con el artículo 2

TRLC, se basa en la situación de insolvencia del deudor. En el presente caso, esta insolvencia puede fundarse en los motivos cuarto y quinto del apartado cuarto del precepto. En concreto, en DOSELES Y CORTINAS, S.A. se verifican tanto el sobreseimiento generalizado en el pago corriente de sus obligaciones como el sobreseimiento generalizado en el pago de salarios a los trabajadores correspondientes a las tres últimas mensualidades.

Para instar a la declaración de concurso, BBVA, de acuerdo con el art. 13.1 TRLC, *“deberá expresar en la solicitud el origen, la naturaleza, el importe, las fechas de adquisición y vencimiento y la situación actual del crédito, del que acompañará documento o documentos acreditativos, así como el hecho o los hechos externos reveladores del estado de insolvencia de entre los enumerados en esta ley en que funde esa solicitud”*. De acuerdo con el art 14.2.2º TRLC, una vez recibida dicha solicitud, el juez *“el primer día hábil siguiente dictará auto admitiéndola a trámite, ordenando el emplazamiento del deudor, con traslado de la solicitud, para que comparezca en el plazo de cinco días”*. Tanto en el caso de que este se opusiese como en el de si se allanase, dadas las circunstancias del presente supuesto, el juez acabaría dictando auto declarando el concurso conforme al artículo 24 TRLC.

El crédito de BBVA contra DOSELES Y CORTINAS, S.A. ostenta la condición de crédito privilegiado especial, tal y como se desprende del precepto 270.1º TRLC, pues se encuentra garantizado con prenda sin desplazamiento.

Tras la declaración de concurso, las ejecuciones de garantías reales se rigen por una serie de normas especiales, que han sido reformadas en sucesivas ocasiones y matizadas por la jurisprudencia menor, tal y como sostiene la Dirección General de los Registros y del notariado (en adelante, DGRN) en el fundamento jurídico primero de la Resolución de 10 de enero de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, *en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Madrid nº 4, por la que se deniega la inscripción de un decreto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas*. En este sentido, dicha resolución añade a continuación que la primera de ellas consiste en la prohibición para los titulares de garantías reales sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial de iniciar procedimiento de ejecución.

De acuerdo con la legislación actual, esta regla queda contenida en el artículo 145.1 TRLC, el cual indica que *“desde la declaración de concurso, los titulares de derechos reales de garantía, sean o no acreedores concursales, sobre bienes o derechos de la masa activa necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, no podrán iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos”*.

En la práctica, esto supondría un importante retraso para la entidad bancaria a la hora de ejecutar el bien pignorado, pues en el caso que nos ocupa la máquina garantizada cuenta con carácter esencial para el normal funcionamiento de DOSELES Y CORTINAS, S.A., tal y como se desprende de la redacción de los hechos. En todo caso, es conveniente analizar el concepto de *“bien necesario”*, debiendo entenderse por tal *“aquel que resulte imprescindible para la continuidad, sin el cual la concursada se vería obligada a cesar su actividad”* (Thomàs Puig, 2022, p. 25). Dado que en los hechos consta el papel fundamental que desempeña la máquina en la fabricación de cortinas y estores producidos por la sociedad, parece que esta encaja a todos los efectos en la definición de bien necesario.

La segunda de las normas consolidadas en la doctrina de la DGRN establece que los procedimientos de ejecución ya iniciados quedarán suspendidos tras la declaración del concurso, incluso en el caso de que los anuncios de subasta ya hubiesen sido publicados, siendo actualmente el precepto 145.2 TRLC el encargado de recoger esta regla.

La tercera regla sostiene que tanto para la iniciación de nuevos procedimientos de ejecución como para la continuación de aquellos que hubiesen sido suspendidos será necesario incorporar o bien a la demanda o bien al proceso la resolución en la que se declara el carácter no necesario de los bienes. Dicha norma queda contenida en el artículo 146 TRLC. Por su parte, el precepto 147 TRLC establece que tal resolución corresponde al juez del concurso, que resolverá sobre esta cuestión a solicitud del titular del derecho real, previa audiencia de la administración concursal. Dada la aparente imposibilidad de obtener tal declaración en el caso que nos ocupa, no parece que pudiese iniciarse o, en su caso, reanudarse la ejecución por esta vía.

En este sentido, la cuarta regla establece que, para poder iniciar la ejecución del bien, BBVA habrá de esperar a que se den las circunstancias previstas en el precepto 148.1 TRLC, es decir, o bien a *“la fecha de eficacia de un convenio que no impida el ejercicio del derecho de ejecución separada sobre esos bienes o derechos”* o al transcurso de un año *“a contar de la fecha de declaración de concurso sin que hubiera tenido lugar la apertura de la liquidación”*.

Finalmente, la quinta regla señala los efectos de la apertura de la fase de liquidación, indicando que esta producirá la pérdida del derecho a ejecutar el bien garantizado por aquellos acreedores que no hubiesen hecho uso de estas acciones de forma anterior a la declaración del concurso, unificándose de esta forma el tratamiento de unos y otros bienes. Por su parte, aquellas ejecuciones que hubiesen sido suspendidas se acumularán al concurso de acreedores como pieza separada, tal y como predica el precepto 149.2 TRLC.

