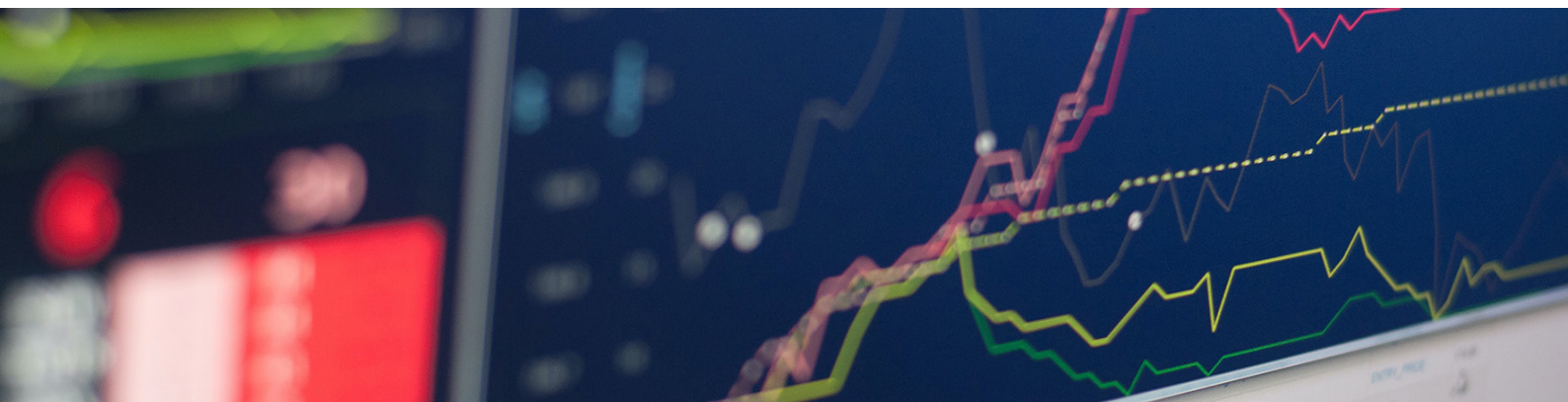




Sociedades

Área de Mercantil de Gómez-Acebo & Pombo

Contenido

Análisis..... 4

- De nuevo sobre la impugnación de los acuerdos sociales «negativos»: no aprobación del balance final de liquidación (SAP Madrid 492/2022, de 24 de junio). Alberto Díaz Moreno, Consejero académico de GA_P 4
- Reforma del régimen legal de disolución por pérdidas y responsabilidad de los administradores. Fernando Marín de la Bárcena, Consejero académico de GA_P 10

Práctica Societaria 17

• Registro Mercantil 17

- No existe obligación de suministrar de forma gratuita publicidad formal del Registro Mercantil, en tanto no esté operativa la plataforma de interconexión de registros mercantiles de la UE (RDGSJFP de 27 de julio de 2022)..... 17

• Constitución y estatutos 18

- En las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario, los estatutos deben respetar el orden establecido en el artículo 127.2 LSC (RDGSJFP de 20 de junio de 2022) 18
- Cláusula sobre convocatoria de la junta general: hay que dejar a salvo las formas especiales de convocatoria en los casos de fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo y traslado internacional de domicilio (RDGSJFP de 20 de junio de 2022) 18
- Pacto estatutario adoptado por unanimidad que permite satisfacer *in natura* la cuota de liquidación de los socios si así lo acuerda la junta por mayoría (RDGSJFP de 21 de junio de 2022) 19

- La eliminación de ciertas actividades del objeto social puede constituir una modificación sustancial y dar lugar al nacimiento del derecho de separación (RDGSJFP de 29 de junio de 2022)..... 20

- En caso de refundición de estatutos, es necesario votar por separado los artículos que se refieran a materias diferentes o con autonomía propia (RDGSJFP de 27 de julio de 2022)..... 21

- Los estatutos no pueden remitir a la junta general la fijación del sistema de retribución de administradores (RDGSJFP de 27 de julio de 2022)..... 21

- No es necesario describir en estatutos de una S.L. las reglas de convocatoria del consejo de administración (RDGSJFP de 2 de septiembre de 2022) 22

• Junta general 22

- Nombramiento de nuevos administradores en junta general desconvocada por los anteriores: la junta desconvocada no puede adoptar acuerdos (RDGSJFP de 10 de junio de 2022)..... 22

- El levantamiento de acta notarial de junta general de S.A. cuando existe anotación preventiva es requisito imprescindible para la eficacia de los acuerdos adoptados (RDGSJFP de 27 de julio de 2022)..... 23

- No cabe negar la asistencia a la junta del representante del socio invocando el artículo 183 LSC cuando con ello se contradice sorpresivamente la actuación previa de la compañía (STS 536/2022, de 5 de julio)..... 24

- **Administradores.....26**
 - Puede inscribirse el nombramiento de un consejero aunque haya discrepancia en el número de miembros que componen el consejo de administración (RDGSJFP de 28 de junio de 2022) 26
 - No es inscribible un poder otorgado por un administrador mancomunado a favor de un tercero (que no es administrador) para que ejercite la competencia orgánica propia de dicho cargo junto al otro administrador mancomunado (RDGSJFP de 5 de septiembre de 2022) 27
- **Aumento y reducción de capital.....27**
 - No puede inscribirse una escritura de ampliación de capital si no se acredita la autoliquidación de ITP y AJD. El socio, persona jurídica extranjera, suscriptora de un aumento de capital social por compensación de créditos, debe hacer constar un NIF español (RDGSJFP de 28 de junio de 2022) 27
 - Aumento de capital de S.L. con cargo a reservas: es preciso balance auditado, pero no es necesaria aprobación expresa de los socios y la auditoría puede ser posterior a la junta (RDGSJFP de 6 de julio de 2022)..... 28
- **Cuentas anuales.....29**
 - Si existe en el registro un expediente de designación de auditor a solicitud de la minoría resuelto favorablemente, no es posible la inscripción de un auditor voluntario designado por el órgano de administración (RDGSJFP de 14 de junio de 2022)..... 29
 - Depósito de cuentas y cierre del expediente de nombramiento de auditor a instancia de la minoría (RDGSJFP de 22 de junio de 2022)... 29
 - Se pueden depositar las cuentas anuales con un informe de auditoría con opinión «denegada», salvo que la causa de esa opinión denegada sea la imposibilidad absoluta de emitir el informe (RDGSJFP de 28 de julio de 2022) 29
- **Separación de socios30**
 - A propósito del abuso del derecho de separación societaria (STS de 25 de enero de 2022) 30
 - Es necesario votar por separado la modificación estatutaria sobre el régimen de transmisión de participaciones, pues existe derecho de separación (RDGSJFP de 27 de julio de 2022) .. 30
- **Fiscalidad de sociedades 31**
 - El Tribunal Supremo concluye que es posible aplicar la exención por trabajos en el extranjero a los administradores y consejeros (STS de 20 de junio de 2022) 31
 - El Tribunal Supremo concluye que las sociedades podrán deducirse las retribuciones abonadas a sus socios trabajadores (SSTS de 6 de julio y 11 de julio de 2022) 33

Análisis

De nuevo sobre la impugnación de los acuerdos sociales «negativos»: no aprobación del balance final de liquidación (SAP Madrid 492/2022, de 24 de junio)

ALBERTO DÍAZ MORENO

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Antecedentes

- a) El liquidador de una sociedad de responsabilidad limitada convocó junta general de la compañía (a celebrar en julio de 2019) para tratar (entre otros asuntos y bajo el segundo punto del orden del día) acerca de la «Aprobación del balance final, informe completo sobre operaciones de liquidación y proyecto de división entre los socios del activo resultante».
- b) Concurría en el caso la relevante circunstancia de que el capital social de la compañía se encontraba dividido por mitades entre el liquidador y su antiguo cónyuge. Esta situación que desembocó en un empate en la votación del referido punto del orden del día y, por tanto, en la no adopción por la junta del acuerdo propuesto. Es de observar, por lo demás, que el mismo resultado

negativo tuvo este asunto cuando se planteó de nuevo posteriormente (aunque con cifras ligeramente diferentes) en una junta de noviembre de 2019.

- c) El liquidador impugnó, precisamente en esta condición, lo que consideró un acuerdo negativo: el adoptado en la junta de julio de 2019 consistente en la no aprobación del balance final, del informe y del proyecto de división del activo. En su demanda solicitó que se declarase nulo el referido acuerdo y que, como consecuencia, el juez decidiera la aprobación de tales documentos. En sustancia, la pretensión se basaba en el alegado carácter abusivo del (no) acuerdo ya que —a juicio del actor— el voto en contra de la excónyuge habría respondido únicamente al propósito de dañar a su consocio impidiéndole percibir su cuota de liquidación (aun a costa de no percibirla ella misma la

que le correspondiera). La sociedad se opuso a esta demanda aduciendo la imposibilidad de impugnar el acuerdo cuestionado y argumentando, además, que no se respetó el derecho de información de la socia que votó en contra.

- d) El Juzgado de lo Mercantil dictó Sentencia con fecha 23 de marzo de 2021 (n.º de Juicio ordinario 1779/19). En ella se estimó íntegramente la demanda interpuesta por el liquidador y, consiguientemente, se declaró la nulidad del acuerdo impugnado y se aprobó el balance final, el informe completo sobre las operaciones de liquidación y el proyecto de división presentados en la junta de julio de 2019. Básicamente, en esta instancia vino a considerarse que la conducta de la socia disidente fue obstruccionista y había estado animada por la finalidad de bloquear injustificadamente la liquidación de la compañía, lo que habría de ser calificado como un ejercicio de su derecho contrario a las exigencias de la buena fe.
- e) El recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandada fue estimado por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28ª) en su Sentencia 492/2022, de 24 de junio (ECLI:ES:APM:2022:8479), lo que se tradujo en la revocación de la sentencia de primera instancia y en la desestimación de la demanda interpuesta por el liquidador.

2. Los principios generales enunciados por la SAP 492/2022 en relación con la impugnación de los «acuerdos negativos»

La Audiencia Provincial tuvo que enfrentarse con el difícil problema de la impugnabilidad

de los acuerdos negativos. Después de recordar algunos de los pronunciamientos doctrinales y judiciales sobre la cuestión (que ponen de manifiesto la complejidad del tema y la pluralidad de enfoques, matices y precisiones que admite), y antes de descender al concreto asunto litigioso, vino a formular —manteniéndose en un plano general— algunas observaciones cuya consideración resulta sin duda de interés (al margen de que se compartan o no y de la medida en que se haga).

Trataremos seguidamente de dar cuenta de estas ideas.

- a) Partiendo de un concepto amplio de acuerdo negativo (entendido como «aquel por el que se rechaza una propuesta sometida a votación en la junta general con independencia de la causa determinante de que no haya tenido el respaldo exigido legal o estatutariamente»), la Audiencia consideró posible su impugnación (o, en general, estimó posible alzarse contra él) «cuando no se ha aprobado la propuesta por el voto decisivo en contra de quien no debía o podía votar, cualquiera que sea la causa, o porque se ha impedido votar a favor de la propuesta a quien podía y quería hacerlo».

Este es quizás el supuesto que más consenso concita (*cfr.* art. 204.3d Ley de Sociedades de Capital [LSC]) porque, en el fondo, lo que sucede es que el acuerdo adolece de un vicio cuya ausencia hubiera implicado la adopción de un acuerdo favorable. En estos casos, lo que procede es realizar correctamente el cómputo de los votos (considerando ineficaces los votos indebidamente emitidos o la decisión ilegítima de impedir el ejercicio del derecho de voto) y, a la vista del resultado

de esta operación, proclamar el acuerdo que corresponda (en esta segunda hipótesis —privación ilegítima del derecho de voto— la proclamación del acuerdo en sede judicial implica asumir que el sentido del voto de los socios que no pudieron emitirlo hubiera sido favorable al acuerdo).

