



Sociedades

Área de Mercantil de Gómez-Acebo & Pombo

2023 N.º 26

Contenido

Análisis.....	4		
— Deberes de lealtad y responsabilidad por retribuciones excesivas (SAP de Barcelona [15ª] 1387/2022, de 28 de septiembre). Alberto Díaz Moreno, Consejero académico de GA_P	4		
— La nulidad de los acuerdos sociales por abusividad al ser contrarios al interés de tercero (STS 701/2022, de 25 de octubre). Reyes Palá Laguna, Consejera académica de GA_P	9		
Práctica Societaria	15		
• Pactos parasociales	15		
— Dos reglas relativas a los pactos de socios en empresas emergentes y un puñado de dudas	15		
• Registro Mercantil	16		
— La inscripción en el Registro Mercantil de las escrituras reseñadas en el fallo de una sentencia judicial (resultado de un allanamiento) requiere la presentación de las correspondientes escrituras públicas (RDGSJFP de 3 de octubre de 2022).....	16		
— Títulos contradictorios: se deniega la inscripción (RDGSJFP de 24 de octubre de 2022).....	17		
— Si el convocante de una junta está pendiente en cuanto a la vigencia de su cargo de una demanda judicial, los acuerdos de la junta convocada no podrán inscribirse hasta que se resuelva por sentencia firme (RDGSJFP de 22 de noviembre de 2022).....	17		
		• Constitución y estatutos	17
		— Grado de detalle del domicilio social en los estatutos sociales (RDGSJFP de 13 de septiembre de 2022)	17
		• Junta General.....	18
		— Enajenación en favor de un adquirente de buena fe de un activo esencial sin acuerdo de la junta de la sociedad transmitente (SAP Madrid 392/2022, de 27 de mayo).....	18
		— Sólo «Correos y Telégrafos, S.A.» vale para convocar junta general mediante correo certificado (RDGSJFP de 12 de septiembre de 2022).....	19
		• Administradores.....	20
		— Los administradores no son emprendedores de responsabilidad limitada (actúan por cuenta ajena) (RDGSJFP de 26 de septiembre de 2022).....	20
		— La comunicación por el administrador mediante burofax (con firma legitimada notarialmente) de su renuncia al cargo no constituye notificación fehaciente a los efectos del artículo 147 RRM (RDGSJFP de 13 de octubre de 2022)	20
		— Inscripción en el Registro de la Propiedad de la donación efectuada en nombre de la sociedad por administrador no inscrito (RDGSJFP de 22 de noviembre de 2022)	21
		— Para inscribir el nombramiento de liquidador es necesaria la previa inscripción del cese del administrador por fallecimiento (RDGSJFP de 1 de diciembre de 2022)	22

• Aumento y reducción de capital.....	22		
— Es inscribible una operación acordeón, acordada en junta universal y por unanimidad, sin verificación del balance, cuando en un acuerdo de subsanación para evitar el rechazo de la inscripción se aumenta el capital hasta una cantidad idéntica a la existente antes de la reducción (RDGSJFP de 10 de octubre de 2022)	22		
— Reducción de capital de una S.L. por amortización de participaciones adquiridas a título oneroso: no es necesario que la sociedad constituya reserva indisponible (RDGSJFP de 4 de noviembre de 2022).....	23		
— Operación combinada de reducción de capital por condonación de dividendos pasivos y simultánea ampliación con cargo a reservas (RDGSJFP de 15 de noviembre de 2022)	23		
• Cuentas anuales.....	24		
— Depósito de cuentas: necesidad de identificación del titular real (RDGSJFP de 6 de septiembre de 2022).....	24		
• Disolución y liquidación	25		
— Nueva extensión de la suspensión de la causa de disolución por pérdidas (artículo 65 del Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre).....	25		
		— Es posible la inscripción de la liquidación de la sociedad si las deudas que aparecen en el balance final constan como pagadas en la certificación o la escritura (RDGSJFP de 22 de noviembre de 2022).....	26
		• Modificaciones estructurales	26
		— Escisión parcial, rama de negocio, subrogación contractual y responsabilidad solidaria (STS 621/2022, 26 septiembre, <i>Inversis / Andbank</i>)	26
		• Sociedades cotizadas.....	29
		— La dimisión del consejero «por motivos personales» y la información privilegiada (STS 1395/2022, de 31 de octubre de 2022).....	29
		• Tendencias regulatorias	30
		— La nueva información sobre sostenibilidad que proporcionarán las empresas	30
		— La directiva de equilibrio de género en los consejos de administración de las sociedades cotizadas	31

Análisis

Deberes de lealtad y responsabilidad por retribuciones excesivas (SAP de Barcelona [15ª] 1387/2022, de 28 de septiembre)

ALBERTO DÍAZ MORENO

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

La Audiencia Provincial de Barcelona se ha pronunciado sobre la restitución por el administrador social de las retribuciones desproporcionadas fijadas por la junta general y percibidas por aquél en perjuicio de la compañía (restitución que le fue reclamada mediante el ejercicio por la minoría de la acción social de responsabilidad por infracción del deber de lealtad).

1. Antecedentes

§ 1. La junta general de una sociedad anónima acordó en julio de 2017 fijar las retribuciones del único administrador (y socio mayoritario titular de dos tercios del capital social), elevándolas notablemente con respecto a las que aquél había venido percibiendo anteriormente como consejero delegado de la compañía. El acuerdo correspondiente se adoptó —con el voto a favor sólo del socio/administrador afectado— en los siguientes términos: «Se fija y aprueba por unanimidad, con el voto favorable del 66% del capital social, como retribución por el desempeño del cargo de administrador único, una cantidad

fija anual bruta de 88.800 euros, a razón de 7.400 euros mensuales».

§ 2. El otro socio (titular de una participación que alcanzaba el tercio del capital social) ejercitó —con base en el artículo 239 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC)— la acción social de responsabilidad contra el administrador (cuyo ejercicio había sido rechazado en 2019 por la junta de la compañía). En su demanda reclamaba que se reintegraran a la sociedad la totalidad de las cantidades percibidas por el administrador demandado como remuneración por el ejercicio del cargo durante los ejercicios 2017 y 2018 (177.600 euros).

§ 3. El fundamento de su pretensión radicaba en el hecho de que —según su criterio— se había percibido una remuneración desproporcionada y abusiva con perjuicio para el interés social. Esta desproporción quedaría puesta de manifiesto por el hecho de que las cantidades percibidas representaron un 28,33% de la cifra de negocios de la com-

pañía en 2017 y de un 24,33% de dicha cifra en 2018.

§ 4. El administrador demandado, por su parte, sostuvo que la retribución cuestionada era de importe inferior a la que percibían previamente en conjunto los tres integrantes del consejo de administración de la sociedad (órgano luego sustituido por un administrador único). En este sentido debe observarse que desde 2011 el demandado (presidente del consejo y consejero delegado) percibía 5.000 euros mensuales de remuneración, mientras que el secretario y el único vocal del órgano recibían cada uno 1.500 euros. De otra parte, el demandado argumentó que la retribución fijada resultaba razonable y proporcionada a la vista del valor del patrimonio societario (numerosos pisos, naves industriales y plazas de aparcamiento) y de la complejidad de su gestión diaria (encargos de servicios de reparación, adecuación de los pisos, renovaciones y reestructuraciones, etc.).

§ 5. En primera instancia, y una vez descartado que el ejercicio de la acción de responsabilidad se encontrara condicionado a la impugnación del acuerdo de la junta que aprobó la retribución discutida, se desestimó la demanda. Básicamente, el juzgado entendió que la retribución fue aprobada de conformidad con las previsiones legales y estatutarias y que —dadas la naturaleza y la complejidad de las actividades desarrolladas por el administrador demandado y a la vista de la facturación, de la situación financiera y de la rentabilidad de la sociedad— no podía considerarse desproporcionada ni, por tanto, lesiva para el interés social.

§ 6. El actor formuló recurso de apelación, que fue parcialmente estimado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) 1387/2022, de 28 de septiembre (ECLI:ES:APB:2022:10055). Consecuen-

temente, se declaró al demandado responsable de los daños y perjuicios causados a la compañía administrada por haberse conducido con infracción de su deber de lealtad y se le condenó a restituir a esta entidad la cantidad de 57.600 euros, importe de la diferencia entre las retribuciones efectivamente percibidas durante los años 2017 y 2018 (consideradas excesivas) y las que había venido percibiendo con anterioridad.

2. El deber de lealtad, el acuerdo de la junta de aprobación de la retribución del administrador y la responsabilidad de éste en caso de que la remuneración resulte desproporcionada o abusiva

§ 7. La demanda formulada contenía una pretensión indemnizatoria basada en la alegada infracción del deber de lealtad por parte del administrador demandado. La Audiencia Provincial de Barcelona consideró oportuno, por ello, ocuparse en primer lugar de definir los contornos de este deber y del concepto de interés social (*infra*, 2.1). Además, efectuó, de manera incidental, algunas observaciones adicionales sobre el conflicto de intereses en el que se ve inmerso el administrador cuando se trata, precisamente, de decidir sobre su retribución y sobre la repercusión que esta situación conflictiva ha de tener sobre el procedimiento de adopción de acuerdos en los órganos sociales (*infra*, 2.2). Finalmente, la sala de apelación se detuvo, para resolver el litigio, en la cuestión de la existencia y del alcance cuantitativo de la responsabilidad del administrador demandado por la percepción de retribuciones excesivas (*infra*, 2.3).

2.1. Deber de lealtad e interés social

§ 8. Partiendo de que el deudor debe desempeñar su cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de

buena fe y en el mejor interés de la sociedad (art. 227 LSC), la Audiencia recordó la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo 889/2012, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:4586) en relación con el concepto de interés social:

«En una sociedad de capital, el interés social, aunque no se agote en el interés propio de sus socios, viene en gran medida conformado por dicho interés. No en vano, la sociedad tiene una connatural finalidad económica (lucro), que presidió su constitución y el desarrollo de su actividad, y que ordinariamente redundaba en beneficio de sus socios. Lo anterior no impide que, al reconocer personalidad jurídica propia a la entidad, distinta de sus socios, y al dotarla de un objeto social y, consiguientemente, de una finalidad, pueda hablarse de un interés de la propia sociedad. Este interés social no se identifica con el de los socios, pero se nutre del interés de estos últimos, y por eso la jurisprudencia referencia el interés social al interés del conjunto de los socios».

§ 9. Así, siguiendo lo expuesto en la referida resolución del Tribunal Supremo (TS), el tribunal de apelación afirmó que, a los efectos de la responsabilidad derivada del incumplimiento del deber de lealtad, lo relevante es que «los administradores se abstengan de anteponer su interés personal al de la sociedad, que en principio viene configurado por el interés del conjunto de los socios». Siempre, claro está, que la conducta de los administradores,

respondiendo a lo que hubiera sido convenido por los socios, no llegue a perjudicar los legítimos derechos de terceros (por ejemplo, los de los acreedores, que podrían verse afectados por la insolvencia a la que pudiera conducir una determinada política de retribuciones en la medida en que llegara a afectar gravemente a la capacidad de pago o de cumplimiento de las obligaciones sociales).