No obstante, el acreedor seguirá gozando de su privilegio sustantivo en tanto que acreedor privilegiado especial a pesar de haber perdido su privilegio procesal (Senés Motilla, 2017, p. 12). En este sentido, en la resolución de 10 de enero de 2017 citada anteriormente, la DGRN indica en su fundamento jurídico tercero que: *“los acreedores hipotecarios y pignoraticios tendrán que esperar, para obtener satisfacción, a que el bien sobre el que recae el derecho real de garantía se enajene conforme a las reglas imperativas contenidas en la Ley Concursal para la enajenación de esta clase de bienes a las que necesariamente debe ajustarse el plan de liquidación”*.

En este sentido, es prudente aconsejar a BBVA que, en vista de estas consideraciones, no ejercite la vía concursal como primera opción, pues esta no es del todo favorable a sus intereses, suponiendo importantes retrasos en la satisfacción de sus pretensiones. En caso de que, pese a ello, decida ejercitar tal vía igualmente, es recomendable que la entidad bancaria inicie primeramente la ejecución de la garantía, pues de esta forma será más sencillo continuar este procedimiento separadamente una vez dados los requisitos para ello. La ventaja concedida a los ejecutantes tempranos es tal que la Resolución de 9 de octubre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Adra a inscribir un testimonio de decreto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas dimanantes de procedimiento de ejecución hipotecaria, ha llegado a señalar en su fundamento jurídico quinto que *“el sistema legal vigente privilegia al «ejecutante madrugador»*”. No obstante, dicha resolución reconoce a continuación que:

“la coherencia del sistema es absoluta. El complejo régimen de liquidación de la masa activa durante la fase específicamente destinada a esa finalidad exige necesariamente que, en un procedimiento de carácter universal como es el concurso de acreedores, no existan más excepciones procesales que las indispensables”.

Por último, cabe mencionar la problemática suscitada por aquellos casos en los cuales, una vez transcurrido un año desde la declaración del concurso sin haberse abierto la fase de liquidación, se abre la fase de convenio. De acuerdo con la literalidad de la norma, no parece que esto impida al acreedor con privilegio especial proceder a la ejecución del bien garantizado. Sin embargo, en algunos casos la jurisprudencia menor ha denegado esta posibilidad alegando la protección del buen fin del convenio, como es el caso del Auto de 19 de diciembre de 2017, dictado por el Juzgado de lo Mercantil n.º. 5 de Madrid (Thomàs Puig, 2022, p. 28). En todo caso, la posibilidad de que la ejecución del bien sea denegada en fase de convenio supone un escenario todavía más desalentador para BBVA.

5. Si asesoras a la sociedad, o a Carla y Augusta, ¿podrías lograr la anulación del contrato de préstamo o de la garantía por no haberse aprobado su celebración o concesión en junta general?

Para proceder al análisis de esta cuestión, es necesario resolver, en primer lugar, si la celebración de tal contrato de préstamo se encuentra dentro de las facultades de la administradora única de la sociedad o si, por el contrario, la ejecución de tal operación requería la aprobación por parte de la Junta General.

En este sentido, debemos acudir al artículo 234 LSC, el cual predica que *“la representación (del administrador) se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos”*. En este sentido, la Resolución de 17 de septiembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, *en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles III de Sevilla a inscribir determinada disposición de los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada* considera que, respecto a las facultades de representación de los administradores, es la doctrina administrativa y la jurisprudencia están de acuerdo en que:

están incluidos en el ámbito de poder de representación de los administradores no sólo los actos de desarrollo y ejecución del objeto, ya sea de forma directa o indirecta y los complementarios o auxiliares para ello, sino también los neutros o polivalentes y los aparentemente no conectados con el objeto social, quedando excluidos únicamente los claramente contrarios a él, es decir, los contradictorios o denegatorios del mismo.

Por tanto, la solicitud de un préstamo bancario no parece ofrecer problema alguno para ser encuadrado dentro del ámbito de representación de la administradora de la sociedad. Sin embargo, la constitución de la garantía sí ofrece problemas, pues esta recae sobre un activo esencial de la entidad.

El artículo 160 LSC en su apartado f) establece que será necesaria la aprobación de la Junta para *“la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales”*, presumiéndose el carácter esencial de estos *“cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado”*.

Respecto a este precepto, procede la aclaración de dos cuestiones: si el activo gravado en este caso tiene el carácter de esencial y si los actos de gravamen quedan incluidos en la norma o, por el contrario, se deba atender únicamente a la literalidad de la misma.

En primer lugar, es preciso constatar que el valor contable del bien garantizado en prenda asciende a 1.500.000€. Dado que el patrimonio neto de la entidad en el último balance aprobado antes de la concesión del préstamo era de 2.000.000€, es altamente probable que la máquina pignorada supere el 25% del activo total de la empresa. Esto se debe a que, ya que la conjunción de patrimonio neto y pasivo es igual al activo, la sociedad debería poseer un pasivo de más de 4.000.000€ para que el valor de la máquina no alcanzase la cuarta parte del activo.

Sin embargo, dado que no disponemos de este dato, analizaremos también otras posibles vías de constatación de su carácter esencial. A estos efectos, conviene matizar que el criterio aportado por el precepto de la LSC constituye una simple presunción que tiene por finalidad facilitar la labor probatoria, siendo posible probar la acreditación por otros medios. Así lo entiende la Audiencia Provincial de Asturias en la SAP O de 26 de febrero de 2020 (ECLI:ES:APO:2020:658) en su fundamento jurídico segundo al admitir *“la procedencia de aplicar un criterio funcional y no meramente contable que permita interpretar en cada caso si estamos en presencia de activos esenciales”*.

En este sentido, en los propios antecedentes de hecho queda plasmado que la máquina pignorada *“juega un papel fundamental en la fabricación de las cortinas y los estores producidos por la sociedad”*, por lo que acreditar su carácter esencial no parece excesivamente complejo.

