

Boletín de Sociedades

Área de Mercantil de Gómez-Acebo & Pombo



Sumario

Análisis	4
▶ Transmisión de la condición de socio y derechos de adquisición preferente: <i>Análisis crítico de la RDGRN de 23 de julio de 2019</i>	4
Análisis	10
▶ La acción individual promovida por acreedores sociales (STS 1.ª de 5 de noviembre de 2019)	10
Práctica societaria	15
▶ Constitución y estatutos	15
— De nuevo sobre la determinación estatutaria del lugar de celebración de la junta general	15
— Los refuerzos de las mayorías en el consejo de administración también deben «salvar» las mayorías legales indisponibles	16
— Licitud de la cláusula estatutaria que, de facto, suponga la exigencia de unanimidad para la adopción de acuerdos sociales	17
▶ Junta general	18
— Acciones declarativas del resultado positivo de una votación (SJMER núm. 2 Pontevedra de 14 de junio de 2019)	18
— Convocatoria de junta por burofax	18
— ¿Es siempre nula la junta universal a la que no asisten todos los socios?	19
▶ Administradores	20
— Dos cuestiones en relación con la persona física representante del administrador persona jurídica	20
— No es inscribible el poder que se otorga a sí mismo el representante persona física de una sociedad que es administradora única de otra	22
— Responsabilidad de administradores y directivos por infracciones del Derecho de la Competencia	23

G A _ P

▶ Cuentas anuales	25
— Defectos en las cuentas anuales y acción individual de responsabilidad (STS 1.ª de 4 de noviembre de 2019)	25
▶ Aumento y reducción de capital	26
— Es posible aplazar la devolución de aportaciones (RDGRN de 9 de septiem- bre de 2019)	26
▶ Separación y exclusión de socios	26
— Separación del socio que vota en contra de la modificación de estatutos consistente en la supresión del derecho de separación por falta de reparto de dividendos	26
— Nombramiento registral de experto independiente en caso de ejercicio del derecho de separación	28
▶ Disolución y liquidación	28
— ¿De qué deudas responde el administrador que asumió el cargo después de verificada la causa de disolución sin que el anterior administrador la hubiera promovido?	28
▶ Modificaciones estructurales	30
— Escisión parcial «inversa»	30
— Suspensión cautelar de los acuerdos sociales por los que se aprueba una fusión transfronteriza tripartita por absorción	31
▶ Fiscalidad de sociedades	35
— Préstamo participativo frente a aportación de fondos propios: contenido económico de la operación	35
— Reparto de dividendos en proporción diferente a la participación de los socios en la entidad	36

Análisis

Transmisión de la condición de socio y derechos de adquisición preferente: *Análisis crítico de la RDGRN de 23 de julio de 2019*

Ignacio de la Fuente Muguza

Abogado, Área de Mercantil

Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

El objeto de este análisis es analizar la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) núm. 13597/2019 de 23 de julio [RJ\2019\3692], publicada en el BOE núm. 231, de 25 de septiembre, que aborda la cuestión de la adquisición de la condición de socio en el marco de una transmisión *mortis causa* con derechos de preferencia estatutarios. La cuestión posee gran trascendencia práctica y no ha recibido tratamiento uniforme en doctrina y jurisprudencia, por lo que puede resultar de interés una valoración de la resolución que ofrece la Dirección General sobre el fondo de la cuestión. Efectivamente, determinar los elementos necesarios y el momento en el que se produce la transmisión de acciones y participaciones y el reconocimiento de la condición de socio son cuestiones esenciales para resolver problemas habituales relativos a la persona legitimada para ejercer los derechos inherentes a dicha condición de socio, así como la forma y condiciones para ello.

Sentado lo anterior, dedicaremos este artículo a analizar a) el supuesto de hecho objeto de estudio, b) los argumentos planteados por la DGRN, c) las diversas posiciones doctrinales al respecto, d) una breve propuesta sobre el ejercicio de los derechos sociales por socios salientes y e) conclusiones de lo anterior.

2. Supuesto de hecho

- a) En fecha desconocida, fallece uno de los socios de una sociedad de responsabilidad limitada. La comunidad hereditaria del causante la componen la esposa del socio y sus hijos. Resultan adjudicatarios de las participaciones de la sociedad dos de los hijos, don J.A.G.G.

y don F.A.G.G. Además, uno de ellos —don J.A.G.G.—, ostenta la condición de administrador mancomunado de la sociedad.

- b) Informada la noticia del fallecimiento, tres de los socios sobrevivientes comunican a los herederos por conducto notarial el ejercicio del derecho de «*preferente adquisición*» (tal y como se recoge estatutariamente) previsto en el artículo 7.C de los estatutos sociales en los siguientes términos: «*No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los socios sobrevivientes tendrán un derecho de preferente adquisición de las participaciones del socio fallecido, apreciadas en el valor real que tuvieron el día del fallecimiento del socio, cuyo precio se pagará al contado*». Completa el artículo una regla de legitimación de herederos o legatarios como la prevista por el artículo 110.1 del RDL 1/2010, de 2 de julio, de Ley de Sociedades de Capital (LSC), según la cual: «*La adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio*».
- c) El 5 de marzo de 2019 la sociedad otorga escritura pública de aumento de capital que es suscrito por los herederos del fallecido alegando su condición de socios en tanto no se les abone el precio de las participaciones. La escritura se presenta en el Registro Mercantil de Málaga el 25 de marzo de 2019 y es objeto de calificación negativa.
- d) El 25 de marzo de 2019 se celebra nueva junta general de la sociedad con la participación, según el criterio de la mesa, de socios titulares de participaciones sociales representativas de un 75% del capital social, en la que se aprueba el cese de uno de los dos administradores mancomunados (el heredero don J.A.G.G.) y el nombramiento de la administradora mancomunada restante, doña A.B.N.G., como administradora única. Los herederos del causante no son convocados a la junta.
- e) Dichos acuerdos se recogen en acta notarial que se presenta en el Registro Mercantil de Málaga y es objeto de calificación negativa. Esta calificación es recurrida ante la DGRN por determinados socios de la sociedad. La DGRN desestima el recurso y confirma la calificación por los motivos que veremos a continuación.

3. Calificación de la DGRN

La resolución realiza un detallado resumen de los antecedentes del caso, para después desarrollar los motivos de la calificación, que, en síntesis, son los siguientes:

- a) Como cuestión previa, plantea la vinculación entre las calificaciones del acta notarial con la escritura de aumento de capital previa y referida anteriormente. No estima procedente efectuar valoraciones al respecto, toda vez que la inscripción del acta es suspendida.
- b) En segundo lugar, y como cuestión principal, la DGRN confirma el criterio del registrador de inadmitir la manifestación del presidente de la junta y considerar la junta inválidamente convocada. Entiende el Centro Directivo que los herederos continúan siendo socios

de la sociedad hasta el momento en el que se pague el precio de sus participaciones (no es suficiente la manifestación del ejercicio del derecho de adquisición preferente) y que por tanto debieron ser convocados a la junta general. Se basa para ello en el siguiente razonamiento: 1) el primer apartado del artículo estatutario 7.C confiere a los herederos (o legatarios) la condición de socios; 2) la transmisión de las participaciones por causa de muerte tiene lugar a favor de los herederos (o legatarios) desde el momento del fallecimiento como consecuencia de nuestro sistema romano de sucesión; 3) el mecanismo de limitación de la transmisión de las participaciones (con irrelevancia del nombre que se le dé en los estatutos) aplica únicamente a modo de rescate tras la adquisición por los herederos de la condición de socios; 4) por tanto, los herederos seguían siendo titulares de las participaciones y, así mismo, socios de la sociedad, en el momento de celebración de la junta (25 de marzo de 2019). Aclara *obiter dicta* que el criterio de la junta en contrario no vincula de modo absoluto al registrador, que puede obviar dicha consideración, siempre que «de los hechos resulte una situación de conflicto tal que resulte patente la falta de legalidad y acierto de la declaración de la mesa».

- c) Concluye confirmando igualmente los motivos del registrador para suspender la inscripción del acta relativos a la necesidad de que toda modificación de la estructura del órgano de administración como la que tuvo lugar debe constar 1) en el orden del día y 2) formalizarse en escritura pública, no siendo suficiente el acta notarial.

No serán objeto de análisis en este estudio los criterios procedimentales descritos en los puntos a) y c) anteriores, para centrarnos en el estudio de la cuestión relativa a la transmisión *mortis causa* de participaciones y el ejercicio de derechos de adquisición preferente descritos en el apartado b).

4. Derechos de adquisición preferente y transmisiones *mortis causa*

La transmisión por causa de muerte de acciones o participaciones sujetas a cláusulas restrictivas reviste especial complejidad por entremezclar regulaciones dispares como el derecho sucesorio y el societario. No extraña por tanto la existencia de diferentes posiciones doctrinales al respecto.

Un sector de la doctrina (profesores Garrigues y Broseta¹) considera que la transmisión *mortis causa* de las acciones o participaciones sujetas a restricción no se produce hasta que se complete el mecanismo previsto estatutariamente o, al menos, que la condición de socio del heredero o legatario queda en suspenso hasta ese momento, tal y como parece desprenderse de una interpretación literal del artículo 124.2 LSC.

¹ Entre otros, Garrigues, Joaquín: Curso de Derecho Mercantil, Imprenta Aguirre (págs. 558 y ss.) o Broseta Pont, Manuel y Martínez Sanz, Fernando: Manual de Derecho Mercantil, Editorial Tecnos: (págs. 452 y ss.).

Por el contrario, otro sector (profesor Perdices²), al que se adhiere la DGRN en su resolución al igual que nosotros, considera las cláusulas restrictivas (en particular los derechos de adquisición preferente) en supuestos *mortis causa* como mecanismos de «rescate» que se verifican *ex-post*. No cabe hablar en estos casos de un verdadero derecho de adquisición preferente «puro» de los socios sobrevivientes para adquirir con carácter de preferencia las participaciones respecto de los herederos del causante. Así, la transmisión tiene lugar en un doble momento: una primera transmisión a favor de los herederos o legatarios (supeditado a la aceptación de la herencia) y consecuencia del sistema romano de sucesión; y una posterior a favor de los ejercitantes del derecho. Esta vía parece más acorde con el artículo 110.1 LSC.

Cuestión distinta es el momento de perfección de esta segunda transmisión a favor de los socios ejercitantes del derecho de rescate. Siguiendo la regulación sobre cesión de créditos que resulta de aplicación, no es sencillo determinar el momento en el que se debe entender perfeccionada la compraventa y cedida la posición de socio, dado que aquélla no distingue entre perfección y entrega de la cosa.

De conformidad con el profesor Perdices³, seguido por la DGRN, la perfección y entrega de las participaciones se retrasa hasta el momento del pago. Siguiendo este criterio, efectivamente, debe mantenerse que los herederos seguían siendo socios en el momento de celebración de la junta (el 25 de marzo de 2019) y que, por tanto, debieron ser convocados para la válida constitución de la misma. Esta interpretación podría ser acorde con la referencia estatutaria al necesario pago «al contado» del precio. Sin embargo, parece forzada si tenemos en cuenta la expresa voluntad de los socios de restringir en la medida legalmente posible la entrada de nuevos socios.

En nuestra opinión, es correcta la idea de que este tipo de cláusulas son verdaderos contratos de compraventa sujetos a doble condición: 1) acaecimiento del supuesto de hecho (fallecimiento del socio) y 2) ejercicio del derecho. Así, la mera comunicación de ejercicio conlleva la perfección de la compraventa con eficacia traslativa de la condición de socio⁴.