2.2. *El conflicto de intereses en el seno de los órganos sociales*

§ 10. Como apunta la Sentencia reseñada, en el trance de decidir sobre su retribución, el administrador se encuentra en una evidente situación de conflicto de intereses porque el suyo particular (a obtener la mayor retribución por sus servicios) colisiona con el interés de la sociedad (que él mismo está obligado de perseguir). De ahí que, pese sobre él, en cuanto administrador, el deber de abstenerse de participar en la deliberación y en la votación de acuerdos o decisiones en las que él (o una persona vinculada) tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto (art. 228c LSC).

§ 11. Sin embargo, y teniendo en cuenta que el artículo 190.1 LSC no es susceptible de interpretación extensiva, la Audiencia precisó que el administrador/socio no queda sometido al deber de abstención previsto en dicho precepto cuando se trate de adoptar en la junta general un acuerdo sobre su retribución. Cuestión distinta es que quepa la impugnación de los acuerdos con este contenido y que sea aplicable en ese caso el artículo 190.3 LSC si se dan los requisitos para ello (que

el conflicto efectivamente exista y que el voto del socio/administrador en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo). Por tanto, existiendo al tratar de su retribución un conflicto entre el interés del socio/administrador y el social (conflicto que en este supuesto no es de carácter posicional), recaería sobre la sociedad (y, en su caso, sobre los socios afectados por el conflicto) la carga de probar la conformidad del acuerdo con el interés social (cfr. STS 310/2021, de 13 de mayo [ECLI:ES:TS:2021:1859]).

2.3. *La responsabilidad por la percepción de retribuciones excesivas*

§ 12. Ahora bien, según se anticipó más arriba, el acuerdo de la junta general de julio de 2017 por el que se fijó la nueva retribución para el administrador demandado no fue impugnado. No obstante, y como es obvio y se ocupó de recordar la Audiencia Provincial, el ordenamiento prevé otros remedios —más allá de las acciones impugnatorias— para corregir las consecuencias de la infracción del deber de lealtad. En particular, la Ley dispone que «la infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador» (art. 227.2 LSC). A lo que debe añadirse que el ejercicio de la acción de responsabilidad «no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad» (art. 232 LSC).

§ 13. En este caso se ejercitó la acción social de responsabilidad (art. 236 LSC), solicitando la devolución de las cantidades percibidas por el administrador con base en el acuerdo adoptado en 2017. Con la particularidad de que (al amparo del art. 239 LSC) fue ejercitada por el socio minoritario y no por la propia sociedad, cuya junta se pronunció en 2019 en contra de su ejercicio (en rigor, a la vista de la actual redacción del art. 239.2 LSC, la acción podía igualmente haber sido ejercitada «directamente» por el minoritario sin necesidad de someter la decisión a la junta dado que su fundamento radicaba en la infracción del deber de lealtad).

§ 14. En relación con lo anterior, la Audiencia de Barcelona recordó, de la mano en este caso de la Sentencia del Tribunal Supremo 391/2012, de 25 de junio (ECLI:ES:TS:2012:5815), que no es suficiente, para eludir la responsabilidad derivada del daño eventualmente causado a la sociedad, que los acuerdos societarios que fijen la retribución de los administradores no hubieran sido impugnados en su momento (recuérdese, a este propósito, que no exonera de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general —art. 236.2 LSC—). Y es que los administradores sociales deben responder frente a la sociedad, los socios y los acreedores sociales de las cantidades percibidas cuando se trate de las llamadas «remuneraciones tóxicas» contrarias a los intereses sociales y a los límites que impone la conjunción del deber de lealtad societaria y la ética social (en relación con estas cuestiones, la Audiencia

cita en su apoyo las Sentencias del Tribunal Supremo 165/2004, de 5 de marzo [ECLI:ES:TS:2004:1509], 1049/2006, de 24 octubre [ECLI:ES:TS:2006:6403] y 377/2007, de 29 de marzo [ECLI:ES:TS:2007:2220]).

§ 15. Descendiendo al concreto litigio planteado, la Audiencia centró el debate en la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad de los administradores. En concreto, entró a decidir si la retribución controvertida era desproporcionada y abusiva y, por tanto, si su percepción constituía una conducta antijurídica que hubiera ocasionado un daño al patrimonio social.

§ 16. El punto de referencia lo constituyó, por tanto, el artículo 217.4 LSC, según el cual la remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables.

§ 17. En nuestro caso, la Audiencia Provincial constató que la actividad de la sociedad se había mantenido invariable desde 2011 y que tampoco se habían producido cambios en la situación económica de la compañía que justificaran un incremento de la remuneración como el acordado en 2017. De hecho, la única modificación relevante verificada fue de naturaleza orgánica: el órgano de administración pasó de ser un consejo a estar integrado por un administrador único. No obstante, según la Sentencia que

nos ocupa, este cambio no llevó aparejado un aumento de las funciones y responsabilidades del demandado capaz de fundamentar la percepción de una mayor retribución (recuérdese que pasó de los 5.000 euros mensuales que recibía en calidad de consejero delegado a los 7.400 que percibió mensualmente como único administrador, lo que suponía más de un 20% de la cifra de negocios de la compañía). Según se consideró probado, su actividad de gestión no sufrió alteraciones (no se hizo más intensa, exigente o gravosa) en relación con la que ya llevaba a cabo antes del aumento de sus retribuciones. A ello hay que sumar que no se puso en cuestión por las partes la procedencia de la cuantía de la remuneración que venía percibiendo el demandado como consejero delegado hasta 2017, ni se acreditó el carácter desproporcionado de tal retribución.

§ 18. En consecuencia, la Audiencia vino a considerar que carecía de justificación desde el punto de vista del interés de la compañía el incremento de la retribución del administrador demandado de 5.000 a 7.400 euros mensuales. Apreció así la infracción del deber de lealtad y entendió que el daño causado alcanzaba la suma de 57.600 euros, esto es, el exceso (2.700 euros mensuales) percibido durante los años 2017 y 2018 sobre la remuneración anteriormente percibida ($24 \times 2.400 = 57.600$). De esta manera, estimando en parte la demanda, se condenó finalmente al administrador demandado a restituir a la compañía dicha cantidad.

Análisis

La nulidad de los acuerdos sociales por abusividad al ser contrarios al interés de tercero (STS 701/2022, de 25 de octubre)

REYES PALÁ LAGUNA

Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad de Zaragoza
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

La Sentencia del Tribunal Supremo 701/2022, de 25 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3849), ratifica la doctrina jurisprudencial en materia de nulidad de acuerdos sociales por abusividad al ser contrarios al interés de tercero (caso Vega Sicilia).

1. Introducción

§ 1. La Sentencia núm. 701/2022, de 25 de octubre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (ponente: Pedro José Vela Torres) declara la nulidad de los acuerdos adoptados en la junta universal de socios de la sociedad demandada celebrada el 25 de marzo del 2013 referidos a la modificación de los estatutos sociales por entender que son acuerdos contrarios a la ley (arts. 6 y 7 del Código Civil —CC—) al constituir un abuso de derecho.

§ 2. Se trata de una sentencia relevante en materia de nulidad de acuerdos sociales, puesto que dichos acuerdos fueron adoptados con anterioridad a la reforma del artículo

204 LSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, pero el tribunal tiene en consideración también la reforma de este precepto en sus fundamentos jurídicos. Rige la misma doctrina: la nulidad de un acuerdo puede traer causa de su abusividad al ser contrario a la ley (arts. 6.4 y 7.1 y 2 CC), sin necesidad de acudir a otros criterios contenidos en la LSC.

§ 3. El origen del conflicto entre los dos grupos de accionistas se encuentra en la discusión judicializada sobre el control efectivo de la sociedad cabecera del grupo familiar (El Enebro S. A. —en adelante «El Enebro»—), constituida en 1976 por dos cónyuges. Tras el fallecimiento de la esposa, devienen accionistas los siete hijos junto con el padre. En 1987 otorgan escritura pública en la que los hijos, accionistas en partes iguales, acuerdan constituir a título gratuito un derecho de usufructo vitalicio en favor de su padre, que lo acepta, sobre las acciones de El Enebro. Además, convienen en cederle irrevoca-

blemente la representación de los derechos políticos que correspondan a las acciones sobre las que se constituye el derecho de usufructo, obligándose en cada caso a instrumentar los correspondientes apoderamientos a favor del usufructuario, usufructo que se extenderá a todas las acciones que como consecuencia del derecho de adquisición preferente puedan corresponder a todos los hijos. Las sentencias que interesan en este conflicto familiar a los efectos de la del Tribunal Supremo de 25 de octubre del 2022 comienzan a dictarse a partir de la del Juzgado de Primera Instancia 53 de Madrid de fecha 24 de junio del 2011.

2. La doctrina del Tribunal Supremo en relación con la nulidad de acuerdos sociales por abusividad al ser contrarios al interés de tercero

§ 4. A continuación resumimos la doctrina del alto tribunal en la sentencia de 25 de octubre del 2022 a propósito de la nulidad de acuerdos sociales por abusividad al ser contrarios al interés de tercero y que, sintéticamente, puede exponerse como sigue: es causa de nulidad que el acuerdo social haya sido adoptado en fraude de ley (art. 6.4 CC), de mala fe (art. 7.1 CC) o con abuso de derecho (art. 7.2 CC), sin necesidad de demostrar que lesiona el interés social o que, aun no lesionándolo, ha sido adoptado de forma abusiva por la mayoría en perjuicio de la minoría. Como declaró en la Sentencia 73/2018, de 14 de febrero (ECLI:ES:TS:2018:410), «[l]o que provoca la nulidad del acuerdo [no es el hecho de que afecte negativamente al derecho de un tercero,] es que esa afectación negativa al derecho de un tercero o, lo que es lo mismo, el perjuicio para el tercero ha sido producido por un acuerdo contrario a la ley, y que esa contrariedad a la ley consiste en que el acuerdo constituye un abuso de derecho».

§ 5. Con anterioridad a la reforma del artículo 204 LSC por la Ley 31/2014, el precepto distinguía entre acuerdos anulables y acuerdos nulos. Sólo eran nulos los acuerdos contrarios a la ley. Los acuerdos que se opusieran a los estatutos o lesionaran el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros eran acuerdos anulables. En consecuencia, el único supuesto para el que los terceros que acreditaran interés legítimo estaban legitimados para impugnar un acuerdo social por causa de nulidad —indica el tribunal— era que fuese contrario a la ley: lo que se ha de valorar entonces es si el abuso de derecho en la adopción del acuerdo en perjuicio de tercero puede considerarse una infracción de ley (art. 7.2 CC) determinante de su nulidad.

§ 6. Recuerda el Tribunal Supremo en el apartado primero del fundamento de derecho quinto de la Sentencia 701/2022 que el tema de la nulidad de un acuerdo social por supuesto abuso de derecho que perjudica no a la sociedad ni a los socios minoritarios, sino a un tercero, conforme al régimen anterior a la reforma de la LSC operada por la Ley 31/2014, fue tratado en extenso por la Sentencia 73/2018, de 14 de febrero (con cita de las sentencias 422/2011, de 7 de junio [ECLI:ES:TS:2011:4282]; 567/2012, de 26 de septiembre [ECLI:ES:TS:2012:5991]; 159/2014, de 3 de abril [ECLI:ES:TS:2014:1619] y 58/2017, de 30 de enero [ECLI:ES:TS:2017:327]). Para poder apreciar la nulidad, «debe constatarse que concurren los requisitos exigidos por el artículo 7.2 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta para considerar la concurrencia de abuso de derecho en esta materia societaria: i) el uso formal o externamente correcto de un derecho; ii) que cause daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y c) la inmoralidad o antisocialidad de esa conducta, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del dere-

cho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercitarlo, esto es, en ausencia de interés legítimo), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo)».