Una vez determinada la indispensabilidad del activo para el funcionamiento de la sociedad, es procedente analizar si el artículo 160f) es aplicable a los actos de gravamen. En principio, la literalidad del precepto solo hace referencia a la enajenación de los activos, sin mencionar en ningún momento su gravamen. Sin embargo, la ejecución de una garantía real constituida sobre tal activo conllevaría su enajenación.

La cuestión es actualmente una duda sin resolver, pues ni el Tribunal Supremo ni la DGRN, se han pronunciado al respecto. Mientras que el TS no ha llegado a conocer asuntos que impliquen un pronunciamiento respecto a este asunto, la DGRN parece haber elegido deliberadamente mantener silencio o ambigüedad ante la interpretación del precepto.

En este sentido, la Resolución de 27 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, *en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Santa Fe n.º 2 a inscribir una escritura de compraventa*, concluye que la inscripción de la hipoteca respectiva al caso puede ser llevada a cabo, no siendo para ello requisito que conste el carácter no esencial del bien hipotecado, *“sin que sea necesario prejuzgar sobre si, atendiendo a la letra y finalidad de la norma objeto de debate (el artículo 160f) LSC), debe incluirse o no dicho acto de gravamen en su ámbito de aplicación”*.

No obstante, a la afirmación anterior cabe matizar que, en todo caso, el Registrador podrá denegar la calificación cuando el carácter esencial del activo sea manifiesto o cuando este resulte de los elementos de que dispone al calificar, tal y como aclara la Audiencia Provincial de Madrid en su SAP M de 22 enero de 2020 (ECLI:ES:APM:2020:439) en su fundamento jurídico tercero, donde realiza una valoración de la doctrina de la DGRN.

Adicionalmente, en su resolución 10829/2015, de 17 septiembre, la DGRN estimó que no era posible inscribir en el Registro Mercantil la siguiente cláusula limitadora del poder de representación de los administradores:

necesitarán autorización previa de la junta general por exceder de sus facultades propias o los fines sociales: 1.º (...). 2.º Constituir hipotecas, prendas o cualquier otra garantía real o personal (aval) para la seguridad de obligaciones de persona o entidad distintas del poderdante, salvo que sean entidades pertenecientes al mismo grupo.

Las razones aducidas por DGRN hallaron su fundamento en el artículo 234 LSC, destacando la protección de la seguridad en el tráfico jurídico y la protección de terceros de buena fe. De esta manera, la resolución declaró que una limitación de este calibre solo podría tener efectos internos dentro de la sociedad, nunca frente a terceros. Aunque no se declara expresamente, el sentido de esta resolución parece concluir que el criterio de la DGRN estaría más próximo a una interpretación no extensiva del art. 160f) LSC.

Ante la ambigüedad existente, los terceros afectados suelen exigir la aprobación del acuerdo por parte de la Junta General, aún cuando no esté claro si este requisito es o no imperativo (Manzanares Secades, 2016, p. 17). En todo caso, y aun suponiendo que la interpretación del mencionado precepto suponga la necesaria aprobación de la Junta para la constitución de gravámenes sobre activos esenciales, no es claro cuáles son las consecuencias de la omisión de tal requisito, pues no hay previsión legal al respecto.

Esta problemática se ve reforzada por la existencia del artículo 234.2 LSC. Dicho precepto sostiene que *“la sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social”*. Ante esto, la doctrina se divide en dos corrientes opuestas: aquellos que proponen la aplicación analógica del artículo 234.2 LSC en caso de infracción del artículo 160f) LSC y aquellos que defienden que tal cosa supondría vaciar de contenido al precepto.

El primero de estos sectores defiende que, a pesar de la falta de autorización de la Junta, la sociedad quedará igualmente obligada antes los terceros de buena fe. En su opinión, cualquier otra solución supondría una total desprotección tanto de la seguridad del tráfico jurídico como de los terceros de buena fe que puedan concluir este tipo de negocios, pues no parece equitativo que estos se vean perjudicados por una incorrecta o desleal actuación del órgano de administración (Álvarez Royo-Villanova & Sánchez Santiago, 2015, p. 14).

Por todo ello, esta corriente propone como solución la aplicación del artículo 234.2 LSC, ya sea esta directa o analógica, dado que ambos caminos conducen al mismo resultado (Fernández del Pozo, 2016, p. 5). En este sentido, los autores defensores de esta tesis entienden que dicha interpretación *“no sólo deriva de su funcionalidad como traslación de la normativa general de representación a la representación orgánica de las sociedades mercantiles [...], sino que en un plano práctico ofrece una solución equilibrada y coherente al conflicto entre la protección de terceros y socios”* (Alcalá Díaz, 2016, p. 299).

Por su parte, el sector de la doctrina contrario sostiene que el precepto 160f) LSC introduce una regla imperativa de competencia, de la cual se deriva que la Junta general es la única competente para la realización de este tipo de actos, siendo su previo acuerdo uno de los requisitos de validez del negocio jurídico. Explicado de otro modo, la falta de acuerdo por parte de la junta supondría la falta de consentimiento en el contrato, por lo que la sociedad no podría quedar obligada en ningún modo. Adicionalmente, la nulidad del negocio jurídico también podría inferirse del artículo 6.3 CC, el cual promulga la nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas (García-Villarrubia, 2017, p. 3).