De esta forma, no podemos compartir los razonamientos del registrador mercantil que niega la transmisión a los socios que ejercieron el derecho de adquisición preferente por no «*constar documento alguno de transmisión de las mil participaciones sociales del socio fallecido como establece el art. 106 LSC...*» o de la DGRN que considera que «*el derecho de adquisición preferente produce su efecto cuando se haya reembolsado al socio heredero o legatario el valor de sus participaciones*».

² Por todos, Perdices Huetos, Antonio B: Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones, Editorial Civitas (págs. 254 y ss.).

³ Perdices Huetos, Antonio B: Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones, Editorial Civitas (págs. 155 y ss.).

⁴ En este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1.ª) número 518/2006 de 19 diciembre que citan los socios recurrentes.

Sobre el primer argumento, es mayoritaria la doctrina y jurisprudencia que entienden que el requisito de constancia en documento público de la transmisión de las participaciones sociales constituye simplemente un requisito *ad probationem*, y no *ad solemnitatem*, por lo que no cabe condicionar la eficacia de la transmisión al otorgamiento de dicho documento público. Sobre el segundo, sin duda el más conflictivo, consideramos la obligación de pago del precio como una obligación contractual que sigue a la perfección de la compraventa, pero no un requisito para la transmisión en sí. Aunque la DGRN no entra a valorar este asunto, se objeta a este razonamiento que la falta de precio supone la falta de un requisito esencial para la validez de la compraventa. Sin embargo, sostenemos sobre la base del artículo 1447 del Código Civil (CC) que el precio es determinable y por tanto la compraventa perfeccionada⁵.

Por tanto, consideramos que el 25 de marzo de 2019 (fecha de celebración de la junta de cese y nombramiento de administrador único), las participaciones habían sido transmitidas a los socios ejercitantes y por tanto los herederos carecían en ese momento de la condición de socio. Así, la junta fue válidamente celebrada (al menos en lo que respecta a esta cuestión).

5. Ejercicio de derechos sociales por socios salientes

Independientemente de lo anterior, es interesante completar el análisis apuntando al menos la problemática relativa a la peculiar posición del socio saliente y los derechos-deberes que surgen en este tipo de situaciones interinas. Por ejemplo, el heredero que adquiere la condición de socio, aunque condicionada al eventual ejercicio de derechos de rescate, o la del socio que acciona su derecho de separación.

La cuestión principal es la desafección (o carencia absoluta de afección) respecto del interés social que se produce en el socio-titular en estos casos, como consecuencia de los mecanismos de salida previstos, que retrotraen la fecha para la valoración de las acciones o participaciones al momento inicial del periodo. De esta forma, se produce una ruptura del equilibrio entre el ejercicio de los derechos y la asunción de riesgo por el socio saliente que la regulación societaria no puede amparar. A pesar de los riesgos que esta situación entraña tanto para el resto de socios, como para la propia sociedad (p. ej. ejercicio de derechos contrario al interés social o falta de diligencia en el cumplimiento de obligaciones sociales), no ha recibido suficiente consideración en la doctrina ni en la jurisprudencia.

Por nuestra parte consideramos que debe reconocerse al titular de las acciones o participaciones la condición de socio, incluso durante el periodo interino, para que aquél pueda desenvolverse con normalidad en la vida societaria; facilitando la debida conservación del valor de las acciones o participaciones durante ese tiempo (piénsese por ejemplo en el caso de un aumento de capital durante el periodo interino suscrito por el resto de socios con efectos de dilución para el titular definitivo de las acciones o participaciones).

⁵ En este sentido, la sentencia de la Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 1112/2000 de 29 de noviembre sobre un derecho de adquisición preferente.

Ello no impide someter esta posición a ciertas cautelas en consideración de la multiplicidad de intereses involucrados. Así, la función principal del socio saliente durante dicho periodo interino debe ser la de un administrador de buena fe y diligente para la conservación del valor de las acciones o participaciones, ejercitando los derechos y cumpliendo con las obligaciones necesarias a estos efectos (por analogía, cf. arts. 804, 185, 271, 1766 y ss. CC o 306 y ss. del Código de Comercio).

Ello implica reconocer a terceros con interés legítimo (p.ej. consocios o titulares de eventuales derechos de adquisición sobre éstas), legitimación para el ejercicio de acciones que permitan tutelar esta función. Sin pretensión de hacer un análisis exhaustivo de la cuestión (que deberá resolverse *in casu*), y sin perjuicio naturalmente de derechos expresamente reconocidos legalmente (p.ej. impugnación de acuerdos sociales), apuntamos la posibilidad de reconocer a dichos terceros acciones que permitan obligar al socio saliente la consecución de las actuaciones que pudiesen ser necesarias para la conservación del valor de las acciones o participaciones (ex. art. 1121 CC). A modo de ejemplo, obligación del socio saliente de 1) consensuar el sentido del voto con carácter previo, 2) solicitar información a la sociedad o 3) suscribir nuevas acciones o participaciones para evitar posibles diluciones.

6. Conclusiones

Dada la profusión de ideas planteadas, concluimos con un resumen esquemático de las principales conclusiones:

- a) La transmisión de acciones o participaciones por causa de muerte se produce a favor de los herederos o legatarios desde el momento del fallecimiento (condicionado a la aceptación de la herencia o legado).
- b) Eventuales derechos de adquisición preferente en transmisiones por causa de muerte se consideran mecanismos de rescate que operan *ex post*.
- c) La mera comunicación de ejercicio del derecho de rescate conlleva la perfección de la compraventa con efecto traslativo. La determinación del precio y su pago constituyen obligaciones posteriores a la transmisión.
- d) Lo anterior no impide reconocer a terceros interesados (p. ej. socios titulares de derechos de rescate) acciones (ex. art. 1121 CC) frente a los salientes (p. ej. herederos) para que lleven a cabo las actuaciones necesarias para la conservación del valor de las acciones o participaciones.
- e) En definitiva, es fundamental articular estatutariamente las cuestiones anteriores de forma precisa; bien sea para limitar o restringir eficazmente la entrada de nuevos socios no deseados (p. ej. configuración vitalicia de las participaciones, amortización automática por causa de muerte o compraventa diferida al momento del fallecimiento) o bien para clarificar el régimen de legitimación derivado de las concretas acciones o participaciones durante el periodo interino.

Análisis

La acción individual promovida por acreedores sociales (STS 1.ª de 5 de noviembre de 2019)

Fernando Marín de la Bárcena

Miembro del Consejo Académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

La Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 5 de noviembre de 2019 trata sobre una acción individual de responsabilidad de administradores promovida por el acreedor de una sociedad que posteriormente fue declarada en concurso.

La demanda que dio lugar al proceso solicitaba la condena a la sociedad y su administrador a pagar solidariamente dos deudas: a) una cantidad derivada de la «prestación de servicios y transportes a la demandada» pendientes de pago y b) cierta suma en concepto de «daños y perjuicios por la custodia de bienes abandonados por la demandada en las instalaciones de la actora». La acción de responsabilidad del administrador se basaba con carácter principal en el incumplimiento de los deberes de promoción de la disolución (art. 367 LSC) y, subsidiariamente, se promovía la acción individual de responsabilidad (mal llamada «responsabilidad individual») para reclamar idéntica suma, pero en concepto de «daño directo» (art. 241 LSC).

La sociedad demandada había cesado en su actividad poco tiempo después de la prestación de los servicios de los que dimanaban las facturas (mayo de 2011) y de la causación de los daños y, demás, había sido declarada en concurso en diciembre de 2013. La declaración de concurso provocó precisamente que la demandante desistiera de la acción por no promoción de la disolución y se continuara sólo por la acción individual, que es la que llega al Tribunal Supremo.

La Audiencia Provincial de Barcelona consideró que no concurrían los presupuestos para el ejercicio de esta acción porque, tanto el hecho de haberse retrasado el administrador en la

solicitud del concurso, como el haber realizado una hipotética liquidación inadecuada de los activos sociales, que era el fundamento de la acción individual que invocaba la demanda, debía juzgarse en la sección de calificación del concurso. El Tribunal Supremo confirma la resolución por los argumentos que analizamos seguidamente.

2. El fundamento de la acción individual cuando la promueven los acreedores

El Tribunal Supremo recuerda, en primer lugar, los presupuestos sobre los que se asienta la doctrina jurisprudencial sobre acción individual promovida por acreedores:

No puede identificarse la actuación antijurídica de la sociedad que no abona sus deudas y cuyos acreedores se ven impedidos para cobrarlas porque la sociedad deudora es insolvente, con la infracción por su administrador de la ley o los estatutos, o de los deberes inherentes a su cargo. Esta concepción de la responsabilidad de los administradores sociales convertiría tal responsabilidad en objetiva y se produciría una confusión entre la actuación en el tráfico jurídico de la sociedad y la actuación de su administrador.

Efectivamente, los acreedores no pueden basar las demandas de responsabilidad de los administradores de la sociedad deudora en la idea de que el administrador «no hizo lo suficiente para procurar el pago de la deuda» o no «veló» porque la sociedad pagara, ni argumentos de esta naturaleza. Esa es una doctrina plenamente compartible, aunque al exponerla el Tribunal realiza algunas afirmaciones que deben ser matizadas.

En primer lugar, no es que la responsabilidad «se convierta» en «objetiva». Con esa afirmación, la Sentencia nos devuelve al tiempo en que se decía que la responsabilidad por deudas del artículo 367 LSC era «objetiva» y la responsabilidad del artículo 241 LSC no lo era, al ser responsabilidad por daños.

La denominación de «responsabilidad objetiva» se utilizó en su momento para referirse a la responsabilidad por riesgo y para diferenciarla de la responsabilidad por culpa, pero ya entonces se dijo que la creación de un riesgo también tenía que ser atribuido subjetivamente y que esa denominación de «responsabilidad objetiva» resultaba equívoca. Lo cierto es que la responsabilidad de los administradores (y toda responsabilidad) es siempre «subjetiva» porque, se trate del incumplimiento de un deber legal (como el de promover la disolución) o del incumplimiento de otros deberes inherentes al desempeño del cargo, la atribución a título de culpa de esos incumplimientos es necesaria como se deduce claramente del artículo 236 LSC. Por ejemplo, un administrador podría perfectamente basar su defensa ante una demanda de responsabilidad por deudas en que, a pesar de emplear la diligencia promotora debida para situarse en situación de cumplir con el deber legal de disolver la sociedad, no pudo hacerlo por hechos externos (p. ej. imposibilidad de acceder a la contabilidad): es decir, en su falta de culpa en un sentido subjetivo.

En segundo lugar, el argumento de la «confusión» entre la actuación en el tráfico de la sociedad y la del administrador también podría explicarse de otro modo. La idea de la «confusión de

esferas» se utiliza normalmente para extender al administrador la obligación de pagar deudas de la sociedad sobre la base de un principio de protección de la confianza en la apariencia representativa (el tercero confía en que contrata con otra persona), pero esto no es lo que ocurre en estos casos.

Es en el siguiente párrafo cuando el Tribunal explica correctamente el fundamento de su razonamiento:

Para que pueda prosperar la acción individual es necesario identificar una conducta propia del administrador, distinta de no haber pagado el crédito, que pueda calificarse de ilícito orgánico y a la cual pueda atribuirse la causa de no haber sido satisfecho el crédito.

Es acertado. Para declarar la responsabilidad de los administradores no es suficiente apelar a la mera infracción de un deber contractual que sólo vincula a la sociedad y al acreedor demandante (art. 1257 CC), sino que es preciso alegar un fundamento autónomo de responsabilidad (un ilícito orgánico de los contemplados en el art. 236 LSC). De otro modo, eso sí, se estarían trasladando sobre los administradores los riesgos derivados de los contratos suscritos por la sociedad y se produciría la «confusión» a la que alude la Sentencia.