§ 7. En las sentencias citadas, el Tribunal Supremo precisa que la apreciación del abuso de derecho no exige que concurra otra infracción legal (que se haya infringido un determinado precepto de la Ley de Sociedades de Capital), por cuanto se trata de una actuación aparente o formalmente amparada en la ley, pero que, por las excepcionales circunstancias que en ella concurren, constituye una extralimitación que la ley no ampara.

§ 8. Esta cuestión —continúa el Supremo— «había sido ya abordada en numerosas ocasiones por la jurisprudencia de la Sala, que compendió la citada Sentencia 73/2018, de 14 de febrero. Así, en las sentencias 873/2011, de 7 de diciembre (ECLI:ES:TS:2011:9284), y 991/2011, de 7 de enero del 2012 (ECLI:ES:TS:2012:1686), declaramos que, aunque en la regulación de la impugnación de acuerdos sociales no se hiciera mención expresa al abuso de derecho o al abuso de poder, ello no constituía un obstáculo insuperable para la anulación de los acuerdos sociales en tales supuestos, ya que, a tenor del artículo 7 del Código Civil, son contrarios a la ley»¹.

§ 9. Como corolario a esta doctrina jurisprudencial sobre la nulidad de los acuerdos sociales bajo el régimen anterior a la reforma del artículo 204 LSC por la Ley 31/2014, indica el Supremo que existen algunos casos de abuso de derecho, en especial cuando afectan a conflictos intrasocietarios, en los que la conducta está expresamente tipificada como causa de impugnación del acuerdo social. En este caso no sería necesario acudir al régimen general del artículo 7.2 del Código Civil, sino que habría de estarse a lo previsto específicamente en la norma societaria. Se trata de los acuerdos sociales que incurren en un abuso de derecho que determina la lesión del interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros (*vide ad ex.* las sentencias 641/1997, de 10 de julio [ECLI:ES:TS:1997:4910] y 1136/2008, de 10 de diciembre [ECLI:ES:TS:2008:6664]).

§ 10. Tras la reforma del artículo 204 LSC por la Ley 31/2014, la pregunta que se hace el TS es qué sucede cuando el abuso de derecho en que se ha incurrido al adoptar el acuerdo social no es reconducible a ese supuesto de acuerdo «lesivo» del interés social específicamente previsto en el artículo 204.1 de dicha ley, y ello tanto antes como después de la reforma del año 2014. Así ocurre cuando el abuso de derecho que supone la aprobación del acuerdo social no lesiona propiamente el interés social.

¹ Recuerda asimismo la Sentencia 510/2017, de 20 de septiembre, que confirmó la declaración de nulidad, conforme al artículo 7.2 del Código Civil, de los acuerdos aprobados en una junta general en cuya convocatoria se incurrió en un abuso de derecho, puesto que, aunque su convocatoria se ajustó formal y aparentemente a los preceptos legales que regulan la convocatoria de las juntas sociales, las circunstancias anormales que concurrieron (el administrador se apartó del modo en que hasta ese momento se venían convocando las juntas en la sociedad, que era una sociedad cerrada de tan sólo tres socios) y la finalidad con que se actuó (impedir que los socios titulares de la mitad del capital social asistieran a la junta y adoptar el acuerdo de cese del administrador social enfrentado al administrador convocante de la junta) permiten concluir la nulidad de los acuerdos adoptados en esta junta. También se refiere a la Sentencia 536/2022, de 5 de julio, que confirmó la nulidad, por abuso de derecho (manifestado en mala fe y contravención de los actos propios), de unos acuerdos adoptados con privación del derecho de asistencia y voto a unos socios representados conforme a un sistema de representación previamente admitido por la sociedad en unas juntas generales precedentes y sin tiempo para que pudieran reaccionar a dicho cambio de criterio.

§ 11. Y éste es el caso del acuerdo objeto del recurso que origina la sentencia de 25 de octubre del 2022: aunque el acuerdo no fue adoptado en interés de la sociedad, no consta tampoco que le supusiera un perjuicio, por cuanto el perjuicio se habría producido para un tercero formalmente ajeno a la sociedad. Tampoco se trataría de un «abuso de la mayoría» en perjuicio de la minoría social, a que hace referencia el apartado segundo del actualmente vigente artículo 204.1 LSC, porque el supuesto acuerdo fue adoptado de forma unánime por todos los socios y el perjuicio se produjo a un tercero. Y concluye que el caso debe ser reconducido al régimen general del artículo 7.2 del Código Civil, en tanto que la expresión «que sean contrarios a la ley» contenida en el mencionado artículo 204.1 ha de entenderse como contrariedad al ordenamiento jurídico, por lo que es causa de nulidad que el acuerdo social haya sido adoptado en fraude de ley (art. 6.4 CC), de mala fe (art. 7.1 CC) o con abuso de derecho (art. 7.2 CC). Cuestión distinta —añade en el fundamento de derecho quinto de la sentencia de 25 de octubre del 2022— «es que estas cláusulas generales del ordenamiento jurídico hayan de aplicarse correctamente y no de una forma que las desnaturalice».

3. Los acuerdos declarados nulos por abuso de derecho en el supuesto de autos

§ 12. Como hemos indicado, el conflicto entre el padre y dos hijos, de un lado, y los cinco hijos restantes, de otro, lleva judicializado desde hace dos décadas. En el 2010, el padre demanda a los cinco hijos enfrentados a él solicitando que se declare su derecho de usufructo vitalicio sobre 146.034 acciones de El Enebro, propiedad de los hijos, y que se les condene a conferirle un poder con carácter irrevocable para ejercer en su nombre los derechos políticos correspondientes a las accio-

nes sobre las que tenía el derecho de usufructo y de las que cada uno de los demandados era nudo propietario, con una serie de menciones en esos apoderamientos —en las que no podemos entrar por razones de extensión de este análisis—, pero de entre las que destacamos la circunstancia de que se consigne expresamente en el apoderamiento que no será obstáculo para el ejercicio por el apoderado (el padre) de las facultades a él delegadas la presencia o concurrencia en el mismo acto de los poderdantes (los cinco hijos enfrentados), demanda que fue estimada en una sentencia dictada el 24 de junio del 2011 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 53 de Madrid. Los demandados interpusieron un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, el cual fue desestimado en la Sentencia 289/2013, de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2013:2928), contra la cual se interpusieron sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, que fueron desestimados por la Sentencia del Tribunal Supremo 256/2015, de 20 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:3048).

§ 13. Las fechas son relevantes, puesto que dos meses antes de la sentencia de la Audiencia de Madrid relativa a la declaración del usufructo vitalicio del padre sobre las acciones de El Enebro, la sociedad Vega Sicilia S.A. (en adelante «Vega Sicilia», de la que El Enebro es titular del 99,9 % del capital social, acuerda en una junta universal celebrada el 25 de marzo del 2013 modificar tres artículos de sus estatutos sociales. En esa fecha, los cinco hijos disconformes integraban el consejo de administración tanto de El Enebro como de Vega Sicilia. La modificación estatutaria que se acuerda en la junta universal consiste, resumidamente, en lo siguiente:

- a) eliminar el derecho de adquisición preferente por los accionistas en las transmisiones de las acciones de la sociedad

originadas por ejecuciones judiciales o administrativas;

- b) modificar el artículo 9 de los estatutos sociales de Vega Sicilia para establecer un *quorum* reforzado del 66,66 % del capital social, presente o representado, tanto en primera como en segunda convocatoria, para aprobar válidamente el nombramiento de administradores o cualquier modificación de los estatutos sociales;
- c) introducir un nuevo artículo 7 bis en los estatutos sociales de Vega Sicilia en el que se atribuyen a los acreedores pignoratícios los derechos políticos correspondientes a las acciones pignoradas.

§ 14. El padre y los dos hijos que permanecían de su lado interpusieron el 13 de febrero del 2014 una demanda de juicio ordinario contra la sociedad Vega Sicilia en la que solicitaban la declaración de nulidad de estos acuerdos de modificación estatutaria adoptados en la junta de 25 de marzo del 2013 por ser contrarios a la ley, al constituir en su opinión un supuesto de abuso de derecho.

§ 15. Es de interés también a nuestros efectos referir que, entre febrero y marzo del 2013 (según se indica en la Sentencia del Tribunal Supremo 87/2018, de 15 febrero [ECLI: ES:TS:2018:418]), la sociedad El Enebro adquirió de los cinco hijos enfrentados al padre, a la sazón consejeros de El Enebro, un paquete de acciones de Eulen S. A. por un precio cuyo pago se fraccionaba a lo largo de siete años. En garantía del pago del precio e intereses (cien millones de euros aproximadamente), El Enebro constituyó a favor de los vendedores un derecho real de prenda sobre 10.255 acciones de Vega Sicilia, las cuales suponen el 58,42 % de su capital so-

cial. En esta operación se establecieron limitaciones a la posibilidad de pago anticipado del precio y se previó que la constitución de la prenda atribuía a los acreedores pignoratícios los derechos políticos de las acciones pignoradas. Asimismo, la prenda se extendió a la parte proporcional de los dividendos inherentes a las acciones pignoradas necesarios para la liquidación del pago de los diferentes vencimientos del precio y sus intereses, en el caso de que el pignorante no cumpliera con su obligación de pago del precio de la venta en los plazos previstos. El cumplimiento parcial de las obligaciones del pignorante no permitiría extinguir proporcionalmente la prenda.

§ 16. Las razones en las que los demandantes del litigio principal fundaban la pretensión de nulidad de los acuerdos de Vega Sicilia consistían en que los acuerdos adoptados en la junta de socios de esta sociedad pretendían frustrar el éxito que el padre pudiera obtener en el anterior litigio, en el que solicitaba el reconocimiento del usufructo y los derechos políticos sobre la mayoría de las acciones de El Enebro. La prenda constituida sobre el 58,42 % de las acciones de Vega Sicilia, que de acuerdo con la reforma de los estatutos de Vega Sicilia atribuía a los acreedores pignoratícios (los cinco hijos con los que estaba enfrentado) los derechos políticos sobre tales acciones, impedía que, en caso de que el padre recuperara el control de El Enebro, ello se tradujera en el control sobre su filial Vega Sicilia. Además, dado que los hijos con los que estaba enfrentado controlaban la sociedad Vega Sicilia mediante la atribución de los derechos políticos correspondientes a las acciones pignoradas, podrían oponerse al reparto de los dividendos que posibilitaran a El Enebro pagar los plazos del precio de las acciones de Eulen S.A., lo que permitiría a dichos hijos la ejecución de la garantía pignoratícia. La eliminación

del derecho de adquisición preferente de los socios en caso de ejecución judicial sobre las acciones dificultaría que El Enebro pudiera recuperar la titularidad de las acciones de Vega Sicilia.