Este ha sido el planteamiento adoptado por la Audiencia Provincial de Lugo, el cual se ilustra en el fundamento jurídico cuarto de su SAP LU de 7 julio de 2020 (ECLI:ES:APLU:2020:509). La resolución declarara que nos encontramos “*ante la existencia de un vicio de ineficacia del negocio jurídico sobre un activo esencial concertado sin previo acuerdo de la junta general*”. A continuación, la Audiencia lucense cuestiona la legitimación de los socios para entablar acciones encaminadas a declarar la ineficacia de la enajenación, analizando para ello SSTS de 8 abril de 2013 y de 16 de mayo de 2016. En este sentido afirma que:

La relevancia de estas resoluciones está, por tanto, en el reconocimiento en esos supuestos de legitimación a los socios para el ejercicio de la acción de nulidad de negocios jurídicos celebrados por la sociedad. La misma conclusión puede alcanzarse en los casos en que la causa de ineficacia del negocio jurídico es la ausencia de autorización de la junta general, por tratarse de una operación sobre activos esenciales de las relacionadas en el artículo 160 f) LSC. El interés legítimo del socio puede situarse no sólo en la incidencia de la operación sobre su participación en el capital de la sociedad, sino también en la circunstancia de que corresponde a los socios reunidos en junta pronunciarse sobre el destino del activo esencial objeto del negocio jurídico. Si se les priva de esa posibilidad, se están afectando sus intereses directos como socios de la compañía.”

Por todo ello, la sentencia concluye que sería perfectamente admisible que los socios interpusiesen acciones encaminadas a anular el acto, sin que este pueda devenir intocable por aplicación del artículo 234.2 LSC.

En adición, acudir a dicha norma como solución es difícil de sostener por una serie de razones. En primer lugar, la aplicación directa carece de sentido teniendo en cuenta que ambos preceptos contemplan casos totalmente diferentes. En la misma línea, la aplicación por analogía también resulta complicada, ya que reconocer una identidad de razón entre ambos supuestos supone una argumentación un tanto forzada.

Asimismo, es necesario atender al fin con el que el que fue creado el precepto 234.2 LSC, que no es otro que el de otorgar una protección excepcional a los terceros de buena fe en la celebración de contratos que quedan fuera del objeto social de la entidad. Cabe mencionar que la dificultad de encajar determinado negocio jurídico en el objeto social de una compañía es una labor genuinamente difícil, incluso teniendo los estatutos de la misma delante. Por ello, se ha eximido al tercero de llevar a cabo tan ardua tarea cada vez que vaya a llevar a cabo una transacción. Sin embargo, cerciorarse del carácter esencial de un activo es un trabajo considerablemente más sencillo. Por tanto, no parece razonable aplicar a este supuesto una medida tan extraordinaria como la contemplada en el artículo 234.2 LSC (Alfaro Águila-Real, 2015, pp. 5–6).

En conclusión, la ambigüedad de la interpretación de las normas clave del conflicto provoca una gran incertidumbre sobre el tema, lo que dificulta ofrecer una respuesta certera a la cuestión. En todo caso, las probabilidades de éxito de la anulación de la garantía son, a mi juicio, bajas, pues tanto la doctrina como la DGRN parecen favorables a la interpretación literal del artículo 160f) LSC, lo que excluiría los actos de gravamen de su ámbito de aplicación. Si a eso le sumamos la posterior dificultad de conseguir la anulación del acto dadas las dudas sobre la aplicación del precepto 234.2 LSC, las probabilidades de éxito parecen reducidas.

Conclusiones

Dado que la jurisprudencia del TS concede plena validez a los pactos parasociales que respeten los límites de la autonomía de la voluntad, el acuerdo concluido entre D^a María y D^a Carla es plenamente válido, pues ninguna de las tres cláusulas de las que consta resulta contraria a las leyes, a la moral o al orden público.

La LSC menciona este tipo de acuerdos escuetamente en su artículo 29 bajo el nombre de pactos reservados, estipulando que estos no serán oponibles a la sociedad. En este sentido, el artículo 204.1 LSC establece que los acuerdos sociales serán impugnables cuando sean contrarios a la Ley, los estatutos, o al reglamento de la junta de sociedad, así como en el caso de que lesiones en el interés social. Por su parte, el TS ha reiterado en numerosas ocasiones que la mera infracción de un pacto parasocial no es suficiente por sí misma para impugnar con éxito un acuerdo social.

A pesar de ser inoponible a la sociedad, el acuerdo goza, como ya ha sido apuntado, de plena eficacia entre las partes, por lo que, de acuerdo con el artículo 1091 CC, las obligaciones asumidas por los firmantes tienen fuerza de ley. En este sentido, si D^a. Carla quiere obtener el cumplimiento de D^a. María, podrá servirse de todos los medios previstos por el Derecho de los contratos en caso de incumplimiento.

Respecto a la cláusula referente a la alternancia en el cargo de administradora, cabe decir que se trata de un pacto organizativo, orientado a regular el funcionamiento de la sociedad y su sistema de toma de decisiones. D^a. Carla dispone de las acciones de cumplimiento, daños y perjuicios y remoción. Dado que la Sra. Lobos pretende lograr el cumplimiento de lo pactado y no una compensación económica por el incumplimiento, se ha prescindido del análisis de la segunda de las acciones.

La primera de ellas está encaminada a obtener una sentencia que declare el incumplimiento de lo pactado y la obligación de cumplir con lo convenido. Dado que en muchos casos esto no es suficiente para que el deudor cumpla con la prestación debida, es preciso analizar los mecanismos de ejecución forzosa de los que podría servirse Carla a estos efectos.