No obstante, todavía se podría matizar más y afirmar que es necesario distinguir el tipo de daño que reclama el demandante.

Si lo que se reclama es un daño derivado de la realización de un riesgo contractual típico (p. ej. el impago de las facturas por los servicios prestados o, para la otra parte, daños derivados de la defectuosa prestación del servicio), la acción individual se debe rechazar como regla porque de ese riesgo responde exclusivamente la sociedad que contrató con el acreedor demandante. Sólo cuando el comportamiento antijurídico del administrador genere un nuevo riesgo no previsto por las partes en el momento de contratar o produzca un incremento del riesgo de impago o incumplimiento se podrá fundamentar una acción individual por la causación de un daño de este tipo (p. ej. a quien dolosamente impaga una factura en un momento en que la sociedad es solvente le es atribuible el incremento del riesgo de impago derivado de la posterior insolvencia de la sociedad deudora, aunque ésta se deba a razones externas).

Es posible como hemos dicho que al administrador le sea imputable la generación de un riesgo distinto al contractual típico y que, si se realiza en un daño directo, puede generar la responsabilidad personal del administrador o, simplemente, que el acreedor no resulte perjudicado como parte contractual, sino como propietario. Por ejemplo, en un contrato de arrendamiento, esto puede ocurrir cuando, además de no pagar las facturas del alquiler, se producen destrozos en la propiedad del arrendador al retirar elementos adheridos a la misma. Quizá se podría haber fundamentado así la solicitud de indemnización del daño directo derivado de los gastos de custodia derivados del abandono de materiales en sus instalaciones al que apelaba el demandante en este caso, pero la demanda carecía de un argumento de este tipo.

3. La acción individual y el cierre de hecho de sociedades

Efectivamente, de la lectura de las sentencias citadas se deduce que la fundamentación jurídica de la acción individual no se centró en la indebida injerencia del administrador en la fase de ejecución del contrato con la sociedad, sino en la desaparición «fáctica» de la sociedad: cesa en la actividad, no se disuelve ni se liquida y no se solicita el concurso.

Los acreedores que no pueden acogerse al artículo 367 LSC —porque sus créditos son anteriores a la concurrencia de la causa de disolución—, o que tratan de evitar la paralización de las acciones interpuestas por declaración del concurso de acreedores de la sociedad demandada (art. 58 Ley Concursal), suelen recurrir a la acción individual por cierre de hecho como petición subsidiaria.

Se trata de una estrategia que puede funcionar si el demandante prueba el conjunto de circunstancias que la jurisprudencia reconoce como relevantes para imputar al administrador como daño directo la imposibilidad de cobrar un crédito. Entre esas circunstancias resulta fundamental alegar que la sociedad deudora tenía activos que, de haberse liquidado ordenadamente, habrían permitido el cobro del demandante, de modo que se pueda inferir que la falta de liquidación ordenada de esos activos perjudicó su derecho de crédito en su faceta de derecho a ejecutar el patrimonio del deudor para obtener el pago de la prestación debida (o la indemnización derivada del incumplimiento). Sin embargo, esto no se hizo en el caso y el Tribunal lo explica en este párrafo:

En este caso el ilícito orgánico denunciado ha sido realizar un cierre de hecho sin practicar operaciones de liquidación. En un supuesto como este la dificultad radica en apreciar una relación de causalidad entre esta conducta y el impago de la deuda, pues se precisa la constatación de la existencia de concretos activos cuya realización hubiera permitido abonar total o parcialmente la deuda. Algo que realizado hubiera servido para pagar el crédito.

Y a continuación explica lo que ocurre cuando, aunque se haya acreditado la existencia de activos cuya ordenada liquidación hubiera permitido cobrar, la sociedad deudora es declarada en concurso de acreedores:

Cuando un cierre de hecho de una sociedad viene seguido de una declaración de concurso de acreedores de la sociedad, aunque sea dos años después, esa relación de causalidad se difumina tanto que dificulta su apreciación. Aun en el supuesto en que se demostrara que al tiempo de verificarse el cierre había algún activo concreto pendiente de ser liquidado, con el que se hubiera podido pagar el crédito del demandante, la posterior apertura del concurso pone de relieve la existencia de otros acreedores concurrentes, lo que dificulta concluir que con aquella correcta liquidación se hubiera pagado necesariamente el crédito del demandante. (...) Y, en su caso, los posibles fraudes derivados de la distracción de bienes o del retraso en la solicitud del concurso, como afirma la sentencia, tienen un cauce natural para su apreciación y sanción, que es la calificación concursal.

En definitiva, si la demanda sobre acción individual se basa en el incumplimiento de aquellos deberes que sirven de fundamento a la calificación y la responsabilidad concursal, la tramitación de esa demanda debe suspenderse o su incoación rechazarse si la sociedad ha sido declarada en concurso de acreedores. Esto es así por la misma razón por la que se suspenden y no pueden iniciarse acciones contra los administradores por incumplimiento de deberes de promoción de la disolución (art. 51 bis Ley Concursal).

Por otro lado, no hay que olvidar que estamos ante un supuesto de extensión extraordinaria del ámbito de aplicación de la acción individual. Si se distraen activos de la liquidación, esto perjudica el patrimonio social y es perseguible mediante la acción social. Lo que ocurre es que, si la sociedad ha desaparecido, no hay contabilidad, no hay cuentas anuales y no hay procedimiento de liquidación, no tiene sentido remitir al acreedor a la acción social (240 LSC) y se abre la puerta a la individual. Pero si hay un concurso abierto entonces la acción individual debe decaer. La liquidación temporánea y ordenada del patrimonio de una sociedad de capital es un deber que protege a la colectividad de los acreedores sociales y cuya infracción en un contexto de proximidad a la insolvencia puede determinar la calificación culpable del concurso (art. 164 Ley Concursal). En esa sección, la desaparición de hecho, la falta de llevanza de la contabilidad y la infracción masiva de deberes de prevención, evitación y minoración de los efectos de la insolvencia determinará normalmente la obligación de pagar todo el déficit concursal (art. 172 bis Ley Concursal).

4. Conclusión

La doctrina que contiene esta Sentencia del Tribunal Supremo, con las matizaciones que hemos realizado en los apartados anteriores, nos parece correcta. No obstante, podría resultar útil advertir de que la distracción de activos titularidad de la sociedad incluso en fase de liquidación es un daño al patrimonio social que debe ser indemnizado mediante la acción social de responsabilidad.

Es conveniente tener en cuenta que la ampliación del ámbito de la acción individual a los supuestos de cierre de hecho de empresas se construyó sobre supuestos de hecho en los que no concurre sólo una distracción de activos, sino una acumulación de factores como la falta de depósito de las cuentas anuales, la desaparición de hecho, la falta de apertura de la liquidación o el concurso que justificaron una solución pragmática: no tiene sentido remitir al acreedor indirectamente perjudicado al ejercicio de la acción social si ha sido el propio administrador quien ha impedido el funcionamiento «normal» del sistema de acciones de responsabilidad de administradores.

Lógicamente, si el concurso se declaró, se deben volver a aplicar las reglas generales y dilucidar en el procedimiento concursal las consecuencias de todos aquellos comportamientos que, por implicar una infracción de deberes de prevención, evitación o minoración del riesgo de insolvencia, pudieran determinar la calificación culpable del concurso.

Sería distinto si la acción individual se hubiese basado en un comportamiento antijurídico observado cuando la sociedad era aún solvente y no era previsible su insolvencia o en la infracción

de otro tipo de deberes sobre los que no pueda fundamentarse la calificación culpable de un concurso (p. ej. causación de daños personales o a los derechos reales del acreedor, dolo, infracción de normas jurídicas, creación de nuevos riesgos no típicos del contrato, etc.).

Práctica societaria

Constitución y estatutos

De nuevo sobre la determinación estatutaria del lugar de celebración de la junta general

Se planteó la inscribibilidad de una cláusula estatutaria del siguiente tenor: «*las juntas generales se celebrarán en cualquier parte del territorio de la Comunidad Autónoma donde la sociedad tenga su domicilio*». La Dirección General de los Registros y del Notariado confirmó la calificación negativa del registrador mediante la Resolución de 30 de octubre de 2019 (BOE núm. 285, de 27 de noviembre), la cual se encuadra en una línea argumental constante del centro directivo que gira en torno a las siguientes ideas:

- 1) Los estatutos pueden permitir la celebración de la junta en un término municipal distinto al del domicilio social. Pero hay dos restricciones a este ámbito de libertad estatutaria: por un lado, el lugar de celebración previsto en los estatutos debe estar debidamente determinado; por otro, dicho lugar debe estar referido, bien a un espacio geográfico determinado por un término municipal, bien a un espacio menor, como una ciudad o un pueblo (RRDGRN de 19 de marzo de 2014 (BOE núm. 100, de 25 de abril), 30 de septiembre de 2014 (BOE núm. 260, de 27 de octubre) y 3 de octubre de 2016 (BOE núm. 252, de 18 de octubre).
- 2) Respecto de la primera limitación, es doctrina reiterada que el contenido de los estatutos sociales debe estar adecuadamente determinado (de manera que socios y terceros puedan actuar en un razonable ámbito de previsibilidad). En lo que respecta específicamente al lugar de celebración de la junta, ello se traduce en la necesidad de que la norma estatutaria posibilite a los socios un mínimo de predictibilidad que garantice la posibilidad de que asistan personalmente a la junta convocada, si tal es su deseo (RDGRN de 19 de diciembre de 2012, [BOE núm. 22, de 25 de enero de 2013]).
- 3) En cuanto a la segunda limitación, la circunstancia de que el régimen legal limite el ámbito de discrecionalidad del órgano de administración al término municipal donde esté situado el domicilio social, conduce —según la DGRN— a una doble conclusión: a) por una parte, que la correspondiente previsión de los estatutos (art. 175 LSC) no puede suponer la atribución a los administradores de libertad absoluta para convocar donde tengan por conveniente, pues

tal cosa implicaría consagrar la posibilidad de procurar alteraciones arbitrarias del lugar de celebración; b) por otra, que los estatutos pueden prever que la convocatoria se realice en el ámbito geográfico de un término municipal distinto a aquel donde está situado el domicilio social. A juicio de la Dirección General esta interpretación permite armonizar la autorización legal para que los estatutos determinen un lugar de celebración de la junta distinto al previsto legalmente con la necesidad de que los derechos de asistencia y voto de los socios no queden al absoluto arbitrio del órgano de administración.

- 4) Resulta admisible la designación estatutaria de un término municipal distinto al del domicilio social como alternativo —a elección, por tanto, de los administradores— (RDGRN de 3 de octubre de 2016, [BOE núm. 252, de 18 de octubre]). Y, según la Resolución ahora reseñada, habría sido inscribible una cláusula estatutaria que permitiera la celebración de la junta en cualquier término municipal, dentro del territorio de la comunidad autónoma, donde radique el domicilio social de cualquiera de las entidades socias de la compañía cuya junta se convoca.

Los refuerzos de las mayorías en el consejo de administración también deben «salvar» las mayorías legales indisponibles

El registrador mercantil considera no inscribible una cláusula estatutaria de una sociedad limitada según la cual «*los acuerdos del consejo de administración se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros asistentes a la reunión*» porque no deja a salvo la mayoría establecida en el artículo 249 de la LSC para el nombramiento de consejeros delegados (voto favorable de dos terceras partes de los componentes del consejo).