§ 17. Tanto el Juzgado de lo Mercantil como la Audiencia Provincial, ante la que fue apelada la sentencia dictada, estimaron la excepción de caducidad de la acción opuesta por la demandada Vega Sicilia y desestimaron la demanda. La Audiencia Provincial razonó que la impugnación de acuerdos sociales basada en el abuso de derecho no puede determinar su nulidad por ser contrarios a la ley, sino, en todo caso, su anulabilidad por ser lesivos para el interés social. Por tal razón, conforme al régimen legal aplicable —los artículos 204 y siguientes de la LSC en la versión anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014—, el plazo de caducidad aplicable sería el de cuarenta días del artículo 205.2 LSC y no el de un año del artículo 205.1 LSC. El Tribunal Supremo, en su Sentencia 87/2018, de 15 de febrero, considera que el acuerdo social constitutivo de un abuso de derecho que perjudica el interés legítimo de personas formalmente ajenas a la sociedad es un acuerdo contrario a la ley y, por tanto, nulo. Por ello, el plazo de ejercicio de la acción de impugnación es de un año y la acción ejercida no estaría caducada.

§ 18. Dado que la Audiencia Provincial no entró a resolver las cuestiones de naturaleza sustantiva planteadas en la acción de impugnación, pues declaró caducada la acción, el Tribunal Supremo en esta Sentencia 87/2018, de 15 de febrero, conforme a lo solicitado por la parte recurrente con carácter principal, acordó en su fallo casar la acción y reponer los autos al momento anterior a dictarse la sentencia de la Audiencia Provincial para que ésta resolviera sobre el recurso de apelación al haberse desestimado la ex-

cepción de caducidad. La Audiencia Provincial de Valladolid lo resuelve en su Sentencia (Sección 3.ª) 76/2019, de 27 de febrero (ECLI:ES:APVA:2019:223). En esta sentencia, la Audiencia cita como nuevos datos acaecidos desde su anterior sentencia de 19 de junio del 2015 que el padre falleció en noviembre del 2015 y que uno de los dos hijos desistió de la acción de nulidad en fase de recurso de casación, por lo que queda como única parte procesal apelante el otro hijo (hija). Por razones en las que no podemos entrar, desestima el recurso de apelación contra la sentencia al respecto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Valladolid en fecha 30 de diciembre del 2014, que confirma. Simplemente apuntaremos que la Audiencia Provincial considera que los apelantes no tienen *de facto* la mayoría de los derechos políticos en la sociedad matriz (El Enebro) puesto que, conforme al artículo 185 LSC, la representación (instrumentada en este caso con el usufructo vitalicio y el derecho de voto en favor del padre) es esencialmente revocable mediante la asistencia personal del representado. Respecto a la introducción del *quorum* reforzado, considera que los derechos políticos de los actores no alcanzan siquiera la mayoría simple en el consejo de administración, por lo que difícilmente se verían privados del control indirecto de la filial. Estas y otras razones conducen a que la audiencia no considere la existencia de abuso de derecho en la adopción de los acuerdos sociales de Vega Sicilia. La hija interpone un recurso de casación ante el Supremo que tiene como resultado la sentencia de 25 de octubre del 2022. El alto tribunal considera que concurre interés casacional por oposición a su doctrina en materia de nulidad de acuerdos sociales por abusividad. Y sienta la doctrina sobre la abusividad de acuerdos sociales por ser contrarios al interés de terceros expuesta en los epígrafes 1 y 2 del presente análisis.

Práctica Societaria

Pactos parasociales

Dos reglas relativas a los pactos de socios en empresas emergentes y un puñado de dudas

El artículo 11 de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, establece lo siguiente en su segundo apartado:

«2. Los pactos de socios en las empresas emergentes en forma de sociedad limitada serán inscribibles y gozarán de publicidad registral si no contienen cláusulas contrarias a la ley. Igualmente, serán inscribibles las cláusulas estatutarias que incluyan una prestación accesoria de suscribir las disposiciones de los pactos de socios en las empresas emergentes, siempre que el contenido del pacto esté identificado de forma que lo puedan conocer no solo los socios que lo hayan suscrito sino también los futuros socios».

Una lectura rápida de la norma permite formular las siguientes observaciones iniciales:

- a) El precepto se refiere, en su primer inciso, a la inscripción de los pactos de socios (pactos parasociales) y, en su inciso segundo, a la inscripción de las cláusulas estatutarias que impongan como prestación accesoria la de suscribir los pactos de socios de las referidas empresas emergentes («startups»).
- b) Las normas no afectan a todas las denominadas «empresas emergentes», esto es, a todas las que sean titularidad de las personas jurídicas que reúnan las condiciones marcadas en el artículo 3 de la Ley 28/2022 (entre otras, la de «desarrollar un proyecto de emprendimiento innovador que cuente con un modelo de negocio escalable»), sino sólo a las que adopten la forma de sociedad limitada. Aunque el segundo inciso no contiene expresamente esta previsión, su conexión con el primero y su encuadramiento sistemático (en el Título II de la Ley) parecen imponer esta lectura.
- c) Los pactos de socios serán inscribibles —específica la norma— si no contienen cláusulas contrarias a la Ley (habrá, por tanto, calificación del registrador). Obsérvese que no se requiere expresamente para tal inscribibilidad que el pacto sea omnilateral —aunque cabe entender que es éste precisamente el supuesto que se pretende regular—. Por otro lado, la inscripción de estos acuerdos o pactos parece configurarse como potestativa, lo que evidencia que su eficacia inter partes no queda en modo alguno condicionada a la inscripción registral. No es claro si el precepto pretende establecer alguna regla o principio acerca de la eficacia del pacto frente a la sociedad cuando éste pretenda tener eficacia organizativa.
- d) La Dirección General de los Registros y del Notariado ha considerado inscribible una disposición estatutaria que establezca como prestación accesoria el propio cumplimiento de un pacto parasocial (RDGRN de 26 de junio de 2018 [BOE del 10 de julio]). El artículo 11.2 de la Ley 28/2022 prevé —como se ha dicho previamente— algo distinto: serán inscribibles las cláusulas estatutarias que impongan como prestación accesoria la suscripción de los pactos de socios. Nuevamente es

razonable entender que la norma se refiere a los pactos omnilaterales, con respecto a los cuales adquiere mayor sentido una previsión estatutaria como la indicada (aunque teóricamente cabría concebir otros supuestos; obsérvese que la mención —un tanto peculiar— a que el pacto pueda ser conocido por «los socios que lo hayan suscrito» podría dar pie a entender que cabe que haya socios que no lo hayan firmado). Ahora bien, esta inscribibilidad requiere que el contenido del pacto de socios pueda ser conocido, no sólo por los socios (actuales) suscriptores (se supone que los que lo han suscrito lo conocerán) sino, lógicamente, por quienes van a adquirir tal condición (sea en vía originaria o derivativa). Si estos nuevos socios van a tener que suscribir el pacto parasocial, es razonable exigir que puedan conocer y valorar su contenido antes de adquirir o asumir las participaciones sociales correspondientes. Si no se cumple esta condición, la previsión estatutaria no será inscribible. Este objetivo de cognoscibilidad podrá ser alcanzado mediante la inscripción del pacto de socios, lo que lo dotará —como se ha apuntado— de publicidad registral, pero no parece que deba descartarse sin más el recurso a otros medios que garanticen que su contenido sea accesible.

Registro Mercantil

La inscripción en el Registro Mercantil de las escrituras reseñadas en el fallo de una sentencia judicial (resultado de un allanamiento) requiere la presentación de las correspondientes escrituras públicas (RDGSJFP de 3 de octubre de 2022)

Un juzgado de lo mercantil libra mandamiento al Registro para que proceda a la inscripción de

una sentencia dictada por allanamiento y en cuyo fallo se declaraba la inexactitud de un asiento registral de la hoja de una sociedad (que no había sido parte en el proceso) y se ordenaba su rectificación, mediante la inscripción de los acuerdos contenidos en dos escrituras públicas otorgadas el mismo día (la primera relativa al cese y nombramiento de administrador único y la segunda relativa a la inscripción del cambio de socio único) que quedan identificadas en la sentencia.

El Registrador Mercantil objeta, en primer lugar, que el fallo de la Sentencia no reúne la suficiente claridad en cuanto al asiento que se declara inexacto y la rectificación del mismo y solicita que se aporte testimonio judicial de la demanda, a la vista de la cual se completaría la calificación para la práctica en su caso del asiento correspondiente. Además, requiere la presentación de las dos escrituras a que hace referencia el fallo de la sentencia, aunque posteriormente renuncia al primero de los defectos señalados.

La Dirección General reconoce que el respeto a la función jurisdiccional impone a los registradores la obligación de cumplir las resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables con arreglo a las leyes. Ahora bien, las decisiones judiciales están sujetas a la calificación registral en los estrictos términos que resultan del artículo 18.2 del Código de Comercio (CCo), 18 de la Ley Hipotecaria (LH), 6 y 80 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM) y 100 del Reglamento Hipotecario (RH). El registrador ha de examinar en estos casos —a los solos efectos de extender, suspender o denegar la inscripción— sus formalidades extrínsecas, los obstáculos que surjan del Registro, la competencia del juez o tribunal y la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado.

A continuación, explica la forma de ajustar la inexactitud del registro no por reflejar un contenido inexacto (publicidad positiva), sino por no haber

accedido al mismo un hecho inscribible (publicidad negativa): a) la mera resolución judicial no es suficiente porque una demanda de rectificación debe dirigirse contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho y, en este caso, se produjo un allanamiento a un proceso en el que no fue parte la sociedad en cuya hoja hay que practicar la inscripción; b) en consecuencia, hay que presentar las escrituras, que documentan el cese y nombramiento del administrador único y el cambio de socio único.

Títulos contradictorios: se deniega la inscripción (RDGSJFP de 24 de octubre de 2022)

Se presentan —por diferentes personas— dos títulos relativos al nombramiento de administrador de una misma sociedad, realizados por dos juntas distintas y formalizados los acuerdos en dos escrituras otorgadas por distintos notarios en distintas fechas.

Es un tema que no se puede resolver mediante el principio de prioridad (art. 10 RRM) porque el hecho de que el orden de despacho deba corresponder al orden de presentación no puede imponerse a aquellas situaciones en que del documento posteriormente presentado resulte de forma auténtica la falta de validez del primero, o bien comprometida dicha validez en términos tales que su inscripción resultaría contraria al principio general que rige en sede registral de que al Registro Mercantil sólo pueden acceder títulos plenamente válidos y no claudicantes, ni aquellos otros aquejados de incertidumbre en cuanto a las circunstancias fácticas o jurídicas en que se sustenta su validez. La inscripción en estas condiciones sería contradictoria con las presunciones de exactitud y validez que el Ordenamiento anuda a los actos y contratos inscritos en dicho Registro (arts. 20.1 Cco y 7 RRM). La determinación de cuál de los dos documentos debe prevalecer y servir de título para la práctica de un asiento en el Registro

es competencia de los tribunales de Justicia sin que el registrador pueda, en el estrecho ámbito del procedimiento registral, llevar a cabo una decisión que escapa de su competencia.

Si el convocante de una junta está pendiente en cuanto a la vigencia de su cargo de una demanda judicial, los acuerdos de la junta convocada no podrán inscribirse hasta que se resuelva por sentencia firme (RDGSJFP de 22 de noviembre de 2022)

En el presente caso está en entredicho el nombramiento del liquidador que convoca una junta general cuyos acuerdos se pretenden inscribir, por existir un procedimiento judicial interpuesto contra la resolución del registrador mercantil en relación con dicho nombramiento.