La propia Audiencia Provincial recuerda que ya siguió este criterio en las Sentencias 36/2007, de 8 de febrero (ECLI:ES:APM:2007:749) y 146/2016, de 22 de abril (ECLI:ES:APM:2016:5290). Con todo, ha de precisarse que, en este segundo caso, finalmente se desestimó la impugnación del acuerdo negativo (contrario a la exclusión de dos socios por competir con la compañía) a pesar de haber ejercido su derecho de voto los propios socios afectados (con infracción del artículo 190 LSC). Y ello porque, de haberse estimado la acción, habría debido proclamarse el correlativo acuerdo de sentido positivo (dado que no había otra alternativa y este sería el resultado del cómputo correcto de los votos), lo que no resultaba aceptable dado que dicho acuerdo (positivo) resultaría contrario a Derecho por traducirse en la exclusión de dos socios no administradores por competir con la sociedad.

- b) La Sentencia 492/2022 que comentamos tampoco ve obstáculos insalvables —siempre expresándose en términos generales— para considerar susceptibles de impugnación «aquellos acuerdos negativos que pueden identificarse con un acuerdo positivo, pero de contenido negativo». Como ejemplifica la referida resolución, tanto da rechazar una propuesta de cambio de domicilio social (acuerdo

negativo) como aprobar un acuerdo consistente en no modificar el domicilio social (acuerdo positivo de contenido negativo o de no hacer). Y, en la misma línea, debe tenerse en cuenta que los acuerdos negativos por los que se rechazan la disolución de la sociedad cuando concurre causa legal para ello o el ejercicio de la acción social de responsabilidad son equivalentes a los correspondientes acuerdos positivos en los que se decide que no procede la disolución o que no procede el ejercicio de la acción social.

En relación con esta última cuestión, el propio tribunal de apelación menciona la Sentencia del Tribunal Supremo 286/2015, de 2 de junio (ECLI:ES:TS:2015:2735) en la que se asumió que el rechazo por la junta del ejercicio de acciones de responsabilidad contra los administradores suponía la adopción de un verdadero acuerdo social: «no puede negarse que se trate de un acuerdo, pues se decide que la sociedad no ejercite la acción social de responsabilidad contra los administradores por haberse cobrado unas retribuciones que no les correspondían, al haber quedado sin efecto el acuerdo social que las acordó» (si bien, como veremos luego, el Tribunal Supremo consideró que no procedía la impugnación de este acuerdo porque «la Ley ya prevé cómo se puede recabar el auxilio judicial para contradecir lo acordado y hacer efectivo lo pretendido con el acuerdo»).

- c) Por el contrario, la Audiencia Provincial entendió que no cabe impugnar los acuerdos negativos «por los que se rechaza determinada propuesta cuando la propuesta no aprobada no

es la única alternativa posible que pudiera ser valorada y aprobada por los socios» (esto es, en los supuestos que se ha dado en denominar como «no binarios»). Y ello porque, en otro caso, el juez acabaría supliendo la voluntad social con grave quebranto de las competencias legales de la junta de socios. Se trata —afirma la sentencia reseñada— de acuerdos discrecionales en tanto que dependen de la libérrima voluntad de los socios y, por tanto, de una decisión estrictamente política que atiende exclusivamente al gusto o a la conveniencia de cada votante.

En relación con este supuesto la Audiencia de Madrid precisó que el núcleo de la cuestión no es, sólo, que no quepa imponer a los socios una decisión de entre varias posibles. Antes bien, la idea clave a tener en cuenta es que en estos casos el acuerdo no es impugnabile: y ello porque carecería de contenido una pretensión dirigida a dejarlo sin efecto cuando tal declaración no tendría consecuencia práctica alguna dado que, en los casos referidos, queda fuera del poder del juez suplir la voluntad de la junta.

- d) Sin embargo, la sección 28ª de la Audiencia de Madrid sí considera posible impugnar un acuerdo negativo «cuando la propuesta rechazada sea un imperativo legal o estatutario y no se prevea otro cauce específico para exigir su cumplimiento». En este sentido, cabe recordar que la Sentencia del Tribunal Supremo 282/2001, de 27 de marzo (ECLI:ES:TS:2001:2514), entendió impugnabile el acuerdo (que declaró nulo) por el que se rechazó el traslado del domicilio social con infracción del régimen legal (por cuanto

el domicilio estaba ubicado en lugar que no correspondía con lo requerido por el —entonces aplicable— artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas). Con la misma orientación, la Sentencia del Tribunal Supremo 766/2007, de 4 de julio (ECLI:ES:TS:2007:5383), argumentó —citando en su apoyo la Sentencia 196/2004, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2007:5383)— que «un acuerdo de una junta general que rechaza cesar a los administradores sociales a pesar de existir la solicitud de un socio y constar claramente la concurrencia de intereses contrapuestos» es impugnabile ante los tribunales por contradecir el artículo 132.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (equivalente al actual art. 224.2 LSC), por lo que resolvió consecuentemente que los consejeros afectados debían cesar en sus cargos.

- e) La condición mencionada de que no exista otro medio para alcanzar el resultado que se habría obtenido con el acuerdo rechazado parece tener un alcance general, de manera que determinaría la imposibilidad de impugnar dicho acuerdo. En este sentido, cabe recordar que la ya mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2015 consideró que constituía un genuino acuerdo social el consistente en rechazar la propuesta de ejercitar la acción social de responsabilidad si bien concluyó desestimando la impugnación planteada al considerar que existen vías alternativas para hacer efectivo lo pretendido con la propuesta; en concreto, la Ley prevé la posibilidad del ejercicio —subsidiario o incluso directo, según el caso— de la acción social por la minoría (art. 239 LSC). Algo similar sucedería —apunta

la Audiencia— si la junta general de una compañía rechazara disolver la sociedad, sin adoptar medidas alternativas, cuando concurra causa legal para ello (dado que la Ley faculta a cualquier interesado para instar la disolución judicial de la compañía: art. 366 LSC).

3. La solución del concreto asunto litigioso

Con apoyo en todo lo anterior la Sentencia 492/2022 entró a resolver sobre las específicas pretensiones deducidas por el impugnante. Sus argumentos se estructuran en torno a las ideas que se exponen a continuación de manera sintética.

- a) Uno de los puntos claves de la decisión de la Audiencia Provincial fue su consideración de que «la aprobación de una concreta y determinada propuesta de liquidación» no venía impuesta por la ley o por los estatutos, por lo que «su rechazo o falta de aprobación no es susceptible de impugnación».

El Tribunal enlazó así con las ideas explicadas en términos generales en la misma sentencia (recogidas *supra*, apartados c) y d) de la sección 2 anterior): no son impugnables los acuerdos negativos consistentes en el rechazo de una específica propuesta cuando ésta no es la única que pudiera ser considerada por los socios y cuando tampoco la ley o los estatutos obligan a adoptar una determinada decisión.

La Audiencia añadió, en este mismo orden de consideraciones, que si bien la Ley (art. 390 LSC) regula la posibilidad de impugnar el acuerdo aprobatorio del balance final, del informe sobre las

operaciones de liquidación y del proyecto de distribución entre los socios del activo remanente, no prevé expresamente la impugnabilidad de la decisión de la junta por la que se rechace aprobar la propuesta presentada por los liquidadores.

- b) También descartó la Audiencia Provincial que el acuerdo fuera lesivo para el interés social en cuanto abusivo (art. 204 LSC). En concreto, señaló que, en un caso como el controvertido, en el que se rechazó la propuesta sometida a la junta por votar a favor la mitad del capital y en contra la otra mitad, «no cabe sostener que el eventual acuerdo negativo se impone por una inexistente mayoría en interés propio y en contra de la minoría también inexistente».
- c) Más aún; la sentencia reseñada apuntó que, incluso admitiendo la impugnabilidad del acuerdo —lo que, como sabemos, la Audiencia no hizo por otras razones—, sólo cabría sostener su ilicitud si la socia que votó en contra de la propuesta del liquidador hubiera actuado con infracción de las reglas de la buena fe o con abuso de derecho (en cuyo caso podría no computarse su voto y cabría entender adoptado el acuerdo en los términos propuestos).

No obstante, la Audiencia Provincial indicó que ni siquiera de darse tales circunstancias habría prosperado en este caso la pretensión del demandante. En efecto, frente a lo expuesto en la sentencia de primera instancia, el tribunal de apelación consideró que en el proceso dirigido a decidir sobre la propuesta del liquidador se había infringido el derecho de información de la socia

disidente, quien no obtuvo de manera inmediata la documentación que iba a ser sometida a aprobación de la junta (arg. ex art. 272.2 LSC) ya que sólo dispuso de ella poco más de un día antes de la fecha prevista para la celebración de la reunión, lo que —ante el volumen de la documentación y de la relevancia de los asuntos a tratar— resultaba inadmisibles desde el punto de vista de la satisfacción del derecho de información. De tal forma, considerando violación de su derecho de información, no podía apreciarse que hubiera actuado con mala fe o de manera abusiva al votar en contra. Hasta tal punto —añade el tribunal de apelación— que si el

acuerdo se hubiera llegado a adoptar, habría debido ser declarado ineficaz. Este es un extremo de la sentencia reseñada (que sigue en este punto la línea de la antes mencionada Sentencia 146/2016, de 22 de abril) sobre el que no puede dejarse de llamar la atención: se viene a señalar que el juzgador debe revisar si el acuerdo cuya proclamación se pretende (en conexión con la impugnación del acuerdo negativo) presenta algún vicio que determinaría a su vez su impugnabilidad para decidir, en atención a tal análisis, si procede o no proclamarlo (lo que abre un cierto campo de incertidumbre en cuanto al alcance y ámbito de esta revisión judicial).

Análisis

Reforma del régimen legal de disolución por pérdidas y responsabilidad de los administradores

FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA

Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid

Consejero académico de GA_P

1. Introducción

La disposición final séptima de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR) ha introducido dos importantes modificaciones en la LSC con la finalidad de adaptarla a las exigencias de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, sobre marcos de reestructuración preventiva.

La primera se refiere a la suspensión del deber de convocar la junta general en el supuesto de concurrencia de causa legal o estatutaria de disolución en caso de que los administradores hubieran solicitado en debida forma la declaración de concurso o la apertura de negociaciones para llegar a un plan de reestructuración y mientras duren sus efectos (nuevo apdo. 3 del art. 365 LSC).

La segunda afecta a la responsabilidad por deudas de los administradores que queda suspendida durante idéntico periodo y, además, se matiza para el caso de los administradores que hubieran aceptado el cargo de una sociedad ya incurso en causa de disolución, en línea con cierta orientación de la jurisprudencia (reforma del art. 367 LSC).

En las líneas que siguen daremos cuenta de los aspectos de esta reforma que nos parecen de mayor interés y haremos algunas consideraciones sobre algunos problemas que puede plantear su aplicación en la práctica.

2. Reforma de los deberes de promoción de la disolución

2.1. Contenido

La reforma del artículo 365 LSC consiste en suspender el deber de convocar

la junta general cuando concurra (cualquier) causa legal o estatutaria de disolución durante la eficacia de una comunicación de apertura de negociaciones para alcanzar un plan de reestructuración (apdo. 3 del art. 365 LSC). La normativa concursal establece por su parte que, mientras estén en vigor los efectos de esta comunicación, queda en suspenso el deber legal de acordar la disolución por existir pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social o pérdidas «cualificadas» (arts. 613 y 690.8 TRLC).