La DGRN, en su resolución de 31 de octubre de 2019 (BOE núm. 285, de 27 de noviembre), ratifica la calificación del registrador argumentando que la cláusula no inscrita, al no contener salvedad alguna, contradice directamente una norma legal imperativa que impone una mayoría cualificada para determinado acuerdo como el de nombramiento de consejeros delegados, por lo que no se trata de uno de los supuestos en que una regulación estatutaria incompleta puede ser integrada directamente por la norma imperativa no recogida en los estatutos sociales.

En consecuencia, manifiesta la Dirección General, «dado el carácter inderogable de la previsión del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital así como la exigencia de claridad y precisión de los asientos registrales (...) en función del alcance *erga omnes* de sus pronunciamientos, no puede accederse a la inscripción de la cláusula discutida que, al no exceptuar la hipótesis apuntada, generaría en conexión con la presunción de exactitud y validez del contenido del registro (cfr. artículo 20 del Código de Comercio), la duda sobre cuál sería la efectiva mayoría exigida para el nombramiento de consejero delegado».

Licitud de la cláusula estatutaria que, de facto, suponga la exigencia de unanimidad para la adopción de acuerdos sociales

Una sociedad limitada cuenta desde su constitución con dos socios que se distribuyen el capital social en las proporciones 55 %-45 %. Por su parte, los estatutos sociales prescriben, también desde el momento fundacional, que los acuerdos de la junta se adoptarán *«por mayoría de votos válidamente emitidos siempre que representen al menos dos terceras partes de los votos correspondientes a todas las participaciones sociales en que se divida el capital social»*.

En estas circunstancias, el socio mayoritario solicitó que se declarara la nulidad de la referida norma estatutaria porque, al requerir de hecho la unanimidad para la adopción de acuerdos sociales, infringiría —a su juicio— lo previsto en el artículo 200.1 de la LSC.

La Audiencia Provincial de Barcelona [15.ª] de 29 de noviembre de 2019 [ECLI: ES: APB: 2019:14025] considero infundada esta pretensión, indicando al respecto lo siguiente:

- 1) La facultad de modificar (elevándolas) las mayorías legales concedida en el artículo 200.1 LSC no permite establecer un régimen estatutario que implique la unanimidad en la toma de decisiones. Esta limitación se debe a la voluntad de impedir que se pueda hacer depender el funcionamiento institucional de la compañía de la voluntad de todos y cada uno de los socios: esta circunstancia contravendría un punto clave de la estructura y organización de las sociedades de capital.
- 2) Ciertamente, en el caso concreto (esto es, atendida la composición social de la compañía) la norma estatutaria controvertida da lugar a una situación en la que, *de facto*, resulta imprescindible la unanimidad para que se adopte en junta cualquier acuerdo (situación que es estructural y que se prolonga desde que la sociedad se constituyó). Por ello, en la práctica cada uno de los socios tiene un derecho de veto sobre todos los acuerdos.
- 3) Sin embargo la Audiencia Provincial de Barcelona consideró que la valoración de la regla estatutaria impugnada debe realizarse en abstracto, esto es, al margen de la situación fáctica en la que se encuentre la sociedad y de la forma en que se encuentre distribuido el capital en un momento determinado. Es decir, que la validez o invalidez de la cláusula no puede depender de la distribución del capital social, que es un factor que puede variar en el tiempo.
- 4) Y, partiendo de esta premisa, el análisis efectuado llevó a la Audiencia Provincial a concluir que la cláusula en cuestión no contempla la unanimidad, sino que se limita a reforzar las mayorías legales. La regla no contradice, por tanto, el principio mayoritario y, por consiguiente, respeta el texto legal.
- 5) Todo ello sin perjuicio de que, si concurre efectivamente una situación de bloqueo, se estará ante una causa de disolución (art. 363.1.d LSC).

Junta general

Acciones declarativas del resultado positivo de una votación (SJMER núm. 2 Pontevedra de 14 de junio de 2019)

Los hechos: Una sociedad modifica *de hecho* su objeto social, ya que de la producción y distribución de vinos con la denominación de origen «Rias Baixas» pasa a producirlos sin denominación o bajo otras denominaciones de origen distinta de la prevista en la escritura fundacional. Los minoritarios, que consideran que es un cambio sustancial, utilizan una estrategia conocida en la *praxis*: 1) Solicitan convocatoria de junta general para adoptar un acuerdo expreso de modificación del objeto social; 2) En caso de adopción del acuerdo ejercen el derecho de separación ex artículo 346.1 a) de la Ley de Sociedades de Capital.

El problema se plantea cuando la mayoría (que controla la administración y no desea la salida del minoritario) impide que se vote la propuesta de modificación estatutaria o admite la deliberación y votación de la propuesta formulada por el minoritario, pero rechaza adaptar los estatutos a la realidad votando en contra de la misma (adopta un acuerdo «negativo»). En el primer caso, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^ª) de 27 de julio de 2015 (N.º 198/2015, ECLI:ES: APB:2015:6979) reconoció el derecho del socio a separarse de la sociedad por entender que la mayoría había abusado de su derecho al impedir (por una cuestión meramente formal) que la junta general se pronunciara sobre ese punto y, por lo tanto, había impedido abusivamente que naciera el derecho de separación.

La impugnación de acuerdos «negativos»: En el caso resuelto por la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra de 14 de junio de 2019 (N.º 119/2019, ECLI:ES:JMPO:2019:540) —una resolución cuidadosamente fundamentada—, se rechazó la propuesta formulada por el socio minoritario y la sentencia reconoce la posibilidad de impugnarlo, pero rechaza la petición de separación porque sería necesario: 1) ejercer una acción declarativa del resultado positivo de la votación de aprobación de la propuesta (se supone que descontando los votos en contra emitidos de forma abusiva y proclamando judicialmente el acuerdo); y 2) solicitar mediante una acción acumulada la separación del socio minoritario (que paradójicamente habría votado a favor y no en contra como pide el art. 346. 1 a) LSC).

En nuestra opinión, si todos los socios estaban involucrados y han tenido ocasión de participar en el proceso judicial, resulta un argumento excesivamente formalista y es más correcta la solución de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Convocatoria de junta por burofax

La RDGRN de 2 de octubre de 2019 (BOE núm. 274, de 14 de noviembre) confirma una doctrina constante de esa Dirección General, en cuya virtud, si consta en los estatutos sociales una forma de convocatoria, no cabe sustituirla por otra, aunque pueda entenderse que sea similar en las garantías.

El registrador mercantil había rechazado el depósito de cuentas de una sociedad porque en la certificación de los acuerdos de la junta general de la misma, el administrador único manifiesta que la convocatoria de dicha junta se realizó «mediante burofax», cuando, según el artículo 15 de los estatutos sociales, «*la junta general será convocada por medio de carta certificada con aviso de recibo, dirigido a los socios en el domicilio designado al efecto, o en el que conste en el Libro Registro de Socios...*».

El centro directivo considera fundada la calificación negativa del registrador. Rechaza el argumento esgrimido por el recurrente de que el burofax es perfectamente equiparable a la carta certificada y ofrece las mismas garantías (certificar el efectivo recibo).

Es doctrina reiterada que, existiendo previsión estatutaria sobre la forma de llevar a cabo la convocatoria de junta, dicha forma habrá de ser estrictamente observada, sin que quepa la posibilidad de acudir válida y eficazmente a cualquier otro sistema, goce de mayor o menor publicidad, incluido el legal supletorio, de suerte que la forma que para la convocatoria hayan establecido los estatutos ha de prevalecer y resultará de necesaria observancia cualquiera que la haga, incluida, por tanto, la convocatoria judicial o registral. Los estatutos son la norma orgánica a la que debe sujetarse la vida corporativa de la sociedad. Son la carta magna o régimen constitucional de la sociedad (así, STS (Sala de lo Civil), de 30 de enero del 2001, núm. 45/2001 de 30 enero, RJ 2001\514).

Finalmente, esta resolución viene a reconocer implícitamente que podría admitirse que la convocatoria se hubiera realizado mediante burofax con certificación del acuse de recibo, por ser un sistema equivalente a la carta certificada con aviso de recibo. No obstante, en este concreto expediente, ocurre que la certificación de los acuerdos sociales expresa únicamente que la convocatoria se realizó mediante burofax, sin que nada se acredite ni se exprese sobre el acuse de recibo de dicha comunicación.

¿Es siempre nula la junta universal a la que no asisten todos los socios?

Es el supuesto analizado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28) en su sentencia de 12 de julio de 2019 (N.º 360/2019 ECLI:ES: APM:2019:6738) y por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) en sentencia de 17 de julio de 2019 (N.º 1406/2019, ECLI:ES:APB:2019:9374).

En ambos casos se celebran juntas universales incumpliendo los requisitos legales, pues no asistieron todos los socios. A pesar de ello, esta era una práctica consentida por todos los socios, que *de facto* aceptaban la manera informal de celebración de las juntas y aprobaban los acuerdos en ellas adoptados.

Las dos Audiencias concluyen que, aunque la regla general de la junta general universal celebrada sin la asistencia de todos los socios es la nulidad, por ser contraria al orden público (y por tanto la acción de impugnación no caduca), no es contraria al orden público la junta que se celebra

como universal con incumplimiento de los requisitos que la ley impone, cuando tal incumplimiento responde a la dinámica de funcionamiento informal de la sociedad, aceptada por todos los socios.

Son válidas las juntas celebradas con carácter universal con incumplimiento de los requisitos legales (asistencia de todos los socios) cuando consta acreditado que los socios, en base a su recíproca confianza, operaban al margen de cualquier formalidad legal, siendo esta una dinámica conocida, consentida y constante en el tiempo.

Administradores

Dos cuestiones en relación con la persona física representante del administrador persona jurídica

Se presentó a inscripción escritura pública otorgada por el consejero delegado de una sociedad limitada unipersonal en la que se designa a una persona física como representante de dicha sociedad para ejercer el cargo de administrador —consejero— en una sociedad anónima. A estos efectos se le concedió poder expreso para el ejercicio del referido cargo y se hizo constar expresamente que el nombrado representante no estaba incurso en ninguna de las causas de incompatibilidad de las previstas en la legislación vigente.

La registradora mercantil suspendió la inscripción solicitada por dos razones: a) porque, debido al carácter permanente de la designación de la persona física representante y de su régimen de responsabilidad, resultaba necesario —a su juicio— que dicha persona física aceptase la designación; y b) porque correspondería a la persona física designada representante efectuar la manifestación sobre la ausencia de incompatibilidades a que se refiere el artículo 213 de la Ley de Sociedades de Capital.

La RDGRN de 20 de septiembre de 2019 (BOE núm. 273, de 13 de noviembre) estimó el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora en lo referente a la manifestación sobre ausencia de incompatibilidades; y lo desestimó en cuanto a la necesidad de aceptación expresa por la persona física designada representante. La Resolución citada se basó en los argumentos que seguidamente se exponen de manera sintética:

- 1) La doctrina de la Dirección General en relación con los artículos 212 bis LSC y 143 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM) gira en torno a las siguientes ideas principales: a) la competencia para nombrar a la persona física que ha de ejercitar las funciones propias del cargo corresponde a la persona jurídica designada administradora, y no a la sociedad administrada; b) por exigencias prácticas y operativas ha de ser una sola la persona física designada, no siendo válida la designación de varias, ni aunque existan administradores solidarios o mancomunados en la compañía administradora; (c) esa persona física actuará en nombre de la persona jurídica

administradora y con carácter permanente para el ejercicio estable de las funciones inherentes al cargo de administrador; y (d) la identidad del representante designado debe inscribirse al mismo tiempo que el nombramiento de la persona jurídica administradora en la hoja de la sociedad administrada (teniendo en cuenta que si el designado pertenece al órgano de administración de la persona jurídica administradora, bastará con presentar certificación del correspondiente acuerdo; mientras que en otro caso la designación debe figurar en escritura pública de poder).