El centro directivo confirma que hasta que se decida dicha cuestión por el órgano jurisdiccional no procede la calificación definitiva sobre la solicitud de toma de razón de los acuerdos adoptados en la correspondiente junta: «existiendo una cuestión procesal abierta en el procedimiento de sustitución de liquidador que incide directamente en la situación jurídica que ha de determinar la valoración de los hechos y su inscribibilidad en el Registro Mercantil, no cabe sino suspender la calificación hasta que la misma sea resuelta con carácter firme».

Constitución y estatutos

Grado de detalle del domicilio social en los estatutos sociales (RDGSJFP de 13 de septiembre de 2022)

Se rechaza la inscripción de la siguiente cláusula estatutaria de una S.L. relativa al domicilio

social: «El domicilio social se fija en C/ (...) s/n - Polígono Industrial (...) Burgos», porque no consta debidamente determinado el domicilio, por falta de mención del número, carencia que debería ser suplida por la indicación del número de nave o de parcela.

El recurso es estimado. La mención referente al domicilio social se concreta en el artículo 38 RRM, que dispone que se deberá expresar la calle y número o el lugar de situación, la localidad y el municipio, y, si estuviese fuera de poblado, bastará con indicar el término municipal y el nombre del lugar o cualquier otro dato de localización. La cláusula cuestionada cumple con los requerimientos del citado precepto, dado que menciona la localidad y el municipio de su localización, la calle y, como lugar de situación, el polígono industrial donde se encuentra.

Junta General

Enajenación en favor de un adquirente de buena fe de un activo esencial sin acuerdo de la junta de la sociedad transmitente (SAP Madrid 392/2022, de 27 de mayo)

La sociedad vendedora de una finca demandó a la entidad compradora solicitando que se declarase la nulidad de la compraventa por, entre otras cosas, haberse infringido el artículo 160f LSC. La demanda fue desestimada por el juzgado; el recurso de apelación fue igualmente desestimado por la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia 392/2022, de 27 de mayo (ECLI:ES:APM:2022:8039). Prescindiendo de otros aspectos del asunto, en lo que ahora interesa, los argumentos de la Audiencia pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

a) La finalidad del artículo 160f LSC es residenciar, en el plano orgánico societario, la competencia para tomar la decisión de enajenar

activos que se consideran esenciales atribuyéndola a la junta general. Pero el precepto no establece (ni tiene en sí mismo la finalidad de hacerlo) un requisito de validez del negocio jurídico de enajenación celebrado luego por los administradores sociales con los terceros adquirentes, el cual se regirá por las normas relativas a la validez y eficacia contractuales que le resulten aplicables.

- b) El examen de la validez del negocio jurídico concluido con infracción del mencionado artículo 160f se centraba en este caso en la concurrencia de los requisitos de la voluntad manifestada por la sociedad transmitente. Y a este propósito debe tenerse en cuenta el contenido del artículo 234.2 LSC, el cual —si bien quizás no directamente aplicable en el supuesto de infracción del artículo 160f LSC— recoge un principio general vinculado con la necesaria tutela de la seguridad del tráfico. En cuanto a esto último —añade la Audiencia— debe tenerse en cuenta que si la infracción del citado precepto generase por sí sola la nulidad del negocio transmissivo del activo esencial, aquella seguridad se resentiría. Y ello porque dicha ineficacia dependería, no sólo de si se sometió o no a la junta la decisión correspondiente y, en su caso, de la validez o invalidez del acuerdo adoptado, sino incluso de la propia condición de esencial del activo, lo que puede ser difícil de verificar. Y no cabe imponer al tercero la carga de comprobar el carácter esencial o no del activo adquirido (lo que depende de datos fácticos que le son desconocidos), basando con que no incurra en culpa grave al apreciar esta circunstancia.
- c) Por lo tanto, los efectos de la infracción del artículo 160f LSC se manifiestan en dos planos distintos. El primero, intrasocietario: los administradores han podido actuar con negligencia (si no contrastaron debidamente el carácter esencial del activo) o, incluso,

con deslealtad (si lo conocieron, pero eludieron someter a la junta la decisión de enajenar), asumiendo la correspondiente responsabilidad. En el segundo caso podría ejercitarse —con base en el artículo 232 LSC— una acción de nulidad del contrato celebrado (pero —nótese bien— no por la mera infracción del artículo 160.f, sino por haberse producido una violación del deber de lealtad).

- d) Hay un segundo plano en el que pueden evidenciarse los efectos propios y específicos de infracción del artículo 160f LSC: el de la validez del negocio jurídico celebrado. Pero la anulabilidad sólo existirá cuando el tercero hubiera actuado con culpa grave o de mala fe. Ahora bien, de conformidad con los principios generales, la buena fe del tercero (consistente en el desconocimiento del carácter esencial del activo enajenado por la sociedad) se presume. Por ello, precisa la Audiencia Provincial, no basta para fundamentar la declaración de nulidad del negocio transmisoro la inexistencia o la invalidez del preceptivo acuerdo de la junta, sino que es preciso destruir la presunción de buena fe que ampara al *accipiens*. Así sucederá aun cuando entre en juego la presunción del segundo inciso del artículo 160f LSC por superar el importe de la operación la cuarta parte del valor de los activos de la sociedad *tradens* según el último balance aprobado. Y ello —explica la Sentencia reseñada— porque en el momento de celebrar el contrato (que es el momento relevante para juzgar la concurrencia o no de la buena fe) el adquirente no dispone (ni tiene por qué disponer) de los datos contables sobre el último balance aprobado por la sociedad para examinar la cuantía relativa del activo. En rigor, esta presunción de «esencialidad del activo» no se proyecta en el plano de las relaciones con terceros, sino que opera en el plano intrasocietario, esto es, en el de la delimitación de competencias orgánicas.

- e) Finalmente, cabe observar que la Audiencia recuerda que la doctrina registral sobre esta cuestión se apoya en que, según el artículo 234.2 LSC, la sociedad queda obligada frente a los terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave. Y que en cuanto a la apreciación de este requisito, la Dirección General ha indicado lo siguiente: «No existe ninguna obligación de aportar un certificado o de hacer una manifestación expresa por parte del administrador de que el activo objeto del negocio documentado no es esencial, si bien con la manifestación contenida en la escritura sobre el carácter no esencial de tal activo se mejora la posición de la contraparte en cuanto a su deber de diligencia y valoración de la culpa grave» (entre otras, RRDGSJFP de 12 de junio de 2020 [BOE del 31 de julio] y 21 de noviembre de 2022 [BOE de 12 de diciembre]).

Sólo «Correos y Telégrafos, S.A.» vale para convocar junta general mediante correo certificado (RDGSJFP de 12 de septiembre de 2022)

Se presenta a inscripción un acuerdo de cese y nombramiento de nuevo administrador de una S.L., mediante una junta general convocada por correo certificado emitido por un tercero de confianza distinto de «Correos y Telégrafos, S.A.».

El registrador rechaza la inscripción y la Dirección General lo confirma porque los estatutos de la sociedad disponen que «la junta general será convocada por correo certificado, telegrama o fax, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en el libro registro de socios» y sólo las notificaciones prestadas por el prestador del servicio postal universal («Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.») tienen presunción de

veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega, recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales (y por tanto las que deban surtir efectos notariales o registrales) conforme al artículo 22.4 de la Ley 43/2010 reguladora del servicio postal universal. En conclusión: no es válida la convocatoria acreditada a través de un certificado emitido por un tercero de confianza y es defecto insubsanable.

Administradores

Los administradores no son emprendedores de responsabilidad limitada (actúan por cuenta ajena) (RDGSJFP de 26 de septiembre de 2022)

No pueden inscribirse en el Registro Mercantil como emprendedores de responsabilidad limitada las personas físicas que no ejercen directamente, en su propio nombre, la correspondiente actividad económica, sino que lo hacen a través de sociedades por ellos administradas. Solo adquiere tal condición el emprendedor persona física que ejerce la actividad en su propio nombre, quien puede limitar su responsabilidad por las deudas que traigan causa del ejercicio de su actividad empresarial.

La comunicación por el administrador mediante burofax (con firma legitimada notarialmente) de su renuncia al cargo no constituye notificación fehaciente a los efectos del artículo 147 RRM (RDGSJFP de 13 de octubre de 2022)

Se presentó en el Registro Mercantil escrito de renuncia del administrador (con firma legitimada notarialmente) de una sociedad de responsabili-

dad limitada al que se acompañó el justificante de su envío por burofax (con acuse de recibo y certificación de contenido) a la sociedad.

La registradora decidió no practicar la inscripción del cese al entender que no se había cumplido lo dispuesto en el artículo 147 RRM —aplicable a las sociedades limitadas en virtud de lo dispuesto en el artículo 192 RRM— porque la comunicación a la compañía la efectuó el propio administrador renunciante y no se siguió la forma prevista en el artículo 202 del Reglamento Notarial (RDGSJFP de 3 de agosto de 2017, [BOE núm. 228, de 21 de septiembre]). Dicha forma se concreta en el envío por el notario requerido al efecto de la carta certificada con acuse de recibo al domicilio de la sociedad debiendo constar en el acuse de recibo que el envío ha sido debidamente entregado en dicho domicilio. En caso de que no hubiese sido entregado se requeriría la notificación presencial por el notario que sí produce los efectos de una notificación. En consecuencia, no podía estimarse realizada una notificación fehaciente a los efectos registrales.

El recurso interpuesto por el administrador interesado fue desestimado por la DGSJFP mediante Resolución de 13 de octubre de 2022 (BOE núm. 271, de 11 de noviembre). El problema se centraba en determinar la forma en la que ha de efectuarse la notificación fehaciente exigida por el mencionado artículo 147 RRM en los casos de renuncia de los administradores sociales.

La Dirección General recordó que, según su doctrina, el adecuado desenvolvimiento de la actividad societaria exige que la sociedad tenga oportuno conocimiento de las vacantes que por cualquier causa se produzcan en su órgano de administración, con el objeto de posibilitar la inmediata adopción de las cautelas precisas para cubrir la baja. Por ello, aunque no queda excluida la facultad de libre renuncia al cargo de administrador, se condiciona la constancia registral de la dimisión a su previa comunicación fehaciente a la sociedad. Y

en este sentido el centro directivo señaló —siguiendo también lo resuelto en casos precedentes— que para dar cumplimiento a los requisitos reglamentarios debe entenderse suficiente el acta notarial acreditativa del envío por correo certificado con acuse de recibo del documento de renuncia (siempre que la remisión se haya efectuado al domicilio social de la propia entidad, según conste en el Registro, y resulte del acuse de recibo que el envío ha sido debidamente entregado en dicho domicilio). Teniendo en cuenta, por lo demás, que, si el envío postal hubiera resultado infructuoso, el notario deberá procurar personalmente la notificación en los términos previstos en el artículo 202 del Reglamento Notarial.

A la vista de esta doctrina la Dirección General entendió que el burofax remitido por el propio administrador renunciante no podía constituir la notificación fehaciente exigida por el artículo 147.1.1º RRM a efectos de la inscripción del cese.