El resultado final de la ordenación normativa es que los administradores de una sociedad de capital, cuando concurra una causa legal o estatutaria de disolución acompañada de una situación de probabilidad de insolvencia, insolvencia actual o inminente, tienen las siguientes opciones (se elegirán conforme a la diligencia debida del artículo 225 LSC, esto es, subordinando su interés particular al interés de la empresa):

- a) Si consideran posible alcanzar un plan de reestructuración del activo, del pasivo o de ambos pueden presentar una comunicación de la existencia de negociaciones con los acreedores para alcanzar tal acuerdo (art. 585 TRLC).

La presentación «en debida forma» de esta comunicación suspende el plazo legal de dos meses para convocar la junta general para la promoción de la disolución (no suspende el plazo para solicitar la disolución

judicial) durante el plazo de duración de los efectos de la comunicación (tres meses más las prórrogas de los artículos 607 y 608 TRLC).

- b) Si no consideran posible (o no ha sido posible) alcanzar dicho acuerdo, deberán solicitar el concurso si la sociedad está en estado de insolvencia actual (art. 611 TRLC) o podrán hacerlo si concurre insolvencia inminente (art. 2 TRLC).

En el caso de las microempresas también es posible solicitar la apertura del procedimiento especial en caso de insolvencia probable (art. 686.1 TRLC). La apertura del procedimiento especial de continuación implicará la suspensión del deber legal de acordar la disolución por pérdidas cualificadas en tanto se tramita (art. 694 bis.3 TRLC).

2.2. Análisis

Ésta era una reforma muy demandada en la práctica. Aunque dicho resultado se podía inferir del conjunto del sistema normativo, la anterior regulación no preveía expresamente la suspensión de los deberes de promoción de la disolución por pérdidas como efecto de la presentación de una comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores (derogado art. 5 bis TRLC).

La pendencia de una posible responsabilidad por deudas para los administradores de la sociedad en situación de disolución por pérdidas no es un buen

escenario de negociación y en este contexto no ha lugar a la incertidumbre, por lo que la previsión legal expresa de la suspensión de los deberes de promoción de la disolución durante las negociaciones debe saludarse positivamente.

Con todo, es necesario todavía realizar alguna observación al alcance de la reforma.

La primera se refiere al caso de que, transcurridos los dos meses legalmente previstos para convocar la junta general, surjan los deberes de solicitar la disolución judicial cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado (art. 366.2 LSC). La ley no suspende el deber de instar la disolución en este caso, y creemos que no es un olvido porque, transcurrido el plazo máximo legal para la convocatoria de la junta general, cualquier legitimado puede instar la disolución judicial y tampoco se ha dispuesto expresamente la suspensión de esta facultad generalmente atribuida a los acreedores (art. 366.1 LSC). No obstante, es preciso tener en cuenta que, según la normativa concursal, durante el plazo de efectos de la comunicación de apertura de las negociaciones queda en suspenso el deber de promover la disolución por pérdidas (arts. 613 y 690.8 TRLC), de modo que ni resulta exigible a los administradores promover la disolución judicial ni permanece, para los acreedores, la facultad de hacerlo.

La segunda observación se refiere a la necesidad de coordinar estos deberes legales de promoción de la disolución

con los que pudieran derivarse del estándar de diligencia debida en el desempeño del cargo: el hecho de que el legislador haya suspendido el deber legal concreto de convocar la junta general durante el plazo que duren las negociaciones no quiere decir que los administradores no deban convocar la junta si así lo exige el estándar general de diligencia y el interés social.

Los socios tienen derecho a estar informados y los administradores deben proponerles las medidas que resulten necesarias o convenientes al interés social para remover una situación de disolución, y deben hacerlo sin demora (los plazos son plazos máximos). La continuación de la actividad de la sociedad causante de nuevas pérdidas sin dar la opción a los socios de que adopten las medidas más convenientes para la defensa de sus intereses como aportantes del capital, incluso la disolución voluntaria, puede determinar la responsabilidad correspondiente por daño al patrimonio social exigible mediante la acción social.

Dicho lo anterior, es preciso recordar también la necesidad de coordinar los intereses de los aportantes del capital con los intereses del resto de los interesados en el contexto de la proximidad a la insolvencia. De este modo, si la publicidad inherente a una convocatoria de junta general puede afectar de forma negativa a la consecución de un plan de reestructuración, lo conforme al estándar de diligencia debida en el desempeño del cargo puede ser evitar dicha publicidad y negar la convocatoria incluso cuando haya sido solicitada por la minoría (art. 168 LSC).

3. Reforma de la responsabilidad por no promoción de la disolución

3.1. *La responsabilidad de los nuevos administradores*

El sentido de la reforma del inciso primero del artículo 367 LSC es incorporar la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 8 de noviembre del 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3526), sobre responsabilidad por deudas de administradores que aceptan el cargo una vez que la sociedad está incurso en causa de disolución y, desde luego, no era una reforma necesaria para incorporar la directiva de reestructuraciones.

Esta sentencia estableció que la responsabilidad de los administradores que hubieran aceptado el cargo de sociedades incursas en causas de disolución sólo comprendería las obligaciones o deudas contraídas tras la aceptación del cargo por el demandado (durante su mandato) y añadió además que el cómputo del plazo de dos meses para promover la disolución se calcularía para estos administradores desde la aceptación del cargo y no desde la concurrencia de la causa de disolución. Era una doctrina muy discutible porque convertía una responsabilidad basada en la asunción de una posición de control sobre una esfera de riesgos (responsabilidad por asunción), que protegía a todos los acreedores cuyos créditos hubieran nacido desde que la sociedad incurrió en causa de disolución, en una responsabilidad derivada de una (inexistente) prohibición de contraer nuevas obligaciones (responsabilidad por injerencia), que sólo

protege a los acreedores cuyos créditos hubieran nacido durante el mandato del demandado.

Sin embargo, está claro que la sentencia ha tenido la influencia suficiente como para provocar un cambio normativo y ésta es la razón por la que el nuevo apartado 1 del artículo 367 LSC dispone que los administradores que hayan aceptado el cargo cuando la sociedad ya está en causa de disolución disponen de un plazo especial de dos meses para promover la disolución y sólo responden de las obligaciones sociales posteriores a la aceptación del nombramiento (en el mismo sentido, el apartado 3 del artículo 367).

Efectivamente, la nueva redacción del artículo 367 dispone que la responsabilidad por deudas frente a los acreedores posteriores a la aceptación del cargo en la sociedad incurso en causa de disolución sólo surgirá si transcurren dos meses desde dicha aceptación sin que convoquen la junta general o si no solicitan la disolución judicial en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta cuando ésta no se haya constituido o desde el día de la junta cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución (y permanezca la causa de disolución).

El resultado es que en la norma que regula la consecuencia jurídica parece reconocerse a estos administradores un plazo «especial» de dos meses para convocar la junta general, cuando no creemos que ésa haya sido la voluntad del legislador, dado que no se han reformado los artículos 365 y 366 LSC,

que establecen como *dies a quo* de esos plazos el de la concurrencia de la causa de disolución y no el del conocimiento de esa causa por el administrador, para lo cual tendría que haber aceptado el cargo.

En nuestra opinión, debe prevalecer la idea de que la junta general debe ser convocada o la disolución judicial solicitada en los plazos máximos legales previstos en los artículos 365 y 366 LSC, a contar desde que concurrió la causa de disolución y con independencia del momento concreto en que se produjo la aceptación del cargo. Todo ello, bajo la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados a la sociedad, socios o terceros.

El transcurso de los plazos «especiales» del artículo 367 LSC, que se cuentan desde la aceptación, es necesario para imponer la consecuencia jurídica consistente en extender a los administradores el área de responsabilidad por deudas de la sociedad, atribuyéndoles el riesgo de insolvencia.

3.2. La presunción legal

La reforma del apartado 2 del artículo 367 LSC hay que conectarla también con la regulación especial aplicable a los administradores que aceptan el cargo en sociedades incursas en causas de disolución.

El texto derogado decía lo siguiente:

2. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución

de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.

Es una norma que produce una inversión de la carga de la prueba respecto del momento concreto en el tiempo en que la sociedad incurrió en causa de disolución:

- a) el demandante debe alegar en su demanda que la sociedad había incurrido en causa de disolución en un momento anterior a la fecha de nacimiento de su deuda y que los administradores habían incumplido sus deberes (v. gr., si la sociedad aparece incursa en causa de disolución en las cuentas anuales de cierre del ejercicio y la deuda nace en marzo, se afirma en la demanda que estaba incursa en disolución por pérdidas desde febrero);
- b) y los administradores quedan liberados si prueban que, en el momento en que se realizó la prestación a favor de la sociedad (y nació la deuda), ésta no estaba incursa en causa de disolución, sino que incurrió más tarde en dicho estado (v. gr., se acredita que la causa de disolución no surgió en febrero como se alega en la demanda, sino que surgió en mayo).

Es una norma lógica desde el punto de vista del principio de proximidad a la fuente probatoria. La prueba de la fecha del nacimiento de una obligación no plantea problema alguno para los titulares de esa deuda ni para los

administradores demandados, pero a los acreedores les resulta imposible probar el momento concreto en el ejercicio social en que una sociedad incurre en causa de disolución y, en principio, a los administradores les debe resultar sencillo. Por eso, la presunción no se refiere, en realidad, a la fecha de nacimiento de la obligación, sino al momento concreto del ejercicio en que la sociedad incurrió en causa de disolución.

El nuevo texto dispone lo siguiente:

2. Salvo prueba en contrario, las obligaciones sociales cuyo cumplimiento sea reclamado judicialmente por acreedores legítimos se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa de disolución o a la aceptación del nombramiento por el administrador.

En nuestra opinión, nada ha cambiado en lo sustancial, salvo la redundante idea de que la presunción sólo se aplica frente a los acreedores «legítimos» que hayan reclamado «judicialmente» la responsabilidad del administrador.

Los demandantes siguen obligados a alegar que la sociedad había incurrido en causa de disolución en un momento anterior al nacimiento de su deuda (porque sólo se responde de deudas posteriores a la concurrencia de la causa de disolución) y computar desde ahí el plazo de los dos meses, pero sin necesidad de probar exactamente el momento en que concurrió dicha causa de disolución (porque la ley todavía presume que las deudas

son posteriores, es decir, que la sociedad había incurrido antes en causa de disolución).

Lo que se añade es una nueva presunción específicamente diseñada para facilitar las demandas contra administradores que hayan aceptado el cargo cuando la sociedad ya estaba incurso en causa de disolución. El legislador no sólo presume que la sociedad había incurrido en causa de disolución antes de nacer la deuda (la deuda es posterior a la concurrencia de la causa de disolución), sino también que la deuda había nacido antes de la aceptación del nombramiento por parte del administrador demandado. Los administradores deberán probar lo contrario.

Es dudosa su eficacia en la práctica. Es cierto que los acreedores demandantes no pueden conocer *a priori* el momento concreto en que un administrador ha aceptado el cargo, por lo que es lógico que se sitúe en los administradores la carga de la prueba de ese momento. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, aunque la inscripción en el Registro Mercantil de ese nombramiento no sea obligatoria (ni constitutiva), generalmente se produce y, téngase en cuenta que, a la fecha de presentación de la escritura de nombramiento del administrador, ya se habrá producido la referida aceptación, que es un requisito para la inscripción (arts. 141 y 142 Reglamento del Registro Mercantil).

En conclusión, si de la prueba presentada en el proceso, incluso por el propio demandante (generalmente, la nota simple del Registro acreditativa de la

condición de administrador del demandado), se deduce que no procede hacer responsable al demandado (porque la deuda es posterior a la inscripción del nombramiento), la demanda será desestimada y no se aplicará la presunción.