Dado que estamos ante una obligación de *volere*, en caso de incumplimiento el Tribunal competente emitirá un auto en el que se dé por emitida dicha declaración de voluntad. En el caso concreto, esto implica que, si en nueva junta convocada María persiste en su incumplimiento, se procederá a convocar nueva junta en la cual el auto emitido por el juez sustituiría el voto de María.

En cuanto a la acción de remoción, esta se localiza en el párrafo segundo del art. 1098 CC, el cual establece que, en caso de incumplimiento, también “*podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho*”. En este sentido, el ejercicio de la misma podrá ser usado para tratar de revocar el acuerdo adoptado.

Respecto a esta segunda cláusula incorporada en el pacto parasocial, referente a la remuneración de administradora de la sociedad, cabe decir que también constituye una obligación de voto, por lo que los medios a utilizar serían los mismos que en el supuesto anterior. No obstante, dado que esta cláusula ha sido cumplida, no tiene sentido recurrir a ellos en este caso.

Por su parte, la cláusula referida al otorgamiento del préstamo participativo supone un pacto de atribución, obligando a los firmantes a procurar determinada ventaja a la sociedad, en este caso financiera. En el presente supuesto, una acción de cumplimiento conllevaría sentencia condenatoria declarando la obligación de conceder el préstamo y, en caso de que esto no fuese cumplido voluntariamente, se procedería al embargo de bienes suficientes conforme al artículo 702 LEC.

En todo caso, y aunque respecto a este supuesto nada se puede hacer en este sentido, sería recomendable aconsejar a Carla la inclusión de una cláusula penal en futuros acuerdos de esta tipología.

Respecto a la cuestión de si puede la sociedad exigir la concesión del préstamo, cabe apuntar que las circunstancias condicionales de tal concesión se cumplieron el 31 de enero de 2019, ya que el capital social se redujo en un 30% al formular las primeras cuentas anuales. El segundo párrafo del precepto 1257 CC establece que los terceros podrán exigir el cumplimiento de las estipulaciones a su favor siempre que comuniquen su aceptación ante de que dicha estipulación sea revocada.

La jurisprudencia ha determinado que los beneficiarios de una estipulación en favor de tercero están facultados para exigir su cumplimiento en tanto que titulares de un derecho de crédito, siempre y cuando hayan aceptado de forma expresa o tácita tal estipulación. Dado que la propia reclamación del crédito se considera una aceptación tácita, la sociedad podría reclamar sin problema alguno los préstamos participativos a ambas socias.

Por su parte, la segunda cuestión remite al conflicto de intereses, regulado en el artículo 190 LSC. En este precepto se establecen un número de supuestos en lo cual el socio no podrá ejercitar su derecho de voto por considerarse que su interés personal se encuentra enfrentado con el de la sociedad, aclarando que el nombramiento de uno mismo como administrador no se encuadra dentro de estos supuestos.

Aunque la fijación de su propia remuneración no está incluida en la literalidad del precepto, la interpretación restrictiva que debe hacerse del conflicto de intereses parece ser coherente con la inexistencia del mismo en este caso. Asimismo, el TS ha declarado en su STS de 13 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1859) que es pertinente que una administradora vote en el acuerdo referente a elevar su remuneración. Por todo ello, puede concluirse que María estaba en pleno derecho de emitir su voto en ambos acuerdos adoptados por la sociedad.

Respecto a la tercera cuestión, el acuerdo firmado por Augusta puede ser calificado como una carta de patrocinio, dentro de las cuales es conveniente distinguir entre cartas fuertes y cartas débiles. Las primeras constituyen verdaderos compromisos vinculantes, pudiendo configurarse como contratos de garantía, efecto que no poseen en ningún caso las cartas de patrocinio débiles, siendo estas una mera declaración de apoyo.

El TS ha establecido cinco requisitos para considerar una carta de patrocinio como fuerte, siendo discutido que en este caso se cumplan el segundo y el quinto: que la vinculación obligacional resulte clara y que la relación de patrocinio se de entre una matriz patrocinadora y una filial patrocinada.

A pesar de que este último no se cumple estrictamente, puede entenderse que esto no supondría un obstáculo, ya que el cumplimiento de tal condición ha sido relajado en resoluciones posteriores, entendiéndose que basta una posición de dominio directo o indirecto de la patrocinada por parte de la patrocinadora.

Respecto al requisito segundo, es conveniente analizar la literalidad de las palabras vertidas por la socia: *“me comprometo frente a ustedes a apoyar financieramente a Doseles y Cortinas, S.A., para que a la misma le sea posible cumplir los compromisos adquiridos con ustedes debido a la concesión del crédito”*.

Aunque en un primer momento pudiese parecer que Augusta está asumiendo una responsabilidad solidaria con respecto al pago de la deuda, cabe matizar que el compromiso asumido por esta no es ese, sino el de apoyar financieramente a la sociedad para que sea esta la que pueda afrontar el cumplimiento. Por tanto, podría concluirse que la obligación asumida por Augusta en la carta de patrocinio no es la de responder frente

a la deuda en caso de impago por la sociedad, por lo que BBVA no podrá reclamarle tal cosa.

Respecto a la cuarta cuestión, existen diferentes formas de proceder en vía civil, societaria y concursal. La primera de ellas podría encauzarse de dos diferentes maneras, dirigiéndose contra la sociedad y contra Augusta. Con respecto a esta primera opción, la estrategia más ventajosa sería acudir a la ejecución dineraria, pues la escritura pública que documenta la concesión del préstamo y la constitución de la garantía pignoraticia es considerada título ejecutivo.