Inscripción en el Registro de la Propiedad de la donación efectuada en nombre de la sociedad por administrador no inscrito (RDGSJFP de 22 de noviembre de 2022)

En julio de 2022 se presentó a inscripción en el Registro de la Propiedad una escritura de donación otorgada el 20 de mayo de 2022 en nombre de una sociedad de responsabilidad limitada por su administrador único. Lo peculiar del asunto es que el administrador había sido nombrado (y él había aceptado el cargo) también el 20 de mayo mediante decisión adoptada por él mismo en su condición —adquirida ese mismo día— de socio único. El registrador suspendió la práctica de la inscripción de la transmisión por no constar previamente inscrito en el Registro Mercantil el nombramiento (según había advertido el notario autorizante).

La sociedad afectada interpuso recurso en agosto de 2022 (acompañando a su escrito el documento acreditativo de haberse solicitado —el 9 de agosto— la inscripción del nombramiento). La RDGSJFP de 22 de noviembre de 2022 (BOE núm. 29 de 12 de diciembre) estimó el recurso presentado por la sociedad afectada con base en las siguientes consideraciones:

- a) El nombramiento de los administradores surte sus efectos desde el momento de su aceptación (art. 214.3 LSC). Ello supone que la inscripción en el Registro Mercantil aparece configurada como obligatoria (arts. 22.4 CCo y 94.1.4º RRM) y no como constitutiva. En consecuencia, el incumplimiento de la obligación de inscribir no determina por sí solo la invalidez o ineficacia de lo realizado por el administrador antes de producirse la inscripción.
- b) El carácter obligatorio de la inscripción en el Registro Mercantil de los nombramientos de cargos sociales y de los poderes generales no significa que dicha inscripción deba realizarse necesariamente con carácter previo a la inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos o contratos otorgados en ejercicio las facultades representativas derivadas de dichos cargos o apoderamientos. En efecto, en la legislación vigente no hay precepto que, con carácter general, condicione la inscripción en el Registro de la Propiedad de lo actuado por el administrador en nombre la compañía a la previa inscripción de su nombramiento en el Registro Mercantil.

Conviene observar que la Dirección General indicó que existen algunas excepciones a esta regla. Pero una de las que menciona (la inscripción del consejero delegado —art. 249.2 LSC— se refiere a una hipótesis de inscripción constitutiva, lo que supone desplazar la cuestión a un plano distinto). Y la otra (el conocido artículo 383 RH, que

prohíbe inscribir a favor de una sociedad mercantil bienes o derechos reales sobre inmuebles sin que conste la previa inscripción de la compañía en el Registro Mercantil) no deja de ser una norma cuya compatibilidad con el vigente régimen legal de las sociedades de capital en formación e irregulares podría discutirse.

Para inscribir el nombramiento de liquidador es necesaria la previa inscripción del cese del administrador por fallecimiento (RDGSJFP de 1 de diciembre de 2022)

Se pretende la inscripción de una escritura de disolución y liquidación de S.L. otorgada por todos los socios, que se constituyen en el mismo acto en junta general universal y en la que designan al liquidador único (que hasta ese momento era administrador solidario de la compañía). Se da la circunstancia de que el otro administrador solidario había fallecido. El registrador rechaza la inscripción porque no se acompaña el certificado de defunción del administrador fallecido «a los efectos de lo dispuesto en los artículos 147 y 111 RRM».

La Dirección General considera que no es aplicable al caso el artículo 111 RRM porque el liquidador ostentaba la condición de persona inscrita (como administrador solidario) y era ya titular de la facultad certificante. Sí confirma la calificación registral con base en el artículo 147 RRM, pues es necesaria la inscripción del cese de los administradores por fallecimiento o por declaración judicial de fallecimiento, que se practicará a instancia de la sociedad o de cualquier interesado en virtud de certificación del Registro Civil. Es indudable, por tanto, que para inscribir el nombramiento de liquidador es necesaria la previa inscripción del cese del otro administrador solidario por fallecimiento.

Aumento y reducción de capital

Es inscribible una operación acordeón, acordada en junta universal y por unanimidad, sin verificación del balance, cuando en un acuerdo de subsanación para evitar el rechazo de la inscripción se aumenta el capital hasta una cantidad idéntica a la existente antes de la reducción (RDGSJFP de 10 de octubre de 2022)

La particularidad que presenta este supuesto es que se lleva a cabo en un primer momento una operación acordeón, acordada en junta universal y por unanimidad, sin verificación de balance, en la que el capital resultante de la ampliación no alcanza el nivel que tenía antes de la reducción; como el registrador rechaza la inscripción, posteriormente se subsana el acuerdo mediante una segunda ampliación de capital hasta el mínimo exigido que es suscrita por todos los socios.

Recuerda el centro directivo su doctrina (RDGRN 18 de enero de 1999, [BOE núm. 36, de 11 de febrero]) en el sentido de que es posible excluir la verificación del balance «cuando concurre el consentimiento unánime de todos los socios que conforman el capital social como cuando los intereses de los acreedores sociales están salvaguardados por mantenerse o incluso fortalecerse la situación económica de la sociedad a consecuencia de un subsiguiente aumento de capital». Aunque en este supuesto uno de los requisitos para excluir la verificación del balance, como es que el capital alcance la cifra inicial, se produce en un momento posterior a la operación acordeón, «desde un punto de vista conceptual es irrelevante cuando se haya adoptado el acuerdo posterior porque, por definición, cualquier acuerdo de subsanación lo será».

El elemento sustancial de la regulación no es la temporalidad de los acuerdos de reducción y aumento sino su mutua causalidad: la circunstancia de que no cabe adoptar el uno sin el otro (artículo 343 LSC), de donde resulta que no cabe su ejecución aislada (art. 344), ni como consecuencia directa, la inscripción del acuerdo de reducción sin que resulte la ejecución del acuerdo de aumento de capital (artículo 345). La subsanación por medio del posterior acuerdo de aumento fue adoptado en iguales circunstancias «que, por estar causalmente enlazado con el anterior, no puede considerarse de modo aislado».

Reducción de capital de una S.L. por amortización de participaciones adquiridas a título oneroso: no es necesario que la sociedad constituya reserva indisponible (RDGSJFP de 4 de noviembre de 2022)

Se rechaza la inscripción de una escritura de reducción de capital de S.L. por amortización de participaciones propias, previamente adquiridas por compra con una antelación de casi tres años a la fecha de adopción del acuerdo correspondiente. Para el registrador, es necesario que la sociedad dote una reserva indisponible por el valor nominal de las participaciones, en los términos previstos en los artículos 141.1 y 332 LSC.

La Dirección General, por el contrario, revoca la calificación registral, considerando que los citados artículos 141 y 332 LSC se refieren a supuestos distintos y que la constitución de la reserva pretendida por el registrador sólo será obligatoria cuanto la adquisición por la sociedad de las participaciones amortizadas no hubiere supuesto la restitución de su aportación al transmitente. Por ello, en este supuesto no es aplicable el artículo 141.1 LSC, sino el artículo 332 LSC (el transmitente recibió contraprestación por la venta

de sus participaciones a la sociedad), siendo la reserva prevista en dicho artículo voluntaria y condicionada a la existencia de beneficios o reservas libres.

Dado que los estatutos no regulan la concesión de un derecho de oposición a los acreedores (art. 333 LSC), la protección de los mismos tiene lugar mediante la imposición de la responsabilidad personal a los socios transmitentes por las deudas sociales anteriores a la fecha de oponibilidad de la reducción, hasta el límite de lo percibido en concepto de restitución de la aportación y por plazo de cinco años (art. 331 LSC). No obstante, esta medida protectora podrá ser sustituida por la dotación de la reserva prevista en el artículo 332 LSC, con cargo a beneficios o reservas libres, por un importe igual al percibido por los socios en concepto de restitución de la aportación e indisponible durante un período de cinco años desde la publicación de la reducción en el BORME, salvo que con anterioridad hubieren sido satisfechas las deudas.

Operación combinada de reducción de capital por condonación de dividendos pasivos y simultánea ampliación con cargo a reservas (RDGSJFP de 15 de noviembre de 2022)

Las operaciones combinadas de reducción de capital y posterior aumento hasta el mismo importe inicial (o hasta una cifra superior) plantean la cuestión de los requisitos que han de cumplirse en relación, especialmente, con la reducción (y, más en concreto, si el procedimiento de ejecución de esta operación puede verse simplificado en alguna medida). Debe recordarse a este propósito que, según la doctrina registral, los acuerdos de reducción y aumento conservan su autonomía conceptual y, en principio, deberán ser observados los requisitos de uno y otro.

En su Resolución de 15 de noviembre de 2022 (BOE del 5 de diciembre) la DGSJFP ha tenido ocasión de volver sobre esta cuestión en un supuesto en el que la reducción de capital se llevó a efecto por condonación de dividendos pasivos y el aumento se efectuó con cargo a reservas.

Pues bien, el centro directivo recordó su asentado criterio en relación con las referidas operaciones de aumento y reducción de capital simultáneas: con carácter general debe entenderse que las medidas protectoras de socios y acreedores previstas en la legislación societaria sólo tienen sentido en la medida en que los intereses de unos u otros se encuentren en situación de sufrir un perjuicio. De ahí que, cuando en atención a las circunstancias, se aprecie que tal riesgo no existe, han de decaer los requisitos establecidos para la tutela de dichos intereses (vid., entre otras, las Resoluciones de 2 de marzo de 2011 [BOE núm. 69, de 22 de marzo], 18 de diciembre de 2012 [BOE núm. 22, de 25 de enero de 2013], 27 de febrero de 2019 [BOE núm. 73, de 26 de marzo] y 10 de octubre de 2022 [BOE núm. 271, de 11 de noviembre]).

Siguiendo estos principios en su momento se consideró innecesaria la publicación de la reducción en un caso en el que ésta se produjo para compensar pérdidas y el aumento (que elevó el capital a una cuantía incluso superior a la inicial) se efectuó con cargo a nuevas aportaciones que se desembolsaron inmediatamente (Res. de 28 de abril de 1994 [BOE de 11 de junio]). Con esta misma orientación se decidió (Res. de 16 de enero de 1995 [BOE de 1 de marzo]) en una hipótesis de reducción con restitución de aportaciones y posterior ampliación por el mismo importe con cargo a aportaciones que se desembolsaron también de manera inmediata (supuesto en el que, no sólo se estimó innecesaria la publicación del acuerdo de reducción, sino que se entendió que no había derecho de oposición de los acreedores, puesto que la cifra de capital finalmente no resultaba alterada si se contemplaba la operación en su conjunto).

Esta es la solución igualmente adoptada en el caso objeto de la Resolución reseñada. Se trataba, según apunta la Dirección General, de dos operaciones recíprocamente condicionadas en un todo unitario. Y como consecuencia de la doble operación la cifra de capital resultante (esto es, la cifra de retención en garantía de acreedores) terminó por corresponderse con la inicial que se había acordado reducir; además, el contravalor del aumento había quedado acreditado con el informe de auditoría. De esta manera, no era necesaria la protección procurada por la publicación de la reducción (art. 319 LSC) ni por el reconocimiento legal del derecho de oposición (art. 334 LSC). En consecuencia, y contra el criterio del registrador mercantil, la Dirección General consideró inscribibles la reducción y el aumento aun cuando no se había publicado el primero de conformidad con el artículo 319 LSC.