3.3. *Efectos de la solicitud de concurso o de la apertura de negociaciones*

El inciso 1 del nuevo apartado 3 del artículo 367 se limita a señalar que no habrá responsabilidad por deudas si, en el plazo de dos meses a contar desde el acaecimiento de la causa de disolución o de la aceptación del nombramiento, los administradores han comunicado al juzgado la existencia de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración o han solicitado la declaración de concurso de la sociedad cuando concurran los presupuestos. El inciso 2 del mismo precepto legal establece que, si no se alcanza el plan de reestructuración, el plazo de

los dos meses se reanudará desde que la comunicación del inicio de negociaciones deje de producir efectos.

Se trata de una precisión que, a nuestro juicio, no era necesaria. Dos artículos más arriba la ley ya establece que los administradores no estarán obligados a convocar junta general para que adopte el acuerdo de disolución cuando hayan solicitado en debida forma la declaración de concurso de la sociedad o comunicado al juzgado competente la existencia de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración del activo, del pasivo o de ambos (inciso 1 del art. 365.3 LSC) y que la convocatoria de la junta procederá de inmediato en cuanto dejen de estar vigentes los efectos de esa comunicación (inciso 2 del art. 365.3 LSC).

Evidentemente, si no hay incumplimiento del deber tampoco puede haber responsabilidad.

Práctica Societaria

Registro Mercantil

No existe obligación de suministrar de forma gratuita publicidad formal del Registro Mercantil, en tanto no esté operativa la plataforma de interconexión de registros mercantiles de la UE (RDGSJFP de 27 de julio de 2022)

Se solicita mediante instancia dirigida al Registro Mercantil información sobre los representantes de 164 sociedades debidamente identificadas. El solicitante señala en su instancia que dicha información debería estar publicada y ser de acceso libre y gratuito conforme al artículo 16 de la Directiva 2017/1132, de 14 de junio (Directiva de Sociedades), debiéndose tener en cuenta además la Directiva 2019/1024 de 20 de junio sobre datos abiertos y reutilización de información del sector público. Termina solicitando que dicha información sea publicada de forma abierta y gratuita o subsidiariamente a que se le remita de forma gratuita por medios electrónicos.

El registrador mercantil deniega la solicitud, decisión que es ratificada por la Dirección General, con base en los siguientes argumentos:

1. Del conjunto de la normativa mercantil vigente se puede concluir que el contenido del Registro es público y que el modo de ponerlo de manifiesto es mediante la expedición de certificaciones, notas simples o consulta por ordenador, accesibles en soporte papel o electrónico y sujeto a arancel.
2. No obstante, cuando se solicitan datos personales de personas físicas, la normativa mercantil se complementa con la propia de protección de datos y de consumidores, de igual trascendencia que las que proclaman la publicidad del Registro Mercantil, debiendo acreditarse en estos casos el interés legítimo del solicitante.
3. No puede confundirse el carácter público del contenido del Registro Mercantil con su acceso en masa e indiscriminado. Las solicitudes de publicidad en masa deberán ser objeto de calificación por el registrador sobre su posibilidad.
4. La Directiva de Sociedades consagra el principio de que los Registros Mercantiles de los Estados miembros son públicos y que la manifestación de su contenido puede obtenerse por copia o en formato formalizado de acceso electrónico, y que la obtención de dicha información está sujeta a precio o coste, debiéndose pagar los honorarios en el momento de la retirada de la documentación. Puede obtenerse la información directamente del Registro Mercantil correspondiente o por medio de la plataforma europea de interconexión. Por excepción, se contempla la obtención gratuita de información a través del sistema europeo de interconexión de, entre otros, los datos relativos a las personas que representen a la sociedad por pertenecer a su órgano de administración.
5. La obtención de información gratuita se encuentra en la actualidad limitada al nombre y forma jurídica de la sociedad, domicilio social y Estado miembro en el que está registrada y número de registro, y siempre que se solicite a través de la plataforma de interconexión europea de Registros Mercantiles.

6. En tanto no esté operativa la plataforma única europea, esa gratuidad no podrá ser efectiva, ni siquiera con relación a los datos esenciales mencionados en el apartado anterior.
7. Respecto a la Directiva (UE) 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público, que ha sido objeto de transposición al ordenamiento interno español, los Registros Mercantiles no quedan sujetos al ámbito de aplicación de la señalada directiva.

Constitución y estatutos

En las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario, los estatutos deben respetar el orden establecido en el artículo 127.2 LSC (RDGSJFP de 20 de junio de 2022)

Se rechaza la inscripción de una cláusula estatutaria acerca de la regulación del usufructo de participaciones sociales, que dispone: «En caso de usufructo de participaciones sociales, la cualidad de socio reside en el nudo propietario, pero el usufructuario tendrá derecho, en todo caso, a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo. En lo demás, las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario y el contenido del usufructo se regirán por el título constitutivo de éste, y, en su defecto, por la legislación civil aplicable, si bien, salvo que el título constitutivo disponga otra cosa, será de aplicación lo dispuesto en los artículos 128 y 129 de la Ley a la liquidación del usufructo y al ejercicio del derecho de asunción de nuevas participaciones sociales, abonándose en este último caso en dinero las cantidades que hayan de pagarse por el nudo propietario al usufructuario». La registradora mercantil considera que la referida

cláusula estatutaria no es conforme con el orden establecido por el artículo 127.2 LSC (en las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario regirá lo que determine el título constitutivo del usufructo y, en su defecto, lo previsto en esta ley y, supletoriamente, lo dispuesto en el Código Civil).

La Dirección General revoca la calificación registral. Si bien da la razón a la registradora al indicar que los estatutos no pueden alterar el orden del artículo 127.2 LSC, pues no son el título constitutivo del usufructo, ni pueden inmiscuirse en esas relaciones internas, considera que se equivoca al omitir completamente lo que, a continuación, también dicen los estatutos sociales, «pues con la única salvedad de lo previsto en el título constitutivo, y como una evidente y expresa restricción al previo llamado preferente a la legislación civil, disponen la aplicación de los artículos 128 y 129 de la ley [LSC] a la liquidación del usufructo y al ejercicio del derecho de asunción de nuevas participaciones sociales, abonándose en este último caso en dinero las cantidades que hayan de pagarse por el nudo propietario al usufructuario (para esto último, v. 131.2 Ley de Sociedades de Capital)».

Es decir, los estatutos ya dicen lo que la registradora pretende que digan, basta con interpretarlos razonablemente en el sentido más favorable para que surtan efectos: por medio de su mención o reproducción quedan integradas en los estatutos las normas societarias reguladoras de esas relaciones internas, siempre supeditadas a lo que disponga el título constitutivo, y por delante de la legislación civil.

Cláusula sobre convocatoria de la junta general: hay que dejar a salvo las formas especiales de convocatoria en los casos de fusión, escisión, cesión global de activo

y pasivo y traslado internacional de domicilio (RDGSJFP de 20 de junio de 2022)

Se rechaza la inscripción de la cláusula estatutaria sobre convocatoria de la junta general que dispone que «entre la convocatoria y la fecha señalada para la celebración de la junta deberá existir un plazo de al menos quince días, salvo que una disposición legal exija un plazo superior», porque no se dejan a salvo las formas especiales de convocatoria por su antelación, por su contenido o por el medio o medios en que deba publicarse dicha convocatoria, en los casos de fusión, escisión, cesión global del activo y pasivo y traslado internacional del domicilio (arts. 73, 87, 92 y 98 Ley de Modificaciones Estructurales).

La Dirección General confirma la calificación registral, argumentando que la previsión estatutaria sobre la convocatoria de la junta general sustituye el régimen legal en otro caso supletoriamente aplicable (arts. 173 y 176 LSC). En el caso debatido, el mero hecho de no haberse contemplado en la cláusula estatutaria expresamente las reglas especiales aplicables en el mismo supuesto y haberse expresado en términos de absoluta generalidad, sin matices, no puede llevar necesariamente a la conclusión de que los estatutos han querido excluirlas, y hace plausible la interpretación de que se ha querido idéntico trato para cualquier tipo de acuerdo.

Por eso, como se dijo en la Resolución de 31 de octubre de 2019 (BOE 285/2019, de 27 de noviembre), la regla estatutaria, «en cuanto no contiene salvedad alguna, contradice directamente una norma legal (...) 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».

Pacto estatutario adoptado por unanimidad que permite satisfacer *in natura* la cuota de liquidación de los socios si así lo acuerda la junta por mayoría (RDGSJFP de 21 de junio de 2022)

Una sociedad de responsabilidad limitada decidió, en junta universal y por unanimidad, modificar los estatutos sociales para introducir un nuevo artículo del siguiente tenor: «La Junta General podrá acordar con el voto favorable de la mayoría prevista en el artículo 199 de la Ley de Sociedades de Capital la reducción del capital de la Sociedad mediante la devolución de aportaciones a los socios consistentes en bienes no dinerarios, incluida la entrega de bienes inmuebles o partes indivisas de estos. Idéntica mayoría será precisa para que la Junta General acuerde el pago de todo o parte de la cuota de liquidación mediante la entrega de bienes no dinerarios, incluida también la entrega de inmuebles o partes indivisas de estos».

El registrador mercantil rechazó practicar la inscripción de la mencionada modificación estatutaria por considerar que se infringía con ella el artículo 393.1 LSC, según el cual los socios tendrán derecho a percibir en dinero la cuota resultante de la liquidación «salvo acuerdo unánime». El posterior recurso gubernativo fue estimado, con revocación de la calificación del registrador, por la RDGSJFP de 21 de junio de 2022 (BOE 177/2022, de 25 de julio).

En otros casos decididos por la Dirección General, se había abordado el problema de la aplicación del artículo 393.1 LSC en el contexto del acuerdo de aprobación del balance final, del informe y del proyecto de división (art. 390.1 LSC). En este caso, sin embargo, la cuestión es determinar si cabe establecer en los estatutos que el contenido de la cuota de liquidación podrá satisfacerse en especie si los socios lo deciden

por mayoría (y, supuesta la respuesta afirmativa, definir los requisitos que han de cumplirse para incluir una previsión estatutaria de ese tipo). Como argumentaron los recurrentes, «el acuerdo adoptado por los socios unánimemente no consistía en la imposición de un acuerdo mayoritario para que los socios recibieran su cuota de liquidación en bienes no dinerarios, sino en la expresión de consenso unánime sobre un posible acuerdo futuro que decidiera, por mayoría, la entrega de bienes no dinerarios en caso de reducción o liquidación».

Pues bien, sobre la base del principio de autonomía de la voluntad (art. 28 LSC) y de la flexibilidad del régimen de las sociedades de capital (no sólo, por tanto, de las limitadas), el centro directivo consideró perfectamente posible que los estatutos previeran que la cuota podría satisfacerse en especie si la junta así lo decidiera posteriormente por mayoría.

Ahora bien, la Dirección General precisa al mismo tiempo que una regla estatutaria como la señalada debe ser incorporada a los estatutos con el consentimiento de todos los socios (art. 292 LSC: *cfr.* RDGRN de 14 de febrero de 2019 [BOE 61/2019, de 12 de marzo] y RDGSJFP de 30 de septiembre de 2020 [BOE 272/2020, de 14 de octubre]), circunstancia que concurre efectivamente en este caso.

Aunque la resolución reseñada no se ocupó específicamente del asunto, el problema y la solución serían los mismos en lo que se refiere a la posibilidad que los estatutos prevean que, en caso de reducción del capital, la junta podrá decidir que la restitución del valor de las aportaciones se efectúe *in natura* (*cfr.* RRDGRN de 30 de julio de 2015 [BOE 234/2015, de 30 de septiembre], 16 de mayo de 2018 [BOE 131/2018, de 30 de mayo] y 9 de septiembre de 2019 [BOE 265/2019, de 4 de noviembre] y RDGSJFP de 2 de septiembre de 2020 [BOE 261/2020, de 2 de octubre]).