La ejecución por esta vía es posible a partir de que la deuda se considere vencida, lo que en obligaciones de tracto sucesivo se da cuando existan al menos tres plazos mensuales incumplidos, lo cual se da en el presente caso.

Ante esta situación, BBVA cuenta con dos opciones, recogidas en los incisos primero y segundo del precepto 693 LEC. La primera de ellas supondría llevar a cabo la ejecución por la cantidad impagada hasta la fecha, mientras que la segunda consistiría en declarar el vencimiento anticipado de la deuda y llevar a cabo la ejecución por su totalidad. La segunda de estas posibilidades requiere que así se haya pactado y hecho constar en la escritura pública y el asiento registral correspondientes. Si este ha sido el caso, será esta segunda la opción más aconsejable para BBVA.

Respecto a las acciones civiles contra Augusta, no es posible la reclamación directa de la deuda a la accionista. Sin embargo, aunque el documento no la obligue a responder frente a la deuda, sí conlleva la asunción de un vínculo obligacional, pues la socia se comprometió a apoyar financieramente a la sociedad en todo lo necesario para que esta pudiese cumplir con la devolución del préstamo.

Dado que la sociedad no ha atendido sus obligaciones de pago desde el 10 de enero de 2022, parece claro que Augusta ha incumplido la obligación asumida frente al banco. Por tanto, en sede civil, BBVA dispondrá de una acción de daños y perjuicios contra Augusta derivada del incumplimiento de la obligación que esta asumió en la carta de patrocinio.

Sin embargo, aunque tanto la existencia como la cuantía de los daños pudiese parecer obvia, la STS de 26 de diciembre de 2014 (ECLI:S:TS:2014:5724) afirma que la existencia del daño no podrá ser probada hasta que se conste la imposibilidad de la sociedad de cumplir con su deuda, la cual no podrá inferirse ni tan siquiera de su declaración en concurso. Por tanto, esta acción debe entenderse como subsidiaria a la ejecución pignoraticia antes explicada.

Por otro lado, el uso de la vía societaria supondría entablar acciones contra D^a. María, en tanto que administradora única de la sociedad. El artículo 367 LSC establece que los administradores adquirirán responsabilidad solidaria respecto de las deudas sociales si incumplieren el deber de convocar junta pasados dos meses desde el acaecimiento de una causa legal de disolución. Dicha responsabilidad recae únicamente sobre las obligaciones contraídas con posterioridad a la aparición de la causa, como en este caso la contraída con BBVA.

En el presente supuesto, el cierre del ejercicio de 2020 conllevó la verificación de una causa de disolución legal, la reducción del patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, contemplada en el apartado e) del artículo 360 LSC. Dada la verificación de esta circunstancia, D^a. María debería haber convocado a la junta en el

plazo máximo de dos meses para acordar la disolución de la sociedad o bien para aprobar las modificaciones de capital pertinentes, obligación que incumplió.

Por todo ello, BBVA puede entablar la acción de responsabilidad por deudas de administradores contra D^a. María a fin de que esta sea condenada al pago del préstamo de forma solidaria junto a la propia sociedad.

Para finalizar la cuarta cuestión, cabe desaconsejar el uso de la vía concursal, ya que de acuerdo con la ley concursal desde la declaración del concurso los titulares de derechos reales de garantía no podrán iniciar procedimientos de ejecución forzosa sobre bienes necesarios para la continuidad de la empresa.

En la práctica, esto supondría un importante retraso para la entidad bancaria a la hora de ejecutar el bien pignorado, pues en el caso que nos ocupa la máquina garantizada cuenta con carácter esencial para la sociedad, entendiéndose por bien necesario aquel que resulta imprescindible para la continuidad de la actividad empresarial.

Finalmente, para resolver la quinta cuestión es necesario analizar, en primer lugar, si la celebración de tal contrato de préstamo se encuentra dentro de las facultades de la administradora única de la sociedad o si, por el contrario, la ejecución de tal operación requería la aprobación por parte de la Junta General.

En este sentido, debemos acudir al artículo 234 LSC, el cual predica que el administrador podrá representar a la sociedad en todos los actos comprendidos en su objeto social. No obstante, la DGRN ha matizado esta afirmación, estableciendo que solo quedarán fuera de su ámbito de representación aquellos actos puramente contrarios al objeto social. Por tanto, la solicitud de un préstamo bancario no parece ofrecer problema alguno para ser encuadrado dentro del ámbito de representación de la administradora de la sociedad.

Sin embargo, la constitución de la garantía sí ofrece problemas, pues esta recae sobre un activo esencial de la entidad, ya que el artículo 160 LSC en su apartado f) establece que será necesaria la aprobación de la Junta para *“la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales”*, presumiéndose el carácter esencial de estos cuando superen el 25% del valor del activo. En este caso, tanto en términos de valor como de utilidad, parece claro que la máquina pignorada puede considerarse un activo esencial.

Una vez determinado esto, es procedente analizar si el artículo 160f) es aplicable a los actos de gravamen, ya que la literalidad del precepto solo menciona la enajenación. Sin embargo, la ejecución de una garantía real constituida sobre tal activo conllevaría su enajenación.

La cuestión es actualmente una duda sin resolver, pues ni el Tribunal Supremo ni la DGRN, se han pronunciado al respecto. Mientras que el TS no ha llegado a conocer asuntos que impliquen un pronunciamiento respecto a este asunto, la DGRN parece haber elegido deliberadamente mantener silencio o ambigüedad ante la interpretación del precepto. No obstante, su postura parece favorable a la interpretación literal, ya que denegó en 2015 la inscripción de una cláusula que establecía que los administradores no podían constituir garantías sin previo acuerdo de la junta.