Cuentas anuales

Depósito de cuentas: necesidad de identificación del titular real (RDGSJFP de 6 de septiembre de 2022)

Presentadas a depósito las cuentas anuales de una S.L., son calificadas negativamente por no venir acompañadas del formulario relativo a la declaración de identificación del titular real.

El centro directivo expone un completo resumen de la legislación aplicable a la obligación de depósito en el Registro Mercantil del documento relativo a la identificación de los titulares reales. Tratándose de una obligación legal cuya materialización se produce con el depósito de las cuentas anuales, el registrador ostenta competencia para rechazar dicho depósito si las cuentas no vienen acompañadas de los documentos que resultan de los modelos oficiales, documentos que son idénticos tanto en la Orden JUS/794/2021, de 22 de julio, por la que se aprueban los nuevos

modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación, como en la Orden JUS/319/2018, de 21 de marzo. En el cumplimiento de esta obligación legal no existe vulneración de normas sobre protección de datos, no solo porque resulta imposible de determinar a priori si el depósito de cuentas de una sociedad en concreto, acompañado del formulario relativo a la titularidad real, puede dar lugar o no a semejante vulneración, sino porque la cuestión viene regulada en la actualidad por la Disposición adicional cuarta de la Ley 10/2010, introducida por el artículo 3, apartado 29, del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril (Registro de Titularidades Reales).

Disolución y liquidación

Nueva extensión de la suspensión de la causa de disolución por pérdidas (artículo 65 del Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre)

El artículo 65 del Real Decreto-ley 20/2022 de 27 de diciembre (BOE 28 de diciembre) ha modificado el artículo 13 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que queda en los siguientes términos:

«1. A los solos efectos de determinar la concurrencia de la causa de disolución prevista en el artículo 363.1.e) del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, no se tomarán en consideración las pérdidas de los ejercicios 2020 y 2021 hasta el cierre del ejercicio que se inicie en el año 2024.

Si, excluidas las pérdidas de los años 2020 y 2021 en los términos señalados en el apartado anterior, en el resultado del ejercicio 2022, 2023 o 2024 se apreciaran pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, deberá convocarse por los administradores o podrá solicitarse por cualquier socio en el plazo de dos meses a contar desde el cierre del ejercicio conforme al artículo 365 de la citada Ley, la celebración de Junta para proceder a la disolución de la sociedad, a no ser que se aumente o reduzca el capital en la medida suficiente.»

Las conclusiones que cabe extraer de esta norma, que puede considerarse una interpretación «auténtica» de la regulación que la precede, son las siguientes:

- a) **Regla 1.** A los efectos de la determinación de la causa de disolución por pérdidas (no de la reducción obligatoria del capital en una sociedad anónima), las pérdidas de 2020 y 2021 no se computarán hasta el cierre del ejercicio de 2024 (normalmente, el 31 de diciembre de ese año). Se trata de una «moratoria contable» que dura tres ejercicios: al cierre de 2024 esas pérdidas volverán a computarse con las consecuencias legales que sean de aplicación (ver apartado VI de la Exposición de Motivos).
- b) **Regla 2.** Si, a pesar de excluirse del cómputo las pérdidas de esos ejercicios (2020 y 2021), una sociedad está incurso o incurre en causa de disolución al cierre del ejercicio de 2022 (por las pérdidas que arrastre de 2019 o ejercicios anteriores o por las pérdidas del 2022), los administradores deberán promover la disolución: convocar la junta general y, en caso de que no se restablezca la situación patrimonial por las medidas adoptadas —o

por cualquier otra causa— deberán solicitar la disolución judicial (o medida equivalente). El mismo cálculo habrá que hacer al cierre de los ejercicios de 2023 y 2024.

- c) **Regla 3.** Las referencias expresas al «resultado del ejercicio» de 2022, 2023 o 2024 implican que, a estos efectos, no se tomarán en consideración pérdidas detectadas durante el transcurso de un ejercicio (en los denominados «balances trimestrales de comprobación» o en cualesquiera otros balances): sólo se tendrán en cuenta las pérdidas que aparezcan en el balance que integra las cuentas anuales de cada ejercicio.

En todo caso, téngase en cuenta que «suavizar» el deber legal no excluye emplear la diligencia debida en el desempeño del cargo para reaccionar de forma temprana ante señales indiciarias de una crisis empresarial.

Es posible la inscripción de la liquidación de la sociedad si las deudas que aparecen en el balance final constan como pagadas en la certificación o la escritura (RDGSJFP de 22 de noviembre de 2022)

Se rechaza la inscripción de una escritura de elevación a público de los acuerdos adoptados por una sociedad en liquidación por la que se acuerda su liquidación y se aprueba el balance final de la sociedad, el proyecto de división y el pago y compensación de deudas.

El registrador suspende la inscripción por considerar que el balance aportado no es balance final pues en la partida del pasivo corriente constan una serie de acreedores y deudas pendientes.

La Dirección General confirma la inscripción pues del balance resultan perfectamente identifica-

das las deudas (con dos socios y con un tercero debidamente identificado) y de la propia certificación de los acuerdos y de la escritura pública resulta que las tres deudas han sido satisfechas a los acreedores sociales. Por consiguiente, calificando el documento en su globalidad «resulta indubitado que el pasivo ha sido satisfecho», por lo que sería con exceso rigorista exigir un balance limpio de deudas.

Modificaciones estructurales

Escisión parcial, rama de negocio, subrogación contractual y responsabilidad solidaria (STS 621/2022, 26 septiembre, Inversis / Andbank)

1. Doctrina de la sentencia

- 1.1. *Escisión parcial, subsistencia de la escindida y titularidad del negocio*

Conforme al artículo 70.1 de la Ley de Modificaciones Estructurales (LME), «[s]e entiende por escisión parcial el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes [...]».

Al haberse producido la escisión parcial de Inversis, antes del inicio del litigio, siendo Andbank la sociedad beneficiaria de esa escisión, existió una sucesión universal entre Inversis y Andbank respecto de la unidad económica consistente en el negocio minorista o *retail* de aquella, que fue traspasada en bloque del patrimonio de la sociedad

escindida al patrimonio de la sociedad beneficiaria de la escisión. En la parte del patrimonio traspasado en bloque de una a otra sociedad se encontraban incluidas las relaciones comerciales mantenidas por Inversis con los demandantes como consecuencia de los contratos de adquisición de los bonos estructurados. No era necesario que en la escritura de escisión se detallaran todas y cada una de las relaciones comerciales con los clientes minoristas que eran objeto de transmisión, pues bastaba que se encontraran incluidas en la unidad económica transmitida en la escisión parcial, como es el caso. Por otra parte, no podría haberse especificado en la escritura de escisión parcial que se transmitía la obligación de restitución a los demandantes de lo pagado por los contratos de adquisición de los bonos estructurados puesto que en aquel momento se trataba de contratos respecto de los que no se había formulado pretensión anulatoria alguna. Por tanto, conforme a la doctrina de la STS 439/2017, 13 julio (ES:TS:2017:2813), Andbank adquirió todos los bienes, derechos y acciones integrados en la unidad económica del negocio minorista de Inversis, en la que se incluían los derivados de los contratos celebrados con los demandantes, clientes minoristas; desde un punto de vista pasivo, Andbank asumió todas las obligaciones dimanantes de dicha unidad económica y quedó subrogada en todas las responsabilidades legales y contractuales que procedieran de dicho negocio minorista.

En consecuencia, en contra de lo afirmado por la recurrida, en los supuestos de escisión parcial se produce una sucesión universal respecto de la unidad

económica traspasada en bloque, *aunque la sociedad escindida no se extinga*, pues la pervivencia de la sociedad escindida es consustancial al carácter parcial de la escisión (art. 70.1 LME), a diferencia de lo que ocurre con la escisión total (art. 69 LME). Como consecuencia de esa sucesión universal, Andbank quedó subrogada en todas las responsabilidades legales y contractuales que procedieran de dicho negocio minorista.

1.2. *Alcance de la responsabilidad solidaria de las sociedades resultantes de la escisión*

El artículo 80 LME establece: «De las obligaciones asumidas por una sociedad beneficiaria que resulten incumplidas responderán solidariamente las demás sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas y, si subsistiera, la propia sociedad escindida por la totalidad de la obligación». A diferencia del caso objeto de la STS 8/2015, 3 febrero, en el presente caso *la transmisión en bloque del negocio minorista de Inversis a Andbank no supuso la transmisión de una obligación de pago que pudiera resultar incumplida. Lo que se transmitió fue la titularidad de la relación comercial entre Inversis y sus clientes de negocio minorista y, con ella, la posición pasiva respecto de una futura acción de nulidad del contrato por error vicio. La responsabilidad solidaria de Inversis respecto de las obligaciones de Andbank derivadas de la unidad económica transmitida, prevista en el artículo 80 LME, tendría por objeto, en este caso, la obligación de restitución que es consecuencia de la declaración de nulidad por error*

vicio de los contratos de adquisición de los productos estructurados por parte de los demandantes. Pero para que dicha obligación nazca, es preciso que previamente se haya instado por los clientes la nulidad contra la sociedad titular de la relación contractual cuya anulación se pretende y que se haya declarado la nulidad y la consiguiente obligación de la sociedad beneficiaria de restituir a los clientes lo pagado por estos. Y esa sociedad frente a la que ha de instarse la nulidad no es Inversis, que traspasó en bloque, por sucesión universal, la unidad económica de su negocio minorista antes incluso de que esa pretensión fuera ejercitada, sino Andbank, a la que fue transmitida tal unidad económica en la operación de escisión parcial de Inversis y asumió la posición contractual de ésta en la relación negocial con los demandantes.

Ciertamente, habría sido admisible que los demandantes hubieran dirigido la demanda no solo contra Andbank sino también contra Inversis para que, en caso de que una vez conseguida la declaración de nulidad de los contratos frente a Andbank y la condena de ésta a restituir a los demandantes lo pagado por estos Andbank no hubiera dado cumplimiento a esa obligación reparatoria, poder exigir a Inversis, sin necesidad de instar un nuevo proceso en su contra, ni siquiera de hacer excusión de los bienes de Andbank, su responsabilidad solidaria e ilimitada, aunque subsidiaria respecto de la de Andbank. Así se reconoció en la STS 439/2017, 13 julio, en un supuesto de segregación del artículo 71 LME, en el que el régimen de responsabi-

dad solidaria, ilimitada y subsidiaria de la sociedad segregada es, a estos efectos, el mismo que el de la sociedad escindida. Pero la pretensión de anulación de los contratos no puede dirigirse directamente contra Inversis, sociedad escindida, en una demanda en la que solo esta sociedad es demandada, porque carece de legitimación pasiva respecto de dicha acción, pues la relación contractual cuya anulación se pide, con todos los derechos y acciones, en el lado activo, y obligaciones y responsabilidades, en el lado pasivo, fue transmitida de Inversis a Andbank, sociedad beneficiaria, en la operación de escisión parcial en la que aquella traspasó a esta, en bloque, su negocio minorista.