La eliminación de ciertas actividades del objeto social puede constituir una modificación sustancial y dar lugar al nacimiento del derecho de separación (RDGSJFP de 29 de junio de 2022)

Se presentó en el Registro Mercantil escritura de elevación a público de determinados acuerdos sociales (adoptados por mayoría en la junta de una sociedad de responsabilidad limitada). Entre dichos acuerdos se encontraba uno de modificación del objeto social que se concretaba en eliminar dos de los cuatro grupos de actividades que, hasta ese momento, integraban el objeto de la compañía. El registrador decidió no inscribir el acuerdo mencionado por considerar que la exclusión de ciertas actividades del objeto social entrañaba una modificación de éste que dio lugar al nacimiento de un derecho de separación en favor de los socios que no hubieren votado a favor (art. 361.1a LSC). Lo cual, a su vez, suponía que para la inscripción resultaba preciso (art. 206.1 RRM) que constase el cumplimiento de los preceptivos requisitos de publicidad (art. 348 LSC) y la declaración de los administradores de que ningún socio había ejercitado el derecho de separación dentro del plazo establecido (art. 349 LSC).

El recurso interpuesto por la sociedad afectada fue desestimado por la RDGSJFP de 29 de junio de 2022 (BOE 178/2022, del 26 de julio) que, en sustancia, argumentó que ya antes de la reforma de 2011, la LSC consideraba causa de separación la sustitución del objeto social (como previamente lo hacían el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 —art. 147— y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 —art. 95—).

El Tribunal Supremo interpretó este concepto de «sustitución» con cierta amplitud (*cfr.* SSTs 438/2010, de 30 de junio [ECLI:ES:TS:2010:3538] y 102/2011, de 10 de marzo [ECLI:ES:TS:2011:2033])

y vino a afirmar que la hipótesis de sustitución no debía estimarse circunscrita a los supuestos de absoluto reemplazo en el texto estatutario de una actividad por otra. Según la doctrina jurisprudencial, cabrá hablar de «sustitución» en este contexto «cuando se produzca una mutación de los presupuestos objetivamente determinantes de la adhesión del socio a la sociedad, como consecuencia de una transformación sustancial del objeto de la misma que lo convierta en una realidad jurídica o económica distinta» (eliminación de actividades esenciales, con mantenimiento de las secundarias; adición de otras que, por su importancia económica, vayan a dar lugar a que una parte importante del patrimonio social tenga un destino distinto del previsto en los estatutos...). Por el contrario, no habrá sustitución cuando la modificación del objeto, por adición o supresión, resulte intrascendente y, menos aún, en los casos de mera concreción o especificación de las actividades descritas en los estatutos.

En caso de refundición de estatutos, es necesario votar por separado los artículos que se refieran a materias diferentes o con autonomía propia (RDGSJFP de 27 de julio de 2022)

Se rechaza la inscripción de una escritura de aprobación de un nuevo texto refundido de los estatutos por votarse en bloque y no votarse por separado cada artículo o grupo de artículos con autonomía propia (con el voto en contra de un socio minoritario).

La Dirección General ratifica la calificación registral y aclara que, de conformidad con el artículo 197 bis LSC, en la modificación de estatutos sociales, y, como ocurre en el presente caso, en relación con la aprobación de un nuevo texto refundido de los estatutos sociales, «el criterio interpretativo debe ser, como regla general, el de la

necesidad de votación separada de cada artículo cuya modificación se sujete al criterio de la junta general. Sólo se excepciona el supuesto de que se agrupen artículos que puedan ser objeto de voto único porque así lo permita su redactado de modo que el voto favorable o desfavorable en su conjunto responda a su unidad de objeto, al hecho de que se refieran a cuestiones que puedan tratarse de forma unitaria o a la circunstancia de que resultare imposible votar a favor de uno de ellos y en contra del otro sin caer en contradicción (por ejemplo, y con las debidas reservas, el régimen de transmisión inter vivos de las participaciones sociales)».

Los estatutos no pueden remitir a la junta general la fijación del sistema de retribución de administradores (RDGSJFP de 27 de julio de 2022)

El registrador mercantil rechaza la inscripción del siguiente artículo estatutario: «El cargo de Administrador, el de los integrantes del Consejo de Administración y el de los Consejeros Delegados, en su caso, será retribuido mediante una retribución que será fijada por la Asamblea de Socios», por considerar que queda indeterminado el sistema de retribución del órgano de administración, requisito exigido por el art. 23e LSC.

La Dirección General confirma el criterio del registrador, toda vez que es reiterada doctrina del centro directivo, con fuerte apoyo en las normas legales, que «el concreto sistema de retribución de los administradores debe estar claramente establecido en estatutos, determinando si dicho sistema consiste en una participación en beneficios, con los límites legalmente establecidos, en dietas, en un sueldo mensual o anual, en seguros de vida, planes de pensiones, utilización en beneficio propio de bienes sociales, en entrega de

acciones o derechos de opción sobre las mismas o cualquier otro sistema que se desee establecer».

En definitiva, la reserva estatutaria exige no sólo la previsión de remuneración del órgano de administración sino la determinación del sistema o sistemas concretos en que consista, sin perjuicio de la competencia de la junta general de la sociedad para la determinación de la masa retributiva máxima a satisfacer en cada ejercicio anual, ya se adopte el acuerdo al principio del ejercicio o en cualquier otro momento (STS 310/2021 de 13 de mayo [ECLI:ES:TS:2021:1859]).

No es necesario describir en estatutos de una S.L. las reglas de convocatoria del consejo de administración (RDGSJFP de 2 de septiembre de 2022)

Se pretende la inscripción de la siguiente cláusula estatutaria sobre la organización y funcionamiento del consejo de administración: «La convocatoria se hará mediante carta o soporte electrónico, que expresará el día, hora y lugar de la reunión, con el Orden del Día. Deberá mediar un plazo mínimo de diez días entre la convocatoria y la fecha de la reunión. El Consejo quedará válidamente constituido, sin necesidad de convocatoria, cuando estén presentes o representados todos los consejeros y decidan por unanimidad celebrar la reunión, ni tampoco cuando estando todos los consejeros interconectados por videoconferencia u otros medios telemáticos que cumplan los requisitos expresados en el párrafo anterior acepten por unanimidad constituirse en Consejo de Administración y el Orden del Día del mismo».

El registrador suspende la inscripción porque considera que los estatutos deben determinar también las reglas de convocatoria (art. 245.1 en relación con el art. 246 LSC).

La Dirección General rechaza la calificación registral y confirma la inscribibilidad de la cláusula mencionada, considerando que es innecesaria la reproducción en los estatutos de textos legales que tengan eficacia por encima de los mismos (aunque la reproducción parcial de ellos —como ocurre en este caso— puede provocar confusión, privando de una información adecuada a los terceros que consulten los asientos registrales). Respecto a las personas legitimadas para convocar el consejo de administración, no es necesario que los estatutos se pronuncien sobre el tema, pero, dado el carácter imperativo del artículo 246 LSC, en caso de incluir alguna previsión sobre ello (lo que no ocurre en este caso, pues los estatutos cuestionados guardan silencio sobre este aspecto concreto y por ello se confirma la inscribibilidad de la cláusula), no podrán restringir la legitimación de las personas a las que el precepto legal se la reconoce.

Junta general

Nombramiento de nuevos administradores en junta general desconvocada por los anteriores: la junta desconvocada no puede adoptar acuerdos (RDGSJFP de 10 de junio de 2022)

Se presentó a inscripción escritura pública de destitución de los administradores de una sociedad de responsabilidad limitada y de nombramiento de los nuevos. Según la certificación incorporada a la escritura, los acuerdos fueron adoptados en una junta general convocada para celebrarse el 21 de enero de 2022 a la que acudió un solo socio, titular del 35,85% del capital social. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM), se efectuaron las correspondientes

notificaciones a los administradores mancomunados que habían sido cesados.

Prescindiendo de los detalles de las diferentes declaraciones realizadas por los administradores interesados (salientes y entrantes), y de otras circunstancias accesorias, resultaba determinante en este caso que la junta había sido desconvocada el 17 de enero de 2022 por los administradores mancomunados convocantes al advertir un error en la citación de uno de los socios (precisamente el único que asistió a la junta desconvocada) ya que no fue dirigida propiamente a la sociedad socia sino a su administrador único.

El registrador rechazó inscribir el cese y el nombramiento al considerar que las circunstancias conocidas evidenciaban la existencia de una situación controvertida e incierta y planteaban cuestiones no susceptibles de ser resueltas en el marco del procedimiento registral, todo lo cual impedía proceder la modificación del contenido del Registro. Su criterio fue confirmado por la RDGSJFP de 10 de junio de 2022 (BOE 183/2022, de 1 de agosto).

La Dirección General señaló, en primer lugar, que la posibilidad de desconvocatoria de la junta se encuentra admitida por la jurisprudencia (STS 198/2004, de 17 de marzo [ECLI:ES:TS:2004:1857]), por la doctrina registral (RRDGRN de 21 de enero de 2013 [BOE 44/2013, de 20 de febrero], 28 de julio de 2014 [BOE 237/2014, de 30 de septiembre] y 22 de mayo de 2017 [BOE 137/2017, de 9 de junio]) y por la generalidad de la doctrina.

En efecto, dado que la convocatoria no constituye una declaración de voluntad de carácter «recepticio», no se aprecia inconveniente dogmático para que pueda ser revocada mediante otra declaración posterior. Es cierto —añade el Centro Directivo— que la desconvocatoria de

la junta suscita, en abstracto, cuestiones sobre su forma y su antelación mínima (si bien las dudas sobre la suficiencia de la antelación tienen carácter fáctico y no pueden ser dilucidadas en el marco del procedimiento registral). Pero en el caso resuelto no había dudas en cuanto a estos extremos puesto que fue cursada por el mismo cauce usado para la convocatoria (burofax) y se remitió con antelación suficiente para permitir su recepción antes del día inicialmente señalado para la reunión (al margen de que alguno de los destinatarios hubiera demorado su recogida hasta una fecha posterior).

Seguidamente, y reproduciendo lo afirmado en su Resolución de 22 de mayo de 2017, la Dirección General subrayó que son nulos los acuerdos adoptados en la junta general celebrada a pesar de haber sido desconvocada por el órgano competente para llevar a cabo la convocatoria (debe estimarse que el órgano competente para convocar la junta puede también desconvocarla). De tal forma que, efectuada la desconvocatoria, la situación será equivalente a la que se produce en ausencia de convocatoria, por lo que no podrán adoptarse acuerdos válidos, quedando a salvo el supuesto de junta universal (y con independencia de la eventual responsabilidad del administrador que acordó desconvocar).

El levantamiento de acta notarial de junta general de S.A. cuando existe anotación preventiva es requisito imprescindible para la eficacia de los acuerdos adoptados (RDGSJFP de 27 de julio de 2022)

Requeridos los administradores por la minoría de accionistas de una sociedad anónima para que solicitasen levantamiento de acta

notarial de junta general ordinaria, y anotada preventivamente la solicitud de acta notarial, se deniega el depósito de las cuentas anuales por no constar los acuerdos adoptados por la junta en acta notarial, de conformidad con el artículo 203.1 LSC.

La sociedad se opone a esta calificación argumentando que han transcurrido más de tres meses desde la anotación preventiva de la solicitud de acta notarial, por lo que debe entenderse cancelada por caducidad de conformidad con el artículo 104 RRM, no siendo por ello necesario el acta notarial para efectuar el depósito.