- 2) Debe distinguirse entre la aceptación del cargo de administradora por el representante de la sociedad nombrada administradora (momento desde el cual surtirá efecto el nombramiento —art. 214.3 LSC—) y la designación por ésta de la persona natural que haya de ejercer las funciones propias del cargo (que constituye requisito para la inscripción del nombramiento de la sociedad administradora —arts. 212 bis LSC y 143 RRM—).
- 3) Atendiendo a las reglas generales, en principio no sería necesaria la aceptación de la persona física designada representante cuando su designación se llevara a cabo mediante apoderamiento (la inscripción de los poderes no requiere, como regla, la aceptación previa por parte del apoderado, pues al ser el apoderamiento un negocio unilateral que no comporta obligación alguna para este último —sino únicamente facultades— no resulta precisa dicha aceptación expresa y es suficiente la aceptación tácita al ejercer tales facultades).

Ahora bien, la designación de la persona física representante del administrador persona jurídica presenta perfiles un tanto particulares: se trata, en efecto, de un acto que excede en sus efectos de un mero apoderamiento (aun tratándose también de un fenómeno de representación voluntaria). Hasta el punto de que llega a asimilarse, al menos en algunos aspectos (como los relativos a los requisitos legales establecidos para acceder al cargo de administrador o a los deberes y responsabilidades asumidos), a la relación orgánica de administración, dada la naturaleza de las funciones propias del cargo de administrador que la persona física designada debe ejercer (buena muestra de ello es que la referida designación de persona física representante no se inscribe en la hoja de la sociedad administradora, sino en la hoja de la compañía administrada). De ahí que deba entenderse (al hilo del conjunto normativo formado por los arts. 212 bis.2, 215 y 236.5 LSC) que es necesaria, para la inscripción, la aceptación de su designación por la persona natural nombrada para ejercer las funciones propias del cargo de administrador en representación de la compañía administradora. A este respecto deben considerarse, además, las dificultades que se presentarían para exigir responsabilidades al representante persona física de la sociedad administradora (art. 236.5 LSC) al que se hubiera atribuido registralmente esta condición sin que constase su aceptación del desempeño de las funciones propias del cargo.

- 4) El razonamiento anterior no puede extenderse, por el contrario, a la manifestación de ausencia de incompatibilidades referidas en el artículo 213 LSC. A falta de norma que expresamente imponga que tal manifestación haya de ser efectuada precisamente por la persona física

designada representante, ningún obstáculo existe a los efectos registrales para considerar suficiente la manifestación sobre tal extremo realizada por el poderdante. Y la realidad es que, ni la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, ni la Ley 3/2005, de 8 de abril, de incompatibilidades de altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía (aplicables al caso), contienen disposición alguna que exija que la declaración en cuestión la haga el propio designado.

No es inscribible el poder que se otorga a sí mismo el representante persona física de una sociedad que es administradora única de otra

El registrador mercantil rechaza la inscripción de una escritura de poderes que se otorga a sí misma una persona natural en su condición de representante persona física de la persona jurídica administradora —única— de una sociedad limitada, para actuar en nombre de dicha sociedad, por entender que al ser el apoderado también representante del administrador único, ya ostenta las facultades como tal, sin que proceda reiteración o limitación de las mismas y por considerar que el apoderamiento no puede ser objeto de revocación sin contar con la voluntad de dicho apoderado, lo cual haría ilusoria dicha revocación.

Se interpone recurso contra dicha calificación, distinguiéndose entre representación orgánica y voluntaria, alegándose que es compatible que una misma persona ostente la representación orgánica de una sociedad, cuando se trate de una persona física representante de una persona jurídica administradora, conforme al artículo 209 de la LSC, y a su vez la representación voluntaria, en virtud de apoderamiento realizado por la propia sociedad a favor de esa persona física, pero como un tercero ajeno a la sociedad (art. 281 del Código de Comercio), y sin que el apoderamiento impida, a su vez, la revocación del mismo, ya que la representación orgánica corresponde al administrador único, no a la persona física que le representa.

La DGRN, en su resolución de 10 de septiembre de 2019 (BOE núm. 267/2019, de 6 de noviembre) desestima el recurso y confirma la calificación impugnada. Admitiendo las diferencias existentes entre la representación orgánica y voluntaria, el centro directivo matiza que es necesario analizar las dificultades de armonización de la representación orgánica y voluntaria en cada caso concreto (respecto de la posibilidad de revocación o modificación del poder conferido, la exigencia de responsabilidad y la subsistencia del poder más allá de la propia duración del cargo) y es a la vista de estas dificultades como ha de resolverse su compatibilidad.

El centro directivo concluye que en este caso dichas representaciones no son compatibles, pues mientras concurren en una misma persona la condición de representante de la sociedad administradora y apoderado:

- 1) Carece de todo interés atribuir a la misma persona por vía de apoderamiento voluntario facultades que ya ostenta por razón de su cargo.

- 2) La revocación del poder deviene ilusoria pues la misma depende del propio apoderado, mientras sea también representante de la sociedad administradora única.
- 3) Existe el riesgo en la demora de la revocación del apoderamiento conferido en caso de producirse el cese del representante persona física.
- 4) Es difícil exigir la responsabilidad que al administrador como representante orgánico correspondería frente a la actuación del apoderado, aparte del más presunto que real fraude que supondría que quien ha de asumir dicha responsabilidad en su condición de administrador social pretenda derivarla a la más diluida de un apoderado acudiendo al expediente de invocar su actuación en un supuesto de riesgo como apoderado en lugar de hacerlo como administrador.

Responsabilidad de administradores y directivos por infracciones del Derecho de la Competencia

El Tribunal Supremo ha interpretado que, para que se aplique la multa prevista en el artículo 63.2 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), basta con que los directivos o representantes de las empresas infractoras hayan intervenido en la conducta anticompetitiva, sin que sea preciso que esta participación resulte relevante.

Dos sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 de octubre de 2019 (N.º 1287/2019, ECLI:ES:TS:2019:3044 y N.º 1288/2019, ECLI:ES:TS:2019:3043) han interpretado el artículo 62.2 de la LDC en cuanto a la intervención que se requiere de los directivos o representantes legales de una empresa sancionada para que se les pueda imponer la multa prevista en el precepto.

De acuerdo con este artículo, además de las sanciones previstas para quienes infrinjan sus disposiciones (conforme a su número 1), cuando el infractor sea una persona jurídica «se podrá imponer una multa de hasta 60 000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran sus órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión. Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto».

Las sentencias de la Audiencia Nacional recurridas en casación habían estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dos recurrentes que habían sido sancionadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en aplicación de este precepto por haber ejercido cargos (de directora técnica y secretaria general en un caso y de directora técnica en el otro) en una organización que fue condenada por una conducta constitutiva de cártel. Las sentencias entendieron que procedía anular las sanciones de las recurrentes porque concurría una falta de tipicidad en su conducta. Así, a juicio de la Audiencia Nacional, la conducta sancionada por el artículo 63.2 de la LDC se limita a una intervención en los hechos que pueda considerarse determinante o particularmente activa o relevante [∞]similar a la de la figura propia del Derecho penal del

cooperador necesario, cuya intervención es indispensable, hasta el punto de que, sin su concurso, no sería posible la comisión del delito, y tal intervención decisiva o relevante, no se apreciaba en los casos de autos.

El Tribunal Supremo corrige, sin embargo, esta interpretación y afirma que «esta exigencia de una intervención determinante o esencial en los hechos no tiene soporte en el texto del artículo 63.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, que requiere simplemente la “intervención” del representante legal o del órgano directivo en el acuerdo o decisión».

Las sentencias señalan, en este sentido, que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no excluye la exigencia de responsabilidad en atención al menor protagonismo o liderazgo de las empresas involucradas en la adopción de los acuerdos anticompetitivos, sino que traslada la ponderación de la importancia de su intervención al momento de la determinación de las sanciones.

Partiendo de estas consideraciones, el Tribunal Supremo afirma que el requisito de tipicidad del mencionado artículo 63.2 se concreta en la intervención en el acuerdo o decisión anticompetitivos de los sujetos precisados por el precepto, esto es, de los representantes legales o de los directivos de la empresa infractora y no exige que esta intervención sea determinante o relevante. La mayor o menor relevancia de esa intervención únicamente se reflejará, en su caso, en las consecuencias sancionadoras que se asignen a la conducta infractora, las cuales se decidirán en el momento de la cuantificación de la multa prevista en dicho precepto legal. Las sentencias recuerdan, por otro lado, que resulta también necesario apreciar la concurrencia de culpabilidad en los infractores, en tanto en cuanto requisito inexcusable para la imposición de toda sanción administrativa.

Según lo expuesto, el Tribunal Supremo resuelve la cuestión que revestía interés casacional diciendo que «la aplicación del artículo 63.2 de la Ley de Defensa de la Competencia no se limita necesariamente a la intervención de los representantes legales o de las personas que integran órganos directivos de las personas jurídicas, que sea determinante del acuerdo o decisión anticompetitivo[s] o particularmente relevante, y no excluye otros tipos de intervención de menor entidad de los indicados sujetos activos del tipo infractor, incluidos los modos pasivos de participación, como la asistencia a las reuniones en las que se concluyeron los acuerdos o decisiones infractores sin oponerse expresamente a ellos».

Las sentencias proceden, a continuación, a resolver los recursos contencioso-administrativos interpuestos por las recurrentes y anulan, al igual que las sentencias de instancia, las multas impuestas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, pero lo hacen por motivos distintos, en concreto:

- En un caso (rec. núm. 5244/2018), por entender que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no había acreditado que la recurrente pudiera reputarse «órgano directivo» de la organización sancionada, partiendo de la doctrina jurisprudencial de que se ha de considerar como tal cualquiera de los que integran la persona jurídica «que pudiera adoptar decisiones que marquen, condicionen o dirijan, en definitiva, su actuación», con un indudable componente fáctico en su apreciación.

- En el otro caso (rec. núm. 5280/2018), por entender que, en el periodo en el que la recurrente había actuado como órgano directivo, no resulta acreditada su intervención en los acuerdos o decisiones anticompetitivos.

Cuentas anuales

Defectos en las cuentas anuales y acción individual de responsabilidad (STS 1.ª de 4 de noviembre de 2019)

La teoría: La acción individual de responsabilidad de los administradores se puede basar en el incumplimiento de deberes legales sobre elaboración de las cuentas anuales cuando el demandante acredite que realizó una prestación a favor de la sociedad en la confianza de que se encontraba en una determinada situación patrimonial y que no habría realizado en otro caso. Dado que las normas sobre correcta elaboración de las cuentas anuales no son leyes de protección —porque no tienen un ámbito subjetivo y objetivo de protección determinados (a diferencia de las que obligan a constituir los avales de la Ley de Ordenación de la Edificación)— no se puede atribuir a la infracción de la norma la obligación de indemnizar los daños causados por esa infracción (falla la imputación objetiva del resultado). Aquí surge la dificultad de estas demandas: los acreedores deberían probar que confiaron en la situación que publicaban las cuentas a la hora de suministrar a la sociedad con pago aplazado y es sabido que normalmente las cuentas anuales no se consultan a la hora de tomar dichas decisiones (*id quod plerumque accidit*). No hay apoyo por tanto en las presunciones.