2. Comentario

Confusamente, la sentencia, que niega la legitimación pasiva de Inversis para el ejercicio de la acción de nulidad contractual, sin embargo, admite una especie de legitimación cautelar a los únicos efectos de conseguir una condena conjunta de restitución de las dos sociedades. Es dudoso que se pueda construir procesalmente este esquema. La clave del asunto es si Inversis puede ser objeto de ejecución procesal de una sentencia en la que no ha sido parte, en su calidad de codeudor solidario absoluto de la responsabilidad. La respuesta es positiva —artículo 538.2.2º Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)—, porque la solidaridad del artículo 80 LME no es una solidaridad «impropia» (en nuestra opinión, el art. 542.1 LEC sólo se aplica a la solidaridad impropia) que tenga que ser determinada previamente por una sentencia declarativa, sino una responsabilidad equivalente a la de un fiador legal sin beneficio de excusión.

Sociedades cotizadas

La dimisión del consejero «por motivos personales» y la información privilegiada (STS 1395/2022, de 31 de octubre de 2022)

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2022 (STS 1395/2022) (ECLI:ES:TS:2022:4010) desestima el recurso de casación de una sociedad cotizada contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de marzo de 2021 desestimatoria del recurso promovido por la cotizada contra la Resolución de la Ministra de Asuntos Económicos, de 18 de febrero de 2020, que ratifica la sanción (multa de 150.000 euros) impuesta a la cotizada por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 295.15 del texto refundido de la Ley del mercado de valores por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 17.1 del Reglamento de abuso de mercado.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) concluyó que la información relevante hecha pública el 18 de mayo de 2018, (la dimisión de un consejero de la cotizada «por motivos personales») no resultó veraz, ni correcta, ni completa, al ocultar «la verdadera razón de la misma, que no era otra que sus dudas en relación con la alianza estratégica» suscrita por la cotizada con una empresa competidora. El consejero dimisionario fue el único voto en contra de la referida alianza. En la sentencia de 31 de octubre de 2022 considera el Tribunal, con base en la sentencia de la Audiencia que analizó las actas de las reuniones del consejo y los correos intercambiados con el consejero a propósito de su dimisión, que tanto su desacuerdo con el voto mayoritario como la incomodidad del consejero en el seno del consejo, presentan un componente profesional que trasciende a lo estrictamente personal, de modo que el fondo de la decisión de dimitir venía dado por las discrepancias

surgidas en el consejo, circunstancia conocida por la cotizada sobre la que recae la obligación de comunicar la información al mercado. Por ello, el hecho relevante (la dimisión del consejero «por motivos personales») omitió la referencia a la vinculación de esta dimisión a las discrepancias con el consejo en sus decisiones estratégicas, lo que considera información privilegiada conforme al artículo 7 del Reglamento de abuso de mercado.

Responde el Tribunal Supremo a la cuestión de interés casacional (la incidencia que pueda tener, a efectos de la exoneración de responsabilidad por incumplimiento de la obligación de publicación de información privilegiada el cumplimiento de las recomendaciones contenidas en el Código de buen gobierno, en este caso, de la recomendación 24) en el sentido de que «esta recomendación 24 no determina qué información debe considerarse privilegiada ni, en particular, si en los casos de dimisión o cese de un consejero antes del término de su mandato, constituye información privilegiada solo el hecho de la dimisión o también los motivos de la misma, cuestión que deberá decidir el emisor en aplicación de los criterios de la definición de información privilegiada del artículo 7 del Reglamento (UE) sobre abuso de mercado. En todo caso, una vez que el emisor ha decidido que la información sobre los motivos de la dimisión o cese constituye información privilegiada y comunica a la CNMV unos motivos de la dimisión o cese que no son veraces ni correctos, no puede pretenderse que el cumplimiento de la recomendación 24 del Código de buen gobierno exonere de responsabilidad por incumplimiento de la obligación de publicar la información privilegiada, porque dicha recomendación en ningún caso ampara una comunicación que contravenga el artículo 17.1 del Reglamento (UE) sobre abuso de mercado, que exige que la información privilegiada se haga pública de una forma que permita una evaluación completa, correcta y oportuna de la información por el público».

La recomendación 24 del Código de buen gobierno fue revisada en junio de 2020, e indica ahora, de forma más detallada que en la versión vigente en los hechos que motivan el recurso, «Que, cuando, ya sea por dimisión o por acuerdo de la junta general, un consejero cese en su cargo antes del término de su mandato, explique de manera suficiente las razones de su dimisión o, en el caso de consejeros no ejecutivos, su parecer sobre los motivos del cese por la junta, en una carta que remitirá a todos los miembros del consejo de administración. Y que, sin perjuicio de que se dé cuenta de todo ello en el informe anual de gobierno corporativo, en la medida en que sea relevante para los inversores, la sociedad publique a la mayor brevedad posible el cese incluyendo referencia suficiente a los motivos o circunstancias aportados por el consejero».

Tendencias regulatorias

La nueva información sobre sostenibilidad que proporcionarán las empresas

El 16 de diciembre de 2022 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) la Directiva 2022/2464, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas.

La Directiva modifica, entre otras, la Directiva 2013/34 sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas. Esta Directiva supuso en 2014 la irrupción de la información no financiera, en el sentido de que las empresas, además de la información financiera tradicional, a partir de 2017 tuvieron que empezar a publicar información no financiera sobre cuestiones relativas al medioambiente, los aspectos sociales y la gobernanza.

Con la modificación aprobada, se subsanan algunos de los problemas que se han ido detectando por las empresas, los inversores y los supervisores desde 2017, introduciendo, entre otras, las siguientes novedades:

1. La «información no financiera» pasa a denominarse «información sobre sostenibilidad».

Se ha demostrado que la información no financiera, tiene cada vez más relevancia e impacto financiero. Adicionalmente a la modificación terminológica, se produce un alineamiento con toda la normativa en materia de sostenibilidad que se ha publicado estos años, entre la que destaca el Reglamento de Taxonomía (2000/852), y el Reglamento de Divulgación de información relativa a sostenibilidad en el sector financiero (2019/2088).

2. Se amplía el espectro de entidades que estarán obligadas a presentar la información sobre sostenibilidad. Cuando la Directiva modificativa empiece a aplicarse, tendrán que presentar información (i) las grandes empresas, (ii) las pequeñas y medianas, a excepción de las microempresas, que coticen en un mercado regulado, (iii) las empresas europeas filiales de terceros países que o bien sean grandes o bien hayan emitido valores que coticen en un mercado regulado de la UE (a excepción de las microempresas), siempre que el grupo al que pertenezca la filial haya generado en la UE un volumen de negocios neto superior a 150.000.000 millones de euros, y (iv) las sucursales de empresas de terceros países que no tengan filiales en la UE, siempre que el grupo al que pertenezca o bien a nivel individual, haya generado en la UE un volumen de negocios neto superior a 150.000.000 millones de euros, y que la sucursal haya generado un volumen de negocio superior a 40.000.000 de euros. La Directiva recién aprobada, al igual que la de 2013, pre-

vé ciertas exenciones y también la obligación de las matrices de grupos grandes de presentar información consolidada sobre sostenibilidad.

Actualmente presentan información no financiera algo menos de 12.000 empresas en Europa; cuando la modificación de aplique en su totalidad se estima que presentarán información sobre sostenibilidad alrededor de 50.000 empresas. Ello supone dar acceso a este tipo de información a un amplio espectro de inversores, y además permite que las empresas divulguen la información que los participantes en los mercados financieros necesitan para cumplir sus propias obligaciones de reporte de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Divulgación de información relativa a sostenibilidad en el sector financiero (2019/2088) y el Reglamento de Taxonomía (2000/852).

3. Se amplía la información sobre sostenibilidad incidiendo, entre otras cuestiones, en información sobre los planes de la empresa para garantizar que su modelo de negocio y su estrategia sean compatibles con la limitación al calentamiento global a 1,51°C, sobre cómo los órganos de administración y dirección supervisan las cuestiones de sostenibilidad y sus conocimientos al respecto y los efectos negativos reales o potenciales de las propias actividades de la empresa y su cadena de valor en materia de sostenibilidad. Se amplía también la información sobre activos intangibles, incluido el capital humano, intelectual, social y relacional.
4. La Comisión de la UE establecerá normas de presentación de la información sobre sostenibilidad, normas proporcionadas a las capacidades y características de las pequeñas y medianas empresas, y normas para la presentación de información por parte de empresas de terceros países.

Esta es una novedad importante dado que trata de corregir la falta de comparabilidad y homogeneidad de la información no financiera que se presenta actualmente de acuerdo con normas muy diversas. Se opta por un camino similar al recorrido por la información financiera, que actualmente es comparable y homogénea en Europa y en la práctica totalidad del mundo, al presentarse de acuerdo con lo previsto en las Normas Internacionales de Información Financiera.

5. La información sobre sostenibilidad deberá ser objeto de verificación (en España ya existe esta obligación), por un auditor de cuentas o por un prestador independiente que esté sometido a requisitos equivalentes a los que están sometidos los auditores de cuentas.

Se pone de manifiesto nuevamente la relevancia que se da a la información sobre sostenibilidad, que se sitúa en el mismo plano que la información financiera.

6. La información sobre sostenibilidad se divulgará en formato electrónico único.

La Directiva modificativa prevé una aplicación escalonada en función del tamaño de la empresa: a partir del 1 de enero de 2024 para las grandes empresas que sean entidades de interés público y que tengan más de 500 empleados, a partir del 1 de enero de 2025 para las grandes empresas que no sean entidades de interés público y que tengan menos de 500 empleados, y a partir del 1 de enero de 2026 para las pequeñas y medianas empresas.

La directiva de equilibrio de género en los consejos de administración de las sociedades cotizadas

El pasado 22 de noviembre, el Parlamento Europeo aprobó la propuesta de una directiva des-

tinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y medidas relacionadas. El texto está pendiente de publicación en el DOUE. Con ello se pone fin a un proceso legislativo de más de diez años [2012/0299(COD)] para conseguir una representación más equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración de las sociedades cotizadas en los mercados de valores de la Unión Europea. Los Estados miembros contarán con un plazo de transposición de dos años desde la entrada en vigor de la norma (a los veinte días de su publicación en el diario oficial).

El objetivo de la directiva es que las sociedades cotizadas en mercados regulados cumplan, a más tardar el 30 de junio del 2026, con alguno de estos dos umbrales: bien un 40 % de consejeras no ejecutivas, bien una representación de mujeres

de al menos el 33 % del total de los miembros del órgano de administración. Adelantamos que las cotizadas en las bolsas españolas cumplen con el primer umbral, pero no con el segundo: con datos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en el año 2021 el porcentaje de mujeres en los consejos de administración de las cotizadas alcanzó el 29,26 % (el 34,20 % en las del IBEX35), pese a la recomendación 15 del Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas de la citada Comisión Nacional de contar con un 40 % de consejeras antes de que termine el 2022 y en adelante, no siendo con anterioridad inferior al 30 %. Las consejeras independientes, sin embargo, representaron en este mismo año el 43,68 % de los puestos del consejo. Al tratarse de una directiva de mínimos (art. 9), los Estados miembros podrán recoger en su derecho interno medidas más favorables al equilibrio de género en los consejos de las cotizadas.

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

Estibaliz Aranburu

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

Fernando de las Cuevas

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

Íñigo Erlaiz

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, 2023. Todos los derechos reservados.

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

ISSN 2951-8369