La existencia de incertidumbre se ve reforzada por la falta de sanción específica al incumplimiento del artículo 160f) LSC. En este sentido, la doctrina se halla dividida entre aquellos que proponen la aplicación analógica del artículo 234.2 LSC, que supondría

mantener la obligación contraída frente a terceros de buena fe, y aquellos que defienden que tal cosa supondría vaciar de contenido al precepto.

El primero de estos sectores defiende que cualquier otra solución supondría una total desprotección tanto de la seguridad del tráfico jurídico como de los terceros de buena fe que puedan concluir este tipo de negocios. Por su parte, el sector de la doctrina contrario sostiene que el precepto 160f) LSC introduce una regla imperativa de competencia, de la cual se deriva que la Junta general es la única competente para la realización de este tipo de actos, por lo que su falta de acuerdo previo cabría ser equiparada a una falta de consentimiento en el negocio jurídico.

En conclusión, la ambigüedad respecto a la interpretación del precepto 160f) LSC dotan de una gran incertidumbre a la resolución de esta cuestión, siendo en todo caso escasas las probabilidades de éxito en un intento de anulación de la garantía. Esto se debe, principalmente, a las posiciones aparentemente favorables a la interpretación literal mantenidas tanto por la doctrina mayoritaria como por la DGRN. Este hecho, sumado a las discrepancias existentes acerca de la sanción de incumplimiento de la norma, dificultan de forma considerable la pretensión de anular la garantía.

Bibliografía

- Alcalá Díaz, M. A. (2016). Ámbito de aplicación y consecuencias del incumplimiento del artículo 160.f) de la LSC. En *Estudios sobre Derecho de sociedades* (pp. 275–300).
- Alfaro Águila-Real, J. (2015, June 2). Y más sobre el art. 160 f) LSC. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/y-mas-sobre-el-art-160-f-lsc>
- Álvarez Royo-Villanova, S., & Sánchez Santiago, J. (2015). La nueva competencia de la junta general sobre activos esenciales: A vueltas con el artículo 160 f) LSC. *Diario La Ley*, 8546, 1.
- Beltrán Sánchez, E. M. (2008). La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales. En *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (2ª ed, pp. 255–304). Tirant lo Blanch. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3441425>
- Carrasco Perera, Á. (2010). *Derecho de contratos* (3ª). Thomson Reuters-Aranzadi.
- Díez Picazo y Ponce de León, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II*. Civitas.
- Fernández del Pozo, L. (2016). Otra vez sobre el acto extralimitado sobre «activos esenciales» del malhadado art. 160 f) LSC: Crítica de la doctrina de la DGRN sobre el tema. *La Ley mercantil*, 27 (julio-agosto), 1.
- Flors Maties, J. (2022). *Proceso civil: Doctrina jurisprudencial y práctica forense* (2ª edición). Tirant lo Blanch.
- Fuentes Naharro, M. (2016). Las cartas de patrocinio y la cuestionada juridicidad de las cartas “débiles.” En *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*, (pp. 265–276). Dykinson.
- Galeote Muñoz, M. del P. (2008). *Sindicatos de voto: El control en una sociedad conjunta* [Recurso electrónico]. Tirant lo Blanch.
- García-Villarrubia, M. (2017). La infracción del art. 160. F LSC: la falta de acuerdo de la junta en la enajenación de un activo esencial | Uría Menéndez. *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, 56. <https://www.uria.com/es/publicaciones/5418-la-infraccion-del-art-160-f-lsc-la-falta-de-acuerdo-de-la-junta-en-la-enajena>

- Herrera Sánchez, J. A. (2007). Una reflexión sobre las cartas de patrocinio a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2005. *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 19, pp. 125–141.
- Iraculis Arregui, N., & Emparanza Sobejano, A. (2013). *Conflictos de interés del socio: Cese del administrador nombrado por accionista competidor*. Marcial Pons.
- Juste Mencía, J., & Alfaro Aguila-Real, J. (Eds.). (2015). *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31-2014): Sociedades no cotizadas*. Civitas-Thomson Reuters.
- Manzanares Secades, A. (2016). El nuevo artículo 160 F) de la Ley de Sociedades de Capital en cuanto a la necesaria aprobación por la Junta General de ciertas operaciones sobre “activos esenciales”: ¿es también aplicable a la constitución de garantías reales sobre dichos “activos esenciales”? *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, 100, 1.
- Morales Barceló, J. (2014). Pactos parasociales “vs” Estatutos sociales: Eficacia jurídica e impugnación de acuerdos sociales por su infracción. *Revista de derecho de sociedades*, 42, pps. 169–193.
- Paz-Ares, C. (2003). El enforcement de los pactos parasociales. *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, 5, pps. 19–43.
- Paz-Ares, C. (2011). La cuestión de la validez de los pactos parasociales. *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez, especial, Homenaje al Profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, pps. 252–256.
- Paz-Ares Rodríguez, I. (2022). La ejecución de la prenda de derechos sociales. Nuevas alternativas / The foreclosure of the pledge of social rights. New alternatives. *Revista de Derecho Civil*, 9(1), pps. 35-102.
- Prendes Carril, P. (2021). Las “obligaciones posteriores” en la responsabilidad de los administradores por deudas. *Revista de derecho mercantil*, 319, 5.
- Ruiz Muñoz, M. (2016). Nuevo régimen jurídico de la retribución de los administradores de las sociedades de capital. *Revista de Derecho de Sociedades*, 46, pps. 53-130.
- Saéz Lacave, M. I. (2009). Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces. *Indret*, 2009(3).