La práctica judicial: En la práctica lo anterior no rige. La jurisprudencia española trata las normas sobre correcta formulación de las cuentas anuales como si fueran normas de protección de quienes, confiados en la situación patrimonial o financiera que reflejan, toman decisiones de negocio basadas en dichas cuentas. En el caso de la STS (Sala de lo Civil), de 22 de diciembre del 2014 (N.º 737/2014, ECLI:ES:TS:2014:5721) (*leading case*) se reprochó a los administradores el haber impedido siquiera la posibilidad de tomar una decisión basada en las cuentas anuales cuando era perfectamente previsible para ellos que, si hubieran publicado la situación patrimonial real, el resultado habría sido muy relevante para adoptar decisiones de suministro y se condenó por ello a indemnizar el daño causado a los acreedores. En la Sentencia de 4 de noviembre de 2019 (STS [Sala de lo Civil] de 4 de noviembre del 2019, N.º 571/2019, ECLI:ES:TS:2019:3435) se da por sentado el razonamiento de la Audiencia de Córdoba que justifica la responsabilidad de los administradores en: «una conducta de incumplimiento del deber legal de formular unas cuentas que representaran una imagen fiel de la sociedad que sirve de guía a sus clientes, también la demandante, para seguir contratando con ellos y en la confianza de que estaba en situación equilibrada sin dudas de futuro, que afectaran a la posibilidad de que el crédito generado con motivo de esa actividad resultara impagado, como de hecho lo ha sido».

El caso: En el caso se estimó el recurso de casación porque se consideró que la contabilización en el activo de determinados créditos contra otras sociedades del grupo sin hacer las dotaciones o provisiones correspondientes por las circunstancias concurrentes, no podía calificarse como irregularidad contable relevante para la comprensión de la situación patrimonial (con el inestimable apoyo de una sentencia de calificación fortuita del concurso recaída durante la tramitación del recurso y no recurrida por el demandante de la acción individual).

Aumento y reducción de capital

Es posible aplazar la devolución de aportaciones (RDGRN de 9 de septiembre de 2019)

Se deniega la inscripción de un acuerdo unánime de reducción de capital que contempla la devolución parcialmente aplazada de las aportaciones por estimar el registrador mercantil que infringía el artículo 201 RRM, que exige hacer constar en la escritura *«La suma dineraria o la descripción de los bienes que hayan de entregarse a los socios, así como la declaración de los otorgantes de que han sido realizados los reembolsos correspondientes»*. El Notario sostiene que, si bien tal aplazamiento no sería posible sin el consentimiento individual del afectado, en este caso es lícito porque: (1) los acreedores están protegidos con la responsabilidad del artículo 331 LSC (que se activa precisamente con el nacimiento del derecho de crédito al pago de la parte aplazada) y (2) los socios lo han consentido por unanimidad, sin afectar a los acreedores que son terceros respecto a ese acuerdo socio-sociedad (art. 1257 CC).

La Dirección General en su Resolución de 9 de septiembre de 2019 (BOE núm. 265, de 4 de noviembre) estima el recurso. Debe considerarse suficiente la declaración del otorgante de la escritura sobre el hecho de la restitución del valor de las aportaciones y el aplazamiento de parte de las mismas, extremo que deberá reflejarse en la inscripción conforme al artículo 202.3.º RRM. No se aplaza la ejecución del acuerdo de reducción de capital. En realidad, la parte aplazada se ha devuelto desde que se reconoce el crédito socio – sociedad, de modo que la responsabilidad del artículo 331 LSC surge desde ese momento (por su parte, tal responsabilidad no alcanza a este crédito ni éste será preferente frente a los acreedores sociales a que se refiere este precepto).

Separación y exclusión de socios

Separación del socio que vota en contra de la modificación de estatutos consistente en la supresión del derecho de separación por falta de reparto de dividendos

La junta general de una sociedad anónima aprueba por mayoría (que no por unanimidad) una modificación de estatutos consistente en suprimir como causa de separación de los accionistas la falta de distribución de dividendos fijados en el artículo 348 bis LSC. Dado que el acuerdo no fue

adoptado por unanimidad, en la misma junta se reconoce (también mediante acuerdo aprobado por mayoría), aunque no estaba incluido como punto del orden del día, el derecho de separación del accionista que en dicha junta votó en contra de la citada modificación estatutaria, conforme al artículo 348 bis.2 LSC, que podría ejercitar en el plazo de un mes a contar desde la recepción de la comunicación sobre tal derecho. En la correspondiente escritura de elevación a público de acuerdos sociales se hizo constar que el mismo día de celebración de la junta se notificó al accionista que no votó a favor de la modificación estatutaria el derecho de separación que le asistía.

El registrador mercantil suspende la inscripción de la citada escritura pública por considerar que el derecho de separación previsto en el artículo 348 bis.2 no opera de manera automática, sino que es necesario que 1) se incluya expresamente como punto separado del orden del día de la junta que va a decidir sobre la modificación estatutaria consistente en la supresión del derecho de separación por falta de distribución de dividendos, el reconocimiento del derecho de separación del socio que vote en contra de dicha modificación estatutaria, y 2) la propia junta determine el régimen concreto de ejercicio de este derecho de separación (plazo, forma, etc.). El registrador considera que en el presente caso este acuerdo —aunque se adoptó mediante votación— no fue válido pues no estaba incluido en el orden del día de la convocatoria de la junta y en cualquier caso la junta no reguló las condiciones del ejercicio de este derecho.

La Dirección General, mediante Resolución de 24 de octubre de 2019 (BOE núm. 281, de 22 de noviembre) revoca la calificación registral, revisando, como punto de partida, los antecedentes legislativos del artículo 348 bis LSC, para concluir que la voluntad del legislador es equiparar (asimilar) la causa de separación por supresión del derecho de separación por no reparto de dividendos al resto de las causas legales de separación previstas en el artículo 346 LSC y, por tanto, a su régimen jurídico.

Concluye el centro directivo que la causa de separación del artículo 348 bis 2 LSC es una **causa legal de separación** (no es una causa de separación estatutaria de las reguladas en el artículo 347 LSC) y por ello:

- a) Para el ejercicio del derecho de separación del socio que vote en contra de la modificación de estatutos consistente en la supresión del ejercicio de separación por falta de reparto de dividendos, solo es necesario incluir como punto del orden del día la propuesta de modificación estatutaria, sin que sea necesario introducir como punto del orden del día de la junta el derecho de separación del socio disidente, ya que está regulado legalmente y es requisito esencial para la válida aprobación de las modificaciones tanto del artículo 346 como del 348 bis 2 cuando no se alcanza la unanimidad.
- b) No es necesario que la junta regule la forma y plazo del ejercicio de este derecho de separación, pues, al igual que para las causas legales de separación del artículo 346 LSC, es aplicable el procedimiento previsto en el artículo 348 LSC, siendo suficiente (como ocurrió en el caso concreto) la notificación personal al socio disidente en el momento de la adopción del acuerdo concediendo el plazo de un mes para que ejercitara su derecho.

Nombramiento registral de experto independiente en caso de ejercicio del derecho de separación

Determinados socios minoritarios de una sociedad anónima ejercitan su derecho de separación por falta de reparto de beneficios, y solicitan al registrador mercantil que proceda al nombramiento de un experto independiente que valore sus participaciones sociales.

El registrador mercantil procede a dicho nombramiento, a pesar de la oposición de la sociedad, que argumenta que, como presupuesto previo para el nombramiento de experto independiente, es necesario que los tribunales de justicia determinen si los socios minoritarios pueden ejercitar el derecho de separación.

La DGRN confirma el nombramiento de experto independiente efectuado por el registrador mercantil. Impugnada por la sociedad la correspondiente resolución de la Dirección General, el Juzgado de lo Mercantil dicta sentencia anulando el nombramiento registral de experto. La DGRN interpone recurso de apelación que es estimado por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a), que mediante sentencia de 7 de octubre de 2019 (N.º 1745/2019, ECLI:ES:APB:2019:11485) confirma el nombramiento de experto independiente efectuado por el registrador.

Señala la Audiencia que la función del registrador mercantil en el expediente registral de nombramiento de experto independiente que valore las participaciones sociales en caso de ejercicio del derecho de separación por falta de distribución de dividendos, debe limitarse a analizar si se cumplen los requisitos formales para que proceda el nombramiento del experto independiente. El registrador no puede analizar la cuestión de fondo, esto es, si se ha ejercitado correctamente o no por parte de los socios el derecho de separación, que deberá resolverse mediante la correspondiente acción declarativa ante los tribunales.

De conformidad con lo anterior, la Audiencia concluye que la oposición de la sociedad no puede determinar que el registrador mercantil se abstenga de resolver el expediente: «Si a algo se aproxima la naturaleza de estos expedientes registrales es precisamente a los negocios de jurisdicción voluntaria en los que la oposición nunca determina la finalización del procedimiento». Ni la decisión del registrador ni tampoco la del experto cierran la eventualidad de un ulterior proceso judicial de carácter declarativo acerca de la existencia del derecho de separación.

Disolución y liquidación

¿De qué deudas responde el administrador que asumió el cargo después de verificada la causa de disolución sin que el anterior administrador la hubiera promovido?

Al amparo del artículo 367 LSC se ejercitó contra el administrador de una sociedad limitada la acción de responsabilidad por las deudas sociales (conjuntamente con la acción individual del art. 241 LSC, lo que no resulta relevante a los efectos de esta nota). Lo peculiar del caso radicaba en que la deuda cuyo pago se reclamaba, si bien posterior al acaecimiento de la causa de disolución, había nacido antes de la asunción del cargo por el administrador demandado. En concreto, la obligación referida se contrajo entre noviembre de 2013 y marzo de 2014, mientras que el demandado asumió la administración de la compañía el 5 de mayo de 2014 y cesó en dicha función en septiembre del mismo año (conviene apuntar, por lo demás, que la actora desistió de la reclamación iniciada frente a quien era administradora cuando se reveló la existencia de las pérdidas cualificadas que dieron lugar a la causa de disolución).

La demanda fue desestimada en primera instancia, pero estimada —en cuanto a la pretensión basada en el artículo. 367 LSC— por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por el administrador y confirmó el fallo del juzgado mediante Sentencia de 8 de noviembre de 2019 [ECLI: ES:TS: 2019:3526]. En síntesis, el razonamiento del Alto Tribunal se basó en las siguientes consideraciones:

- a) La causa de disolución referida en el artículo 363.1.e) LSC concurría desde el final del ejercicio 2012. Por lo tanto, a partir de entonces surgieron —para quien en aquel momento era administradora de la compañía— los deberes legales previstos en los artículos 365 y 366 LSC. Su incumplimiento determinó el nacimiento en cabeza de esta administradora de la responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales posteriores a la causa de disolución y anteriores a su cese (STS (Sala de lo Civil) de 2 de diciembre de 2013, N.º 731/2013, ECLI:ES:TS:2013:5823).
- b) La cuestión, por tanto, se centraba en determinar de qué obligaciones debe responder quien asumió el cargo de administrador después de verificada la causa de disolución (sin que la anterior administradora hubiera promovido la disolución), Y, particularmente, en precisar si debe responder de las deudas sociales nacidas con posterioridad a la aparición de la causa de disolución pero anteriores a su aceptación del correspondiente nombramiento. Todo ello teniendo en cuenta que el nuevo administrador asumió el cargo cuando la compañía seguía incurso en la causa de disolución, por lo que pesaba sobre él el deber legal de procurar la disolución.
- c) La Ley ha circunscrito el alcance de la responsabilidad de los administradores ex artículo 367 LSC a las deudas posteriores a la causa de disolución. Lo cual permite concluir que, en caso de cambio de administrador, nace para quien asume el cargo un nuevo plazo de dos meses para promover la disolución de la compañía. El incumplimiento de este deber lo convertirá en responsable solidario de las deudas sociales surgidas mientras él fue administrador, pero no de las anteriores a su nombramiento, ni de las posteriores a su cese.