La Dirección General ratifica la calificación registral y alude a su resolución de 28 de junio de 2013 (BOE 182/2013, de 31 de julio), confirmando la no caducidad de la anotación preventiva (y en consecuencia la no aplicación del art. 104.3 RRM), arguyendo que una vez practicada la anotación preventiva, «lo cierto es que no puede ignorarse la regulación sustantiva que resulta aplicable tanto para las sociedades de responsabilidad limitada como —desde la entrada en vigor del artículo 203.1 LSC— para las sociedades anónimas, y según la cual una vez solicitado por la minoría prevista el levantamiento de acta notarial de la junta general, esta documentación de los acuerdos se constituye en requisito imprescindible para la eficacia de los acuerdos adoptados y, por ende, para su acceso al Registro Mercantil».

No cabe negar la asistencia a la junta del representante del socio invocando el artículo 183 LSC cuando con ello se contradice sorpresivamente la actuación previa de la compañía (STS 536/2022, de 5 de julio)

Se celebraron juntas generales de dos sociedades limitadas. Los estatutos de una de las com-

pañías carecían de previsiones relativas a la representación voluntaria para asistir a las juntas generales. Los de la otra sociedad reproducían el artículo 183 LSC añadiendo, además, que el socio «también podrá hacerse representar por cualquier otra persona, siempre que la representación conste en documento público y sea conferida con carácter especial para cada junta». A las juntas comparecieron dos de los socios representados por sus letrados, personas no incluidas en el círculo subjetivo del referido artículo 183 LSC y cuyo poder constaba en un documento privado específico para esas reuniones. Los presidentes de las juntas negaron el derecho de asistencia al considerar que las representaciones concedidas no cumplían los requisitos legales y estatutarios. A los efectos del caso resultaba relevante señalar que las dos sociedades habían venido admitiendo en diversas juntas anteriores la actuación de representantes de los socios en condiciones análogas a las que luego (en las juntas controvertidas) se consideraron inaceptables.

Los socios afectados por la decisión de los presidentes impugnaron judicialmente los acuerdos adoptados, argumentando al efecto —entre otras cosas— la vulneración de su derecho de asistencia a la junta. Reduciendo el relato de los avatares procesales a lo que ahora interesa más directamente, bastará con subrayar que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid [28ª] 95/2019, de 22 de febrero, estimó en la parte sustancial la demanda y declaró nulos los acuerdos impugnados por la razón apuntada. El recurso de casación interpuesto posteriormente por las compañías demandadas fue desestimado por el Tribunal Supremo en su Sentencia 536/2022, de 5 de julio (ECLI:ES:TS:2022:2774) sobre la base de las siguientes consideraciones:

1. El régimen de la representación voluntaria en la junta general de la sociedad de responsabilidad limitada es diferente al previsto para las sociedades anónimas precisamente

en atención al carácter cerrado de las sociedades que habitualmente se configuran bajo aquel tipo social. La particularidad reside, fundamentalmente, en que —en principio— solo se permite el otorgamiento de la representación en favor de los sujetos incluidos en un determinado círculo de personas definido legalmente. Sin perjuicio de la posibilidad —prevista en la propia LSC— de que los estatutos amplíen el círculo de personas a las que cabe atribuir dicha representación.

2. Las reglas legales sobre la representación voluntaria en la junta general de la sociedad de responsabilidad limitada tienen carácter imperativo (*vid.* STS 191/2014, de 15 de abril [ECLI:ES:TS:2014:1631], en referencia al derogado artículo 49.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995, equivalente a los apartados 2 y 3 del actual art. 183 LSC), salvo en lo concerniente —como se ha apuntado— a la posibilidad de ampliación estatutaria del elenco de personas a cuyo favor puede otorgarse la representación. De tal forma que si los estatutos sociales nada prevén sobre la cuestión (o si simplemente se remiten al régimen legal o lo transcriben), no será posible que un extraño ostente la representación de un socio en la asamblea, ni siquiera cuando se trate de un profesional que pretenda actuar en virtud de un poder especial y limitado para la junta de que se trate (queda a salvo el caso de que el socio hubiera concedido a un tercero en documento público un poder general para administrar todo su patrimonio en territorio nacional).
3. Es habitual en las sociedades cerradas que, en las juntas generales, durante periodos de tiempo prolongados, comparezcan siempre los mismos socios. Ello conduce frecuentemente a que en la práctica la exigencia del cumplimiento de los requisitos legales de la

representación voluntaria se «relaje», adaptándose a tales circunstancias. Ahora bien, cuando así ha venido ocurriendo en la vida social, puede ir contra sus propios actos el presidente de la junta que, llegado cierto momento, decide no reconocer una representación que no se ajusta a las previsiones legales o estatutarias, pero que se había admitido sin objeción en otras juntas precedentes (*cfr.* STS 483/2002, de 22 de mayo [ECLI:ES:TS:2002:3618]).

4. La evaluación de la buena o mala fe en la admisión o rechazo de una representación voluntaria no ajustada a la norma legal, pero admitida en condiciones equivalentes con anterioridad, debe ser, por definición, casuística. En este sentido, el Tribunal Supremo apunta —como guías o reglas de interpretación— las dos siguientes ideas. De un lado, que los requisitos de representación se establecen en la Ley en interés de la sociedad, para facilitar el control de asistencia y participación en las juntas generales. Y, de otro, que negar el derecho de asistencia supone una restricción intensa de los derechos del socio, por lo que quien presida la junta ha de extremar su buena fe al adoptar las decisiones que le corresponden en este ámbito, a fin de garantizar el ejercicio de tales derechos.
5. En el caso enjuiciado, las sociedades demandadas actuaron sin ajustarse a la buena fe al aplicar estrictamente, con ocasión de las juntas impugnadas, el régimen legal, haciéndolo valer justo en el momento de la constitución de las asambleas y sin dar oportunidad de acreditación de otra representación en forma ajustada a la normativa (siendo así —sin embargo— que en varias juntas precedentes se había permitido la misma representación voluntaria que luego, sorpresivamente, se rechazó). En suma, se fue contra los propios actos y contra el principio de confianza le-

gítima cuando, sin haber cambiado las circunstancias y sin advertencia previa al respecto, se negó validez a las representaciones conferidas para dos juntas que antes, en las mismas condiciones, habían venido siendo aceptadas.

6. Es de destacar que el Tribunal Supremo consideró circunstancia determinante en este caso que el cambio de criterio sobre la admisibilidad de la representación se manifestara justo al tiempo de constituirse las juntas, sin dejar margen de reacción razonable a los socios afectados. Si este nuevo criterio se hubiera advertido antes —para evitar así cualquier posible equívoco provocado por los comportamientos seguidos anteriormente— los presidentes de las juntas no habrían incurrido en abuso alguno al ceñirse luego a las previsiones legales y estatutarias. Es decir, lo relevante es que se expresó el cambio de criterio justo al tiempo de constituir las juntas y no con antelación. Como aclara la sentencia reseñada, el precedente por sí solo no es fuente normativa que obligue de cara al futuro, ya que puede variarse el modo de operar y ajustarse a la ley. Ahora bien, después de haber generado la confianza en los socios de que se admitiría la representación otorgada en ciertas condiciones, negar posteriormente su admisibilidad en el momento de constitución de las juntas generales, sin dejar margen de reacción, resulta contrario a la buena fe.

Administradores

Puede inscribirse el nombramiento de un consejero aunque haya discrepancia en el número de miembros que componen el consejo de administración

(RDGSJFP de 28 de junio de 2022)

Se rechaza la inscripción del nombramiento de un consejero por existir discordancia en cuanto al número total de miembros del consejo de administración existentes (sería el quinto según la certificación que pretende elevarse a público y el cuarto según el Registro Mercantil).

La Dirección General revoca la calificación registral por considerar que el único acuerdo adoptado es el de nombramiento de un consejero por la junta general, y sólo al final del mismo se añade: «En consecuencia el Consejo de Administración pasa a estar formado por cinco (5) miembros, en lugar (4) conforme a los estatutos de la sociedad».

En relación a la identificación de los miembros de un consejo de administración, la Dirección General ha señalado la obligación de hacer constar quiénes son los consejeros que asisten a las reuniones del consejo (Resolución de 26 de marzo de 2014 [BOE 104/2014, de 29 de abril]) e incluso que la persona física representante del consejero persona jurídica coincide con la inscrita en el Registro Mercantil (Resolución de 18 de mayo de 2012 [BOE 142/2012, de 14 de junio]), pero estas exigencias sólo son predicables respecto a acuerdos del consejo de administración, para comprobar la correlación entre los consejeros asistentes y los que constan en el Registro Mercantil.

La inscripción solicitada es sólo del acuerdo de la junta general de nombramiento de un nuevo consejero, lo que no plantea problemas en los términos en que está redactada la nota, cuestión diferente es cuando se pretenda la inscripción de acuerdos que pueda adoptar ese consejo de administración, en cuyo caso, si la divergencia persiste, podrá ser relevante.

No es inscribible un poder otorgado por un administrador mancomunado a favor de un tercero (que no es administrador) para que ejercite la competencia orgánica propia de dicho cargo junto al otro administrador mancomunado (RDGSJFP de 5 de septiembre de 2022)

Uno de los dos administradores mancomunados de una S.L. otorga de manera individual un poder de representación a favor de un tercero (que no es administrador), designándole como apoderado para que actúe en nombre del otorgante junto al otro administrador mancomunado en representación de la sociedad.

Denegada la inscripción por el registrador mercantil, es ratificada por la Dirección General, que manifiesta, en primer lugar, que el otorgamiento de un poder de representación voluntaria en favor de un tercero exige la actuación conjunta de los dos administradores mancomunados designados por la junta general.

Además, ratifica que el administrador mancomunado no puede ejercer su competencia por medio de un apoderado designado por él. No puede confundirse el plano orgánico de ejercicio de la competencia de gestión y representación, que corresponde al órgano de administración como modo de actuación directa de la sociedad tanto en el ámbito interno como frente a terceros, que es ejercida por las personas para ello designadas con sujeción al régimen de obligaciones y responsabilidades determinados por la ley (arts. 225 y ss y 236 y ss LSC), con la opción de atribución a un tercero no integrado orgánicamente en la sociedad de la posibilidad de vincularle jurídicamente por medio de un poder voluntario de representación.

La elección de las personas que han de ejercer la competencia orgánica de gestión y representación de la sociedad corresponde a la junta general sin que el designado pueda «delegar» su competencia fuera de los supuestos previstos legalmente.

Aumento y reducción de capital

No puede inscribirse una escritura de ampliación de capital si no se acredita la autoliquidación de ITP y AJD. El socio, persona jurídica extranjera, suscriptora de un aumento de capital social por compensación de créditos, debe hacer constar un NIF español (RDGSJFP de 28 de junio de 2022)

Según doctrina reiterada y uniforme del centro directivo (RRDGRN de 26 de enero de 2012 [BOE 61/2012, de 12 de marzo] y 19 de octubre de 2016 [BOE 274/2016, de 12 de noviembre]), no puede inscribirse una escritura de ampliación de capital si no se acredita la autoliquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

El registrador no sólo ha de calificar la validez y licitud del acto a inscribir, sino decidir también si se halla sujeto o no a impuestos; la valoración que haga de este último aspecto no será definitiva en el plano fiscal, pues no le corresponde la competencia liquidadora respecto de los diversos tributos; no obstante, será suficiente bien para acceder, en caso afirmativo, a la inscripción sin necesidad de que la Administración tributaria ratifique la no sujeción, bien para suspenderla en caso negativo, en tanto no se acredite adecuadamente el pago, exención, prescripción o incluso la no sujeción respecto del impuesto

que aquél consideró aplicable, de modo que el registrador, al solo efecto de decidir la inscripción, puede apreciar por sí la no sujeción fiscal del acto inscribible, evitando una multiplicación injustificada de los trámites pertinentes para el adecuado desenvolvimiento de la actividad jurídica registral.