- Sánchez Álvarez, M. M. (2007). Las cartas de patrocinio. En *La contratación bancaria* (pp. 1153–1177). Dykinson.
- Santos Briz, J. (1973). *Derecho Civil: Teoría y práctica. Tomo III: Derecho de obligaciones: la obligación y el contrato en general ; derecho de daños*. Revista de Derecho Privado.
- Senés Mottilla, C. (2017). La pérdida del derecho a la ejecución separada de la garantía real tras la apertura de la fase de liquidación. *Anuario de derecho concursal*, 42, pps. 191–211.
- Thomàs Puig, P. M. (2022). Ejecuciones y garantías reales en reestructuraciones y concursos. Últimas reformas ya vigentes y proyectadas. *Anuario de derecho concursal*, 56, pps. 45–80.
- Vicent, M. P. i. (2013). Los pactos parasociales. Eficacia inter partes y frente a la sociedad. *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, 47, pps. 29–74.

Apéndice jurisprudencial y de doctrina administrativa

- España. Tribunal Supremo (Sala Primera). Sentencia núm. 918/1995 de 23 de octubre (ECLI:ES:TS:1995:79)
- España. Tribunal Supremo (Sala Primera). Sentencia núm. 312/2001 de 29 de marzo (ECLI:ES:TS:2001:2620)
- España. Tribunal Supremo (Sala Primera). Sentencia núm. 553/2001 de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:2001:4566)
- España. Tribunal Supremo (Sala Primera). Sentencia núm. 1088/2004, de 11 de noviembre (ECLI:ES:TS:2004:7310)
- España. Tribunal Supremo (Sala Primera). Sentencia núm. 529/2005 de 30 de junio (ECLI: ES:TS:2005:4375)
- España. Tribunal Supremo (Sala Primera). Sentencia núm. 128/2009 de 6 de marzo (ECLI:ES:TS:2009:940)
- España. Tribunal Supremo (Sala Primera). Sentencia núm. 138/2009 de 6 de marzo (ECLI:ES:TS:2009:941)
- España. Tribunal Supremo (Sala Primera). Sentencia núm. 366/2010 de 15 de junio (ECLI:ES:TS:2010:4384)
- España. Tribunal Supremo (Sala Primera). Sentencia núm. 315/2011 de 4 de julio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:5101)
- España. Tribunal Supremo (Sala Primera). Sentencia núm. 580/2012 de 10 de octubre (ECLI: ES:TS:2012:8859)

- España. Tribunal Supremo (Sala Primera). Sentencia núm. 732/2014 de 26 de diciembre (ECLI:ES:TS:2014:5724)
- España. Tribunal Supremo (Sala Primera). Sentencia núm. 440/2015 de 28 de julio (ECLI:ES:TS:2015:4276)
- España. Tribunal Supremo (Sala Primera). Sentencia núm. 151/2016 de 10 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:986)
- España. Tribunal Supremo (Sala Primera). Sentencia núm. 1326/2016 de 30 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:1326)
- España. Tribunal Supremo (Sala Primera). Sentencia núm. 601/2019 de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2019:3526)
- España. Tribunal Supremo (Sala Primera). Sentencia núm. 120/2020 de 20 de febrero (ECLI: ES:TS:2020:507)
- España. Tribunal Supremo (Sala Primera). Sentencia núm. 215/2020 de 1 de junio (ECLI:ES:TS:2020:1503)
- España. Tribunal Supremo (Sala Primera). Sentencia núm. 310/2021 de 13 de mayo (ECLI:ES:TS:2021:1859)
- España. Audiencia Provincial de Asturias (Sección Primera). Sentencia núm. 501/2020 de 26 de febrero (ECLI:ES:APO:2020:658)
- España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimocuarta). Auto núm. 264/2013, de 16 diciembre (ECLI:ES:APB:2013:1136^a)
- España. Audiencia Provincial de Madrid (Sección Décima) Sentencia núm. 35/2020 de 22 enero (ECLI:ES:APM:2020:439)
- España. Audiencia Provincial de Málaga (Sección Quinta) Auto núm. 301/2016 de 16 septiembre (ECLI:ES:APMA:2016:50^a)
- Resolución de 27 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Santa Fe n.º 2 a inscribir una escritura de compraventa. Boletín oficial del Estado, 30 de septiembre de 2015, nº 242, pps. 88690-88698
- Resolución de 17 de septiembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles III de Sevilla a inscribir determinada disposición de los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada. Boletín Oficial del Estado, 8 de octubre de 2015, nº 241, pps. 93236-93242
- Resolución de 10 de enero de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Madrid nº 4, por la que se deniega la inscripción de un decreto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas. Boletín oficial del Estado, 31 de enero de 2017, nº 26, pps. 7214-7271
- Resolución de 9 de octubre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Adra a inscribir un testimonio de decreto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas dimanantes de procedimiento de ejecución

hipotecaria. Boletín Oficial del Estado, 23 de octubre de 2020, nº 280, pps. 91306-91315

Apéndice legislativo

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, 08 de enero de 2000, nº 7 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>)

Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión. Boletín Oficial del Estado, 18 de diciembre de 1954, nº 352 (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/l/1954/12/16/\(2\)/con](https://www.boe.es/eli/es/l/1954/12/16/(2)/con))

Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. Boletín Oficial del Estado, 25 de julio de 1889, nº 206 (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con))

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Boletín oficial del Estado, 03 de julio de 2010, nº 161 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2010/07/02/1/con>)