Modificaciones estructurales

Escisión parcial «inversa»

Una sociedad de responsabilidad limitada acordó escindirse parcialmente mediante la transmisión a una sociedad íntegramente participada por la escindida de una unidad económica compuesta, precisamente, por la totalidad de las participaciones representativas del capital social de la filial. La operación incluía la reducción del capital de la compañía filial beneficiaria y la adjudicación a los socios de la matriz —respetando proporcionalmente la participación ostentada en ésta— de las mismas participaciones transmitidas. El resultado final de la operación consistía en una reorganización del grupo por el cual las dos sociedades (la escindida y la beneficiaria) pasaban a ser compañías «hermanas» participadas en proporciones equivalentes por los mismos socios.

El registrador mercantil denegó la inscripción de la escisión por las siguientes razones: (1) no se habría producido ninguna alteración en el patrimonio de la sociedad beneficiaria, pues la transmisión a ésta de las participaciones representativas de su propio capital social había de considerarse nula (art. 140 LSC) y, además, no definitiva (ya que fueron atribuidas en la misma operación a los socios de la sociedad escindida); (2) el objeto de toda escisión ha de ser un conjunto patrimonial que constituya una unidad económica de la sociedad escindida, consideración que no podría tener el conjunto de participaciones de otra sociedad; (3) la única modificación económica producida respecto de la sociedad supuestamente escindida es el reparto de determinados activos (las participaciones integrantes de la masa patrimonial transmitida) entre sus socios; y, por lo que respecta a la sociedad beneficiaria, el único efecto será la pérdida de su carácter unipersonal, al pasar a estar participada por los socios de su antiguo socio único (su patrimonio seguiría siendo exactamente el mismo que antes de la escisión). No se habrían generado, por tanto, los efectos propios de una operación de escisión.

La RDGRN de 19 de septiembre de 2019 (BOE núm. 269, de 8 de noviembre) revocó la calificación negativa del registrador con apoyo en los siguientes argumentos:

- a) No puede entenderse que la adquisición por la filial de las participaciones sociales representativas del 100 por 100 de su capital sea nula porque el artículo 140.1.a) LSC considera lícita la adquisición derivativa de las propias participaciones cuando éstas formen parte de un patrimonio adquirido a título universal, que es precisamente lo que sucede —según razona la Dirección General, quizás de modo circular— en las escisiones parciales. La licitud de la adquisición se justificaría, en suma, porque constituye un instrumento para alcanzar el fin perseguido con la modificación estructural acometida.
- b) Tampoco cabe negar que las participaciones objeto de traspaso mediante la escisión constituyan una unidad económica de la sociedad escindida. De hecho, el legislador lo admite en la figura de la denominada «escisión financiera» (art. 76.2.1.º.c Ley del Impuesto sobre Sociedades).

- c) Según resultaba del proyecto de escisión, la finalidad de la operación consistía en reestructurar el grupo familiar separando el negocio inmobiliario (que se desarrollaba por la sociedad beneficiaria) del negocio de prestación de servicios de ingeniería y otras actividades (que se llevaban a cabo por otras dos sociedades del mismo grupo). Así, el negocio inmobiliario desarrollado por la sociedad filial pasaría a estar participado directamente (y no de forma mediata) por los componentes del grupo familiar, lo que habría de permitir proceder al relevo generacional en dicho negocio con independencia de la organización de las demás actividades del grupo societario. Objetivos que deben considerarse perfectamente lícitos y amparables; por lo que debe admitirse que una operación de reestructuración societaria como la analizada en el presente caso se lleve a cabo como escisión parcial, con las fundamentales ventajas de simplificación y con los efectos que se derivan de la aplicación de la disciplina establecida en la Ley de Modificaciones Estructurales.

Suspensión cautelar de los acuerdos sociales por los que se aprueba una fusión transfronteriza tripartita por absorción

El pasado 10 de octubre, el magistrado titular del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid ha dictado un auto (Id. Cendoj: 28079470022019200001) por el que acuerda la suspensión cautelar de todos los acuerdos sociales aprobados en la junta general extraordinaria de accionistas de la filial española de un importante grupo italiano de comunicación audiovisual celebrada el 4 de septiembre del 2019 (art. 727.10.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil —LEC—), la anotación preventiva de la demanda de impugnación de acuerdos interpuesta por un socio minoritario de la filial española en el Registro Mercantil y su publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME)* (art. 727.5.ª LEC) y la anotación preventiva de la suspensión cautelar de los acuerdos sociales impugnados en el Registro Mercantil y su publicación en el mencionado boletín. De ese modo, se impide a la cotizada española practicar cualquier asiento o anotación en el Registro Mercantil y en el libro de socios (art. 727.6.ª LEC). Todo ello siempre y cuando el socio minoritario solicitante de las medidas cautelares (sociedad anónima de nacionalidad francesa) preste caución por importe de diecinueve millones de euros (art. 728.3 LEC).

Como consecuencia de este auto judicial, se ha paralizado la fusión tripartita transfronteriza consistente en la absorción de la filial española y de la matriz italiana por una sociedad constituida en Holanda, que devendría cabeza del grupo audiovisual.

La filial española, como se indica en el hecho relevante comunicado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) el 11 de octubre del 2019, «discrepa profundamente de dicha decisión provisional, por lo que procederá a impugnarla de forma inmediata, confiando en que la misma será revocada por la Audiencia Provincial de Madrid». La cotizada informa también (hecho relevante de 8 de octubre) de que el socio minoritario ha impugnado asimismo ante la jurisdicción italiana los acuerdos de fusión adoptados en la junta general extraordinaria de la sociedad italiana de fecha 4 de septiembre del 2019. La sociedad impugnante, de nacionalidad francesa, posee

directa o indirectamente el 28,8 % del capital de la anónima italiana y el 1 % de la cotizada española cuyos acuerdos impugna.

La envergadura de la operación merece comentario, máxime cuando, según comunicó la cotizada española por hecho relevante a la Comisión Nacional del Mercado de Valores el pasado 15 de octubre, el número de acciones con respecto a las cuales sus titulares han ejercido el derecho de separación asciende a un total de 39 025 777, lo que implica el 11,9186 % del capital social (327 435 216 acciones a 31 de diciembre del 2018). En la misma fecha (31 de diciembre del 2018) la matriz italiana era titular del 51,63 %, del capital social.

Del auto judicial resaltamos las siguientes consideraciones:

1) La concurrencia del *periculum in mora* (art. 728.1 LEC).

Uno de los argumentos que llevan al juez a la concesión de las medidas cautelares es el derecho a la tutela judicial efectiva a la vista del régimen aplicable a la fusión de acuerdo con el artículo 47.1 de la Ley 3/2009, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (LME): ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta ley. El magistrado cita al respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.^a, de 25 de enero del 2013: «lo que no cabría es la impugnación contra la propia operación de fusión ya inscrita en el Registro Mercantil porque el legislador ha limitado, por razones de política legislativa, las posibles causas para poder hacerlo». Además, de no suspenderse el proceso de fusión, culminado éste una vez que el Registro Mercantil de los Países Bajos hubiera recibido los certificados de España e Italia, el juzgado español no podría declarar ya la nulidad, «y existe incluso el riesgo de que ni siquiera pueda dictar sentencia», con lo que el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24.1 de la Constitución española «en su vertiente de acceso a la jurisdicción, se vería inevitablemente vulnerado». Una vez devenida eficaz la fusión transfronteriza, podrían concluirse nuevas operaciones corporativas que —entiende el magistrado— «podrían incluso afectar a la estructura de capital y al propio accionariado, que serían completamente irreversibles al incidir en derechos de terceros de buena fe».

Al respecto, la sociedad española demandada alegó que no concurre peligro por la mora procesal al entender que la fusión acordada sería reversible en el caso de que la sentencia de instancia estimara la impugnación de los acuerdos de fusión, «ya que bastaría con llevar a cabo una escisión para restablecer la situación anterior», argumento que al magistrado no le parece una solución que permita garantizar la reversibilidad de este tipo de situaciones.

Si bien, como se indica en el auto, el juzgador no puede entrar a valorar la conformidad con el derecho holandés de los estatutos sociales de la matriz holandesa que absorbe a las cotizadas española e italiana, sí aprecia peligros concretos de seguirse adelante con la fusión. Entre tales peligros se encuentran la merma de los derechos societarios del socio minoritario y el «control

omnímodo» de la sociedad holandesa por el vehículo societario de la familia italiana que controla el grupo de comunicación, al poder nombrar éste a los catorce miembros del consejo de administración de la sociedad holandesa y tener el control sobre esta sociedad, cuando su participación alcanzaría aproximadamente sólo el 35 % del capital social. Indiciariamente al menos le parece al magistrado que los estatutos (cuya validez, reitera, no entra a valorar por no ser competente) «han sido claramente diseñados para «blindar» por completo a este accionista cuando lo cierto es que tendrá aproximadamente un 35 % del capital social de la sociedad resultante de la fusión, que estaría lejos de reportarle este control tan inexpugnable que ahora parece pretenderse», en una concepción clásica de la distribución del poder en las grandes sociedades anónimas de acuerdo con el principio «una acción un voto», concepción que se aleja, por ejemplo, de la estructura de control de las sociedades anónimas cotizadas en los Estados Unidos, en las que, por inaplicación de este principio, con un capital menor se puede tener el control societario, sea, por ejemplo, por la existencia de acciones sin voto (que no es el caso que tratamos aquí), sea por el reconocimiento estatutario de las acciones de voto por lealtad (recogidas en los estatutos de la sociedad holandesa), concepción clásica que es la predominante en nuestro país a la vista de la realidad de nuestras cotizadas.

Si se consultan los estatutos de la sociedad holandesa (controlada por el grupo familiar italiano), de fecha 7 de junio del 2019, las acciones de voto múltiple por lealtad (*special voting shares*) se estructuran en tres clases: cada acción especial de la clase A confiere el derecho a emitir dos votos; las de la clase B, cuatro votos por acción, y las de la clase C, nueve votos por cada acción. La titularidad de estas acciones privilegiadas consta en un Registro especial (Loyalty Register) y su titular va adquiriendo más votos por lealtad conforme permanezca más tiempo como socio de la sociedad, al ir transformándose las acciones de la clase A en acciones de clase B o C por decisión del consejo de administración a requerimiento del interesado. A las acciones ordinarias que figuren inscritas en el registro especial hasta el trigésimo día desde que la fusión es eficaz (inscripción en el Registro) se les reconoce el derecho a convertirse en acciones especiales de la clase A, así como a aquellas cuya titularidad se ha mantenido de forma ininterrumpida durante un periodo de tres años desde que se inscribieron en el Registro especial. A las acciones especiales de la clase B pueden optar los titulares de acciones de la clase A que las hayan mantenido de forma ininterrumpida en las mismas condiciones durante un periodo de dos años y, a las de la clase C, los titulares de acciones de la clase B que las hayan conservado de igual manera durante un periodo de tres años.