Se rechaza asimismo la inscripción de la escritura de ampliación de capital por falta de NIF español del socio, persona jurídica extranjera, suscriptora de un aumento de capital social por compensación de créditos. La Dirección General manifiesta que es necesario examinar las normas tributarias de las que pueda derivar la necesidad de que la mercantil extranjera suscriptora, cuya identidad deba hacerse constar en el Registro Mercantil, tenga que estar dotado de un número de identificación fiscal. Tras analizar la normativa aplicable, el centro directivo concluye que la legislación tributaria utiliza conceptos muy amplios, como el de «naturaleza o trascendencia tributaria», en los que se impone la necesidad de hacer constar el número de identificación fiscal, tanto de personas físicas, como jurídicas, o incluso entidades sin personalidad jurídica, sin distinción entre nacionales o extranjeros.

**Aumento de capital de S.L.
con cargo a reservas:
es preciso balance auditado,
pero no es necesaria
aprobación expresa de los socios
y la auditoría puede ser posterior
a la junta (RDGSJFP de 6 de julio
de 2022)**

Se rechaza la inscripción de una ampliación de capital de una sociedad de responsabilidad limitada con cargo a reservas, adoptada en junta general universal y por unanimidad, por no indicarse expresamente que el balance que sirve de base a la operación ha sido aprobado por la

junta y porque el informe del auditor sobre el balance está fechado un día después de la celebración de la junta (art. 303.2 LSC).

La Dirección General rechaza la calificación registral y ordena la inscripción argumentando que, en las ampliaciones de capital con cargo a reservas, lo esencial es justificar debidamente la existencia de reservas, para acreditar que la situación patrimonial de la compañía permite la transferencia de fondos dentro del patrimonio neto que la ampliación comporta, mediante la incorporación al proceso de un balance debidamente auditado. Desde la anterior perspectiva, la aprobación previa del balance es una garantía para los socios. Por tanto, si el acuerdo se toma en junta universal y por unanimidad, la garantía que supone esa aprobación previa decae por voluntad de los propios socios. En ese sentido, el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, de 15 de julio de 2020, en un supuesto parecido, llegó a la conclusión de que ningún perjuicio se puede causar a los socios por la no aprobación expresa del balance, careciendo ello de relevancia para determinar la ineficacia de la ampliación de capital.

Sobre el defecto relativo a la fecha del informe del auditor, la Dirección General se remite a una resolución de 25 de agosto de 1998 (BOE 232/1998, de 28 de septiembre) y confirma «la conveniencia de salvar la validez de las actuaciones y evitar costes y dilaciones considerables, en la medida en que ello sea posible jurídicamente y no resulte perjuicio para ninguno de los interesados». Entiende que el hecho de que el informe de auditoría tenga fecha posterior a la junta general, cuando dicho informe es positivo respecto de la posibilidad de aumentar el capital con cargo a reservas, no perjudica en modo alguno a los socios que por unanimidad han aprobado la ampliación, ni a los acreedores.

Cuentas anuales

Si existe en el registro un expediente de designación de auditor a solicitud de la minoría resuelto favorablemente, no es posible la inscripción de un auditor voluntario designado por el órgano de administración (RDGSJFP de 14 de junio de 2022)

Se rechaza la inscripción del nombramiento de auditor voluntario para la verificación de las cuentas anuales de los ejercicios 2020 y 2021, realizada por el administrador único, por existir un expediente de designación de auditor a instancia del socio minoritario (art. 265.2 LSC) para el ejercicio 2020, en el que se ha resuelto que procede la designación de auditor.

La calificación registral es ratificada por el centro directivo, que confirma que, si existe resolución de designación de auditor por solicitud de socio minoritario, conforme al artículo 265.2 LSC y en trámite de finalización el expediente provocado al efecto, no cabe inscribir la designación de auditor voluntario sin dejar sin efecto dicha resolución.

Depósito de cuentas y cierre del expediente de nombramiento de auditor a instancia de la minoría (RDGSJFP de 22 de junio de 2022)

Un expediente de nombramiento de auditor a instancia de la minoría (265.2 LSC) se cierra por falta de aceptación del cargo de los tres auditores nombrados por el Registro Mercantil para verificar las cuentas anuales. El resultado es que esas cuentas no se van a poder depositar en tanto no se presente el informe por el auditor designado por el Registro (mediante reapertura del expediente) o el solicitante desista del expe-

diente una vez iniciado o renuncie al contenido material del derecho una vez que el expediente haya terminado.

Se pueden depositar las cuentas anuales con un informe de auditoría con opinión «denegada», salvo que la causa de esa opinión denegada sea la imposibilidad absoluta de emitir el informe (RDGSJFP de 28 de julio de 2022)

Se cuestiona un depósito de cuentas por ir acompañado de informe de auditor con opinión denegada.

La Dirección General ratifica su doctrina sobre esta cuestión (RRDGRN de 10 de enero [BOE 31/2014, de 5 de febrero] y de 11 de marzo de 2014 [BOE 100/2014, de 25 de abril], 30 de marzo [BOE 89/2017, de 14 de abril] y 21 de junio de 2017 [BOE 173/2017, de 21 de julio] y la de 10 de octubre de 2018 [BOE 288/2018, de 29 de noviembre]), manifestando que la gran trascendencia que para la sociedad conlleva el cierre de la hoja por falta de depósito aconseja extremar la prudencia y limitar los casos de denegación de depósito a «aquellos en que del informe del auditor resulte la afirmación de existencia de incumplimiento radical del deber de colaboración (artículo 6 de la Ley de Auditoría en relación con el artículo 10.2a del Reglamento de Auditoría); supuesto al que hay que asimilar aquellos en los que resulte la afirmación del auditor sobre la imposibilidad de realizar el trabajo de auditoría (artículo 10.2b) del mismo Reglamento)». Sólo cuando concurra alguna de dichas circunstancias que impidan la elaboración del correspondiente informe podrá entenderse producida la frustración del interés perseguido por la Ley de que se lleve a cabo la «revisión y verificación de las cuentas anuales», a que se refiere el artículo 1.2 de la Ley de Auditoría a fin de emitir un informe «sobre la

fiabilidad de dichos documentos que pueda tener efectos frente a tercero».

Separación de socios

A propósito del abuso del derecho de separación societaria (STS de 25 de enero de 2022)

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:199) aprecia abuso en el ejercicio del derecho de separación por falta de reparto de dividendos, porque si bien la junta general ordinaria había acordado destinar el beneficio íntegramente a reservas, se convoca en el mes siguiente una junta extraordinaria para acordar un reparto de dividendos con cargo a reservas. Entre las dos juntas, y ya convocada la segunda, el socio interpone demanda contra la sociedad basada en su derecho de separación por falta de reparto de dividendos y reclamando el reembolso del valor de sus participaciones. El Tribunal Supremo recuerda que la ratio del artículo 348 bis LSC no es proteger el derecho del socio a separarse, sino el derecho al dividendo, que se le había garantizado mediante el acuerdo adoptado en la segunda junta y cuyo ofrecimiento rechazó. La finalidad de la norma es posibilitar la salida del socio minoritario perjudicado por una estrategia abusiva de la mayoría de no repartir dividendos, pero no amparar la situación inversa, cuando es el socio minoritario el que, amparándose en la falta de distribución del beneficio, pretende burlar sus deberes de buena fe respecto de la sociedad.

Comentario crítico:

1. El Tribunal Supremo hace referencia a la posibilidad de sustituir los acuerdos prevista en la LSC. En la ley se trata de una impugnación de acuerdos sociales, luego dejados sin validez por acuerdo posterior. En un caso

de impugnación de acuerdos, si la demanda de nulidad se presenta antes de la convocatoria de la segunda junta, aquella debe desaparecer por falta sobrevenida de objeto procesal, costas y daños aparte. Pero si entre la primera junta y la convocatoria de la nueva junta se ejercita la acción constitutiva de separación de socio y restitutoria de la cuota de liquidación, el acuerdo social posterior, que restituye el dividendo, no hace perder el objeto a la demanda. El socio quiere ahora marcharse, no dividendos.

2. Como no existe desaparición sobrevenida de interés procesal, se aplican dos reglas clásicas de Derecho romano. (i) *Pendente litis contestationet, nihil innovetur*; (ii) Una vez que *dies venit* para la adquisición de un derecho, las contingencias posteriores a la adquisición no cuentan [Ejemplo, Codex 6, 53, 4: Se deja a una mujer usufructuaria un legado de nuda propiedad para cuando (*quum*) tenga un hijo. Se produce el parto, el niño muere a los dos días. Procede el legado en favor de la mujer, aunque evidentemente el sentido de la institución hubiera sido que la nuda propiedad de la madre pasara luego al hijo y sólo por eso se justificaba].

Es necesario votar por separado la modificación estatutaria sobre el régimen de transmisión de participaciones, pues existe derecho de separación (RDGSJFP de 27 de julio de 2022)

Se rechaza la inscripción de una escritura de aprobación de un nuevo texto refundido de los estatutos por votarse en bloque y no votarse por separado cada artículo o grupo de artículos con autonomía propia (con el voto en contra de un socio minoritario), y en particular la modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales.

La Dirección General ratifica la calificación registral y confirma que deben votarse de manera separada cada artículo o grupo de artículos con autonomía propia, y en particular la modificación del régimen de transmisión de participaciones sociales —que en el presente caso suprime la libre transmisión a favor del cónyuge del socio— ya que tendrán derecho a separarse de la sociedad los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo de modificación del régimen de transmisión de participaciones sociales.

Fiscalidad de sociedades

El Tribunal Supremo concluye que es posible aplicar la exención por trabajos en el extranjero a los administradores y consejeros (STS de 20 de junio de 2022)

El Tribunal Supremo admite la aplicación de la exención del artículo 7p de la Ley 35/2006 a las remuneraciones percibidas por administradores y consejeros de una entidad residente en territorio español por las labores ejecutivas y de gestión efectuadas en desplazamientos al extranjero.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 20 de junio del 2022 (ECLI: ES:TS:2022:2485), precisa en casación el alcance de la expresión «rendimientos del trabajo percibidos por trabajos efectivamente realizados en el extranjero», contenida en el artículo 7p de la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a efectos de determinar si se puede aplicar a todos los rendimientos del trabajo o únicamente a algunos —en particular, a los rendimientos del trabajo derivados de una relación laboral o estatutaria, partiendo de la condición de trabajador por cuenta ajena—, determinando así, en consecuencia, si cabe aplicar la exención a los rendimientos percibidos por los administradores y miembros de los consejos de administración.

A esos efectos, el tribunal analiza el contenido de los artículos 7p de la Ley 35/2006, y 6 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, apuntando que ambos se refieren a los «rendimientos del trabajo», sin definirlos, y a los «trabajos efectivamente realizados en el extranjero», en este caso, sin concretar tampoco a qué tipo de trabajo se refieren y limitándose a precisar, eso sí, que su realización debe ser efectiva.

Advertido lo anterior, el alto tribunal entiende que para concretar el sentido y la extensión de la primera de las expresiones apuntadas —rendimientos del trabajo—, debe entenderse que los citados preceptos se remiten, de forma implícita, a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 35/2006, dado que es dicho precepto el que define tal categoría de las rentas, por lo que analiza sus dos primeros apartados. Así, señala lo siguiente:

1. En el apartado 1 del artículo 17 de la Ley 35/2006, se incluye una definición genérica de los rendimientos del trabajo para, a continuación, ofrecer un listado abierto de contraprestaciones o utilidades que el legislador considera incluidas en dicho concepto genérico (sueldos y salarios, prestaciones por desempleo, remuneraciones en concepto de gastos de representación, etc.).
2. El apartado 2, por su parte, contiene otra lista de prestaciones, pero esta vez con carácter cerrado, que se califican de rendimientos de trabajo, aun cuando no se corresponden con el citado concepto genérico del párrafo primero del artículo 17.1, pero a las cuales, por razones técnicas, el legislador atribuye tal consideración. En ese listado se incluyen una serie de rentas heterogéneas entre las que interesa destacar la referencia a las siguientes:
 - A las retribuciones derivadas de relaciones laborales de carácter espe-

cial —apartado j—, supuesto este que hace referencia a una relación laboral, aunque especial, que no está incluida en el apartado 1. Esto —señala el tribunal— es una señal inequívoca de que no todas las relaciones laborales propiamente dichas están en dicho apartado 1, no existiendo razones para excluir la aplicación de la exención a los supuestos comprendidos en el apartado 2 por el único motivo de haber sido incluidos en éste.

- A las retribuciones de los administradores y miembros de los consejos de administración, de las juntas que hagan sus veces y demás miembros de otros órganos representativos —apartado e—, rentas que la Administración ha venido excluyendo del ámbito de la exención que nos ocupa siguiendo en este punto el criterio de diversas contestaciones a consultas de la Dirección General de Tributos. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera ahora que ésta es una interpretación restrictiva que no tiene apoyo en una interpretación literal, lógica, sistemática y finalista del artículo 7p de la Ley 35/2006, careciendo de sentido excluir la aplicación de la exención en esos casos sin discutir siquiera la categoría del trabajado realizado.

Pues bien, aplicando lo anterior al supuesto analizado en la sentencia, en el que se acreditó que las retribuciones percibidas por los administradores o miembros del consejo de administración —uno de los cuales ocupaba el cargo de presidente de éste— derivaban del ejercicio de las funciones ejecutivas y de gestión, el tribunal considera que «no puede, por principio, rechazarse que los rendimientos percibidos por los administradores y miembros del consejo de administración pueden acogerse a la exención controvertida».

A efectos de fundamentar su posición, el Tribunal Supremo introduce las siguientes consideraciones:

- La posibilidad de aplicar la exención a las rentas referidas no se defiende en este caso recurriendo a la analogía —proscrita por el artículo 14 de la Ley General Tributaria—, sino sobre la base de una adecuada interpretación de las normas jurídicas, ya que no existen criterios hermenéuticos específicos de las normas constitutivas de exenciones o bonificaciones, las cuales deberán ser interpretadas con arreglo a los mismos criterios o métodos que el resto de las normas tributarias.
- De acuerdo con lo anterior, a las exenciones se aplican también los criterios recogidos en el artículo 12.1 de la Ley General Tributaria, que a su vez se remite al artículo 3.1 del Código Civil, lo que obliga a tener en cuenta que la exención controvertida responde a la finalidad de favorecer la internacionalización de las empresas en territorio español, mejorando su competitividad mediante la reducción de la carga tributaria de los trabajadores.
- Por otra parte, y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 12.2 de la Ley General Tributaria, no puede dudarse de que el término rendimientos de trabajo se define, por remisión implícita del citado artículo 7p, a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 35/2006, tanto en su apartado 1 como también en su apartado 2. Como ya se ha señalado, al margen de algunos de los supuestos incluidos en ese apartado 2 por razones técnicas, la calificación como rendimientos de trabajo de otra serie de supuestos no parece contraria, conceptualmente hablando, a tal naturaleza y, en todo caso, es una calificación legal expresa. Por ello, el tribunal no comparte que la Administración insista en manejar una interpre-

tación restrictiva del artículo 7p, reduciendo así el ámbito de la exención sin apoyo legal y excluyendo su aplicación, sin más razonamiento y como punto de partida, respecto de las rentas a las que se refiere la letra e del apartado 2 del citado artículo 17.

Todo lo anterior ha conducido al tribunal en este caso a rechazar el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado, declarando que la exención prevista en el artículo 7p de la Ley del impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas sí puede aplicarse a los rendimientos percibidos por los administradores y miembros de los consejos de administración, extremo que dependerá en cada supuesto de la prueba practicada y que, en este caso, resulta del encaje entre las labores ejecutivas y de gestión que la Audiencia Nacional —en la sentencia objeto de recurso— realizó de los trabajos efectuados en el extranjero por parte de los dos miembros del consejo de administración.

De esta manera, la sentencia comentada viene a sumarse a otras precedentes —sentencias de 28 de marzo del 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1056) y de 25 de febrero del 2021 (ECLI:ES:TS:2022:2485)— que también han contribuido a aclarar diferentes aspectos relativos a la interpretación del artículo 7p, de la Ley 35/2006 y concluye que dicho precepto no prevé cuál debe ser la naturaleza de los trabajos; no prohíbe que se trate de labores de supervisión o coordinación, y no reclama que los viajes al extranjero sean prolongados o tengan lugar de forma continuada, sin interrupciones, por lo que, en principio, no se pueden descartar los traslados esporádicos o incluso puntuales fuera del territorio nacional, extremo que no resulta incompatible con la finalidad de la exención, ya referida.

Nótese, por tanto, que se admite la aplicación de la exención del artículo 7p de la citada ley en relación con las remuneraciones percibidas por

consejeros o miembros del consejo de administración de una entidad residente en territorio español por las labores ejecutivas y de gestión efectuadas en desplazamientos al extranjero, concurriendo los demás requisitos para aplicar la exención y no tratándose de actividades propias de la dirección y control ejercidas por un consejero que representa a la matriz en la entidad no residente.

Por todo lo anterior recomendamos, tal y como hemos venido haciendo en el pasado, a todos aquellos administradores y consejeros que hayan obtenido rendimientos por sus trabajos realizados en el extranjero y que no hayan aplicado la exención en ejercicios no prescritos, que revisen su situación a efectos de poder beneficiarse de ella.

El Tribunal Supremo concluye que las sociedades podrán deducirse las retribuciones abonadas a sus socios trabajadores (SSTS de 6 de julio y 11 de julio de 2022)

El Tribunal Supremo, en dos sentencias de 6 de julio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2851) y de 11 de julio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2851), ha resuelto sendos recursos de casación en los que analiza si una entidad puede deducir como gasto, en su impuesto de sociedades, las cantidades abonadas a su socio mayoritario, no administrador, en concepto de sueldo o retribución por trabajos efectivamente realizados para dicha entidad.

En estos casos, tanto la Administración como las sentencias de instancia defendieron la no deducibilidad de tales cantidades al entender que no existía una relación de dependencia y ajenidad entre el socio y la entidad —dado el interés del primero en la actividad y resultados de la segunda—, y que dichos importes abonados no

resultaban obligatorios, por lo que debían calificarse como liberalidades —ex artículo 14.1.e) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, reproducido en el actual artículo 15.1.e) de la Ley 27/2014—. Por el contrario, la sociedad recurrente —la misma en ambos casos—, defiende que dichos pagos son deducibles como gasto, no pudiéndose aplicar en estos casos el régimen jurídico de las retribuciones percibidas por los administradores.

Pues bien, el Alto Tribunal, en su análisis de la cuestión, realiza las siguientes consideraciones:

- La respuesta que se ofrezca en estos casos, se formulará en estricta consideración al impuesto sobre sociedades.
- La solución a la que se llegue no debería variar si, en lugar de acreditar el socio una nómina o sueldo devengado en el ámbito de una relación laboral caracterizada por la dependencia, hubiese facturado a la sociedad, percibiendo las cantidades que se pretenden deducir mediante la expedición de las correspondientes facturas por sus servicios, como trabajador autónomo. Y ello, porque lo realmente trascendente es la realidad de la prestación del servicio, de su efectiva retribución y, por supuesto, de su correlación con la actividad empresarial.
- Aunque no es objeto de debate en estas sentencias, el tribunal sí advierte de la oportunidad que podría tener en estos casos atender al principio de regularización íntegra para «homogenizar» el tratamiento fiscal de las retribuciones objeto de controversia, ya que resulta incoherente negar las notas de dependencia y ajenidad, a los efectos de rechazar la deducción como gasto de las cantidades abonadas al socio a efectos del impuesto sobre sociedades y, al mismo tiempo, aceptar la tributación de éstas como rendimientos de trabajo en el impuesto sobre la renta de las personas físicas.
- De los argumentos esgrimidos por la Administración, asumidos por las sentencias de instancia, se desprende con claridad que en el fondo de los mismos subyace la preocupación de evitar o amparar situaciones fraudulentas. En ese sentido, las referencias a los términos «dueño» o «propietario de la empresa» para referirse al socio, reafirman una idea de control sobre la sociedad que conduce a ignorar la existencia de dos personalidades jurídicas distintas —la de la sociedad y la del socio—, desdibujándose así, sin una sólida justificación, una premisa sobre la que ha venido erigiéndose desde hace siglos buena parte del Derecho actual, y ello con el fin de preservar la integridad del gravamen.
- Ha de recordarse, teniendo en cuenta que está en juego el respeto de los derechos y garantías de los obligados tributarios, que la Administración carece de facultades para calificar un determinado acto o negocio de forma libérrima debiendo, por el contrario, ser cuidadosa a la hora de elegir y de aplicar los mecanismos que el ordenamiento jurídico pone a su disposición.
- Por ello, es improcedente presuponer, por la sola vía de la calificación jurídica, que el pago de las cantidades al socio mayoritario, no administrador, responda a una finalidad distinta a la de retribuir los servicios prestados en beneficio de la propia sociedad y en correlación a la actividad empresarial. Respecto de esta expresión el tribunal invoca el criterio vertido en su Sentencia de 8 de febrero de 2021 (ECLI:ES:TS:2022:2485) donde, analizando el binomio gastos-ingresos, defendió que pueden ser gastos deducibles los correlacionados con la propia actividad

económica empresarial, que estarán vinculados con los ingresos cuando las acciones realizadas se dirigen a obtener un mejor resultado empresarial. Por otra parte, recuerdan también las sentencias objeto de comentario que la normativa reguladora del impuesto proporciona una definición en negativo o excluyente de los gastos deducibles, centrándose en los no deducibles, por lo que la noción de gastos deducibles en el impuesto sobre sociedades parte de la regla general de la deducibilidad, constituyendo la no deducibilidad una excepción.

- Así pues, lo primordial será atender a la causa o a la finalidad que determina la existencia del gasto —respecto del que debe acreditarse su inscripción contable y justificación documental, así como su imputación con arreglo a devengo—, poniendo de ese modo el acento en la realidad y efectividad de la actividad desarrollada, de suerte que la retri-

bución abonada no será deducible si responde a la simple condición de socio, accionista o participe, pero lo será cuando obedezca a la actividad desarrollada o al servicio prestado. Y es que, añade el Alto Tribunal, no puede pretenderse que quien realice la actividad o preste el servicio se desprenda o abstraiga de su condición de socio, accionista o participe.

En atención a todo lo anterior, el Tribunal Supremo ha resuelto en ambos casos que «los gastos relativos a la retribución que perciba un socio mayoritario no administrador, como consecuencia de los servicios prestados en favor de la actividad empresarial de la sociedad, constituyen gastos fiscalmente deducibles a efectos del impuesto sobre sociedades, cuando observando las condiciones legalmente establecidas a efectos mercantiles y laborales, dicho gasto acredite la correspondiente inscripción contable, se impute con arreglo a devengo y revista justificación documental.

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

Íñigo Erlaiz
Socio Director, Madrid
Tel.: (+34) 91 582 91 00
ierlaiz@ga-p.com

Fernando Igartua
Socio, New York
Tel.: (+34) 91 582 91 00
figartua@ga-p.com

David González
Socio, Madrid
Tel.: (+34) 91 582 91 00
dgonzalez@ga-p.com

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

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

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

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

Advertencia legal: Este boletín sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, 2022. Todos los derechos reservados.

Coordinadores: Inés Fontes Migallón y Fernando Marín de la Bárcena.

ISSN 2951-8369