- 2) En cuanto al *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho (art. 728.2 LSC), la sociedad instante de las medidas cautelares ejerció una acción de impugnación de acuerdos sociales (art. 204.1 LSC) con base en una doble fundamentación: dichos acuerdos son lesivos para el interés social al haber sido impuestos de manera abusiva por la mayoría controlada por la empresa familiar italiana, responden a su exclusivo interés, se habrían adoptado en detrimento injustificado del socio minoritario impugnante y no responderían a una necesidad empresarial razonable de la sociedad que los acuerda. Por otro lado, entiende el minoritario que estos acuerdos son contrarios

a la ley por vulnerar el artículo 25 LME, el artículo 97 LSC y el artículo 6.4 CC. Respecto a esta segunda fundamentación, el magistrado únicamente considera indiciariamente acreditada la infracción del artículo 97 LSC, puesto que los estatutos sociales de la sociedad holandesa «parecen consagrar, de facto, un régimen absolutamente privilegiado» para el accionista de control que, con un 35 % del capital, «tendrá un poder cuasi absoluto y sin posibilidad alguna de que pueda ser contestado o controlado por los demás accionistas».

En relación con la primera fundamentación, le queda claro al juzgador que se trata de unos acuerdos impuestos por la mayoría por cuanto la sociedad italiana cuenta con un 51,63 % del capital social de la española y el 53,98 % de los derechos de voto. Aprecia asimismo una lesión potencial del interés social: «bajo una prognosis razonable y teniendo en cuenta los antecedentes que existen en Italia, así como la composición del consejo de administración [de la sociedad holandesa absorbente], entiende este juzgador que existe una elevada probabilidad de que los derechos [del socio minoritario] vayan a ser vulnerados».

También aprecia la concurrencia de un beneficio particular para el accionista mayoritario italiano y un detrimento directo para el socio minoritario francés instante de las medidas cautelares, ya que, entre otras razones, dichos acuerdos «blindan» el consejo de administración de la sociedad holandesa, compuesto exclusivamente por representantes del grupo familiar italiano o afines a éste. Los nuevos estatutos facultan «potencialmente al consejo de administración a privar al socio minoritario de sus derechos como accionista por sus controversias y litigios particulares con el socio mayoritario» y el grupo familiar, y la obligación estatutaria de formular una opa total parece especialmente diseñada para el socio impugnante (grosso modo, cuando se alcanza una participación superior al 25 % o al 30 %). Indiciariamente el juez entiende que las acciones de lealtad están concebidas para blindar los intereses de la sociedad familiar que controla la sociedad holandesa y perjudicar los intereses del socio minoritario que ha impugnado los acuerdos de fusión. Con unas tesis que compartimos, el juez no considera que el reconocimiento del derecho de separación (art. 62 LME) al socio que votó en contra de la fusión transfronteriza intracomunitaria implique que éste deba soportar acuerdos que puedan ser abusivos o ilegales.

«En definitiva, indiciariamente, y de modo cautelar sin prejuzgar el fondo del asunto, y tras realizar una valoración conjunta de todos los elementos en presencia (v. gr., estructura de nombramiento y remoción de los vocales del consejo de administración, restricciones potenciales a los derechos derivados de los artículos 42.1 y 42.2 de los Estatutos Sociales, facultades discrecionales del consejo para privar de derechos y vender acciones, y las acciones de lealtad), todo parece apuntar a un cuadro global en el que estas modificaciones estructurales parecen estar dirigidas simultáneamente a blindar el poder [del socio de control en el grupo audiovisual] y, sobre todo, a debilitar y mermar los derechos [del socio minoritario impugnante], que quedará diluido en el plano de los derechos políticos y sin posibilidad alguna de ejercer unos elementales derechos como accionista. Por ello, de forma provisional e indiciaria, se aprecia abusividad potencial en estos acuerdos».

Respecto a la necesidad razonable de la fusión tripartita transfronteriza, el juez considera que la cotizada española no ha argumentado de forma convincente la «necesidad» y «razonabilidad» de la fusión y de los acuerdos inherentes a ella: «las economías de escala que se invocan son muy dudosas, cuando no inexistentes; que la internacionalización no es tal (se trata de un grupo hispano-italiano y lo seguirá siendo); que no se aprecia por qué se van a producir más y mejores contenidos por el mero hecho de la fusión; que no se vislumbra dónde está el carácter paneuropeo del Grupo y que los supuestos ahorros de 800 millones de euros son extremadamente cuestionables y cuestionados, no sólo por el citado informe pericial sino por diferentes entidades bancarias españolas y europeas, como consta en prueba documental aportada»; la cotizada y sus directivos «justifican el traslado del domicilio social a los Países Bajos por razones completamente ajenas, como son la posibilidad de emitir acciones de lealtad o un sistema de gobernanza más flexible». No se ha rebatido que el grupo italo-español «no tiene empleados ni activos en los Países Bajos, no tiene una base de clientes, no va a cotizar en la Bolsa de Amsterdam, ni se va a beneficiar de una mejor tributación de aquel país». Indiciariamente no cree por ello que el mero traslado del domicilio social vaya a tener impacto alguno.

Por todo lo expuesto, se acuerdan en el Auto de 10 de octubre del 2019 las medidas cautelares citadas, pese a que el minoritario adquirió el 1 % del capital social de la cotizada española, porcentaje que le otorga legitimación para impugnar los acuerdos sociales en virtud del artículo 206.1 LSC, una vez convocada la junta general extraordinaria en la que se aprobó la operación de fusión transfronteriza intracomunitaria.

Fiscalidad de sociedades

Préstamo participativo frente a aportación de fondos propios: contenido económico de la operación

La Audiencia Nacional, en su Sentencia de 15 de julio del 2019 (SAN [Sala de lo Contencioso-Administrativo], de 15 de julio de 2019, rec. N.º 252/2017, ECLI:ES:AN:2019:3200), analiza si, como entendió la Administración tributaria, los préstamos participativos otorgados por la matriz vendedora de una parte de su negocio a una filial —operación que se realizó como paso previo y a la espera de obtener las autorizaciones necesarias para efectuar finalmente dicha venta a un grupo holandés— han de recalificarse como aportación de fondos propios, con la consiguiente denegación de la deducción de intereses a efectos del impuesto sobre sociedades.

En este caso, la vendedora acordó transmitir una parte de su negocio a un grupo integrado por dos sociedades holandesas mediante la venta de su participación en seis entidades españolas. A esos efectos, en el contrato privado de compraventa se pactó que, en tanto no se obtuvieran las autorizaciones oportunas para llevar a cabo la operación definitiva, la vendedora transmitiría las filiales objeto de la operación a una sociedad en la que centralizaría todo el personal encargado de la gestión del negocio objeto de transmisión, entidad que no era un tercero independiente, sino una filial de la vendedora en la que participaba al 100 %.

Pues bien, a juicio de la Administración, la citada venta previa a la filial, sin el pago del precio, es lo que originó la deuda intragrupo de aquélla con su matriz, extremo que permitió rebajar artificialmente el valor de la filial y convertir en préstamos participativos —que van a ser transmitidos a las entidades holandesas en la misma proporción que el capital—, lo que en esencia era el verdadero valor del negocio objeto de transmisión que poseía la matriz.

En ese contexto se entendió que la operación entre la matriz y su filial adquirente, estructurada de mutuo acuerdo como una compraventa de acciones, originó una transmisión de titularidad sin contenido económico, ya que la matriz continuó siendo titular de las mismas participaciones a través de una sociedad interpuesta, la adquirente, íntegramente participada por la transmitente. De ello se derivó, precisamente, la recalificación de la operación que hizo la Administración, la cual consideró que se trataba de una aportación de fondos propios y no, por tanto, de un préstamo participativo.

Dicho criterio ha sido respaldado por la Audiencia Nacional que, tras recordar las características básicas de dichos préstamos, advierte que, en este caso, falta un elemento esencial de todo préstamo, que es la entrega de cantidad por parte del prestamista, y ello porque los fondos que constituyen el capital del préstamo existían previamente en las sociedades operativas que se traspasan. Por tanto, a juicio del tribunal, el origen del préstamo analizado es exclusivamente una reestructuración intragrupo en la que la venta no origina un desplazamiento de la propiedad de las participaciones de las sociedades operativas fuera del patrimonio de la vendedora, ya que le siguen perteneciendo de forma indirecta, y tampoco puede considerarse que la vendedora fuera, en puridad, titular de un activo realizable derivado de la venta de las participaciones, ya que es a la vez acreedora y deudora (como poseedora del 100 % del capital social de su filial) del crédito por aplazamiento del precio de venta de las participaciones.

De acuerdo con las consideraciones anteriores, y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley General Tributaria, la Audiencia Nacional avala el criterio administrativo a tenor del cual la operación se tradujo, realmente, en una aportación de fondos propios, descartando así la existencia de un préstamo participativo y, por tanto, la deducción de intereses a efectos del impuesto sobre sociedades.

Reparto de dividendos en proporción diferente a la participación de los socios en la entidad

La Dirección General de Tributos, en su consulta vinculante V2779-19, de 9 de octubre, analiza cómo deberían tributar en el impuesto sobre la renta de las personas físicas los socios de una entidad en el caso de que acordasen un reparto de dividendos en una proporción diferente a sus respectivas participaciones en el capital social.

En este caso se constituiría una sociedad en la que sus tres socios participarían, respectivamente, en un 51 %, 29 % y 20 %, planteando la posibilidad de acordar entre ellos un reparto de dividendos igual para todos.

A efectos de responder a la cuestión planteada, y tras recordar la calificación que los dividendos merecen como rendimientos del capital mobiliario a efectos del impuesto sobre la renta de las personas físicas, habiendo de integrarse en la base imponible del ahorro conforme a lo previsto en el artículo 49.1.a) de la Ley 35/2006, el centro directivo alude a lo dispuesto en el artículo 11.3 de dicho texto legal, en lo que se refiere a la individualización de tales rendimientos.

Pues bien, de acuerdo con lo establecido en ese precepto, aquél socio que pudiera percibir efectivamente dividendos inferiores a los que le hubieran correspondido atendiendo a su porcentaje de participación en el capital social, deberá imputarse los rendimientos que correspondan atendiendo a dicha participación, con independencia del acuerdo privado al que hayan llegado los socios para su reparto.

Lo anterior, continúa señalando la Dirección General, se entenderá sin perjuicio de los efectos que pudieran derivarse a efectos del impuesto sobre sucesiones y donaciones respecto de aquellos socios que perciban dividendos superiores a los correspondientes a su porcentaje en el capital social.

Para cualquier duda, por favor, póngase en contacto con alguno de los siguientes letrados:

Estibaliz Aranburu

Socia, Madrid
Tel.: (+34) 91 582 91 00
earanburu@ga-p.com

Fernando de las Cuevas

Socia, Madrid
Tel.: (+34) 91 582 91 00
fcuevas@ga-p.com

Íñigo Erlaiz

Socia, Madrid
Tel.: (+34) 91 582 91 00
ierlaiz@ga-p.com

Fernando Igartua

Socia, Madrid
Tel.: (+34) 91 582 91 00
figartua@ga-p.com

David González

Socia, Nueva York
Tel.: (+34) 91 582 91 00
dgonzalez@ga-p.com

Daniel Marín

Socia, Barcelona
Tel.: (+34) 93 415 74 00
dmarin@ga-p.com

Alfonso Areitio

Socia, Bilbao
Tel.: (+34) 94 415 70 15
aareitio@ga-p.com

Mónica Weimann

Socia, Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407
mweimann@ga-p.com

Francisco Fita

Socia, Valencia
Tel.: (+34) 96 351 38 35
ffita@ga-p.com

Para más información, consulte nuestra web www.ga-p.com, o diríjase al siguiente e-mail de contacto: info@ga-p.com.