



Sociedades

Área de Mercantil de Gómez-Acebo & Pombo

2023 N.º 27

Contenido

Análisis	4	• Sucursales	25
— Opresión de la minoría y condena al reparto de dividendos (STS, Sala Primera, de 11 de enero del 2023), Fernando Marín de la Bárcena, Consejero académico de GA_P	4	— No es necesaria la constitución de una sucursal para que una sociedad extranjera pueda actuar con pleno reconocimiento en el tráfico jurídico español (RDGSJFP de 2 de marzo de 2023).....	25
— Las modificaciones de la Ley de Sociedades de Capital por la nueva Ley de los Mercados de Valores, Reyes Palá Laguna, Consejera académico de GA_P	12	• Constitución y estatutos	27
Práctica Societaria	21	— La fecha de la certificación bancaria es la que de modo efectivo acredita la aportación dineraria y no la fecha en que se hizo el ingreso (RDGSJFP de 11 de enero de 2023)	27
• Práctica registral	21	— Una sociedad puede tener como objeto social el relativo al transporte sin necesidad de acreditar la obtención de licencia administrativa previa (RDGSJFP de 11 de enero de 2023).....	27
— Funcionamiento del Registro. Es necesario validar la firma electrónica en el depósito de cuentas. (RDGSJFP de 17 de enero de 2023)	21	• Junta general	29
— Una escritura de declaración de unipersonalidad que también contiene la compraventa de participaciones debe pasar por la oficina liquidadora (RDGSJFP de 13 de febrero de 2023) .	21	— Anulación por abusivo de un aumento de capital mediante capitalización de créditos en el que se trata de manera desigual a los acreedores sin causa razonable que lo justificara (SAP Barcelona 1655/2022, de 17 de noviembre)	29
• Pactos parasociales	22	— No es posible adoptar un acuerdo en contra de lo dispuesto en un artículo de los estatutos inscritos (RDGSJFP de 23 de enero de 2023)	30
— Cabe el reparto de dividendos en especie (no previsto en estatutos) si existe acuerdo unánime de los socios reflejado en un pacto parasocial (SAP Madrid 715/2022, de 30 de septiembre).....	22	— Cuidado al redactar el acta de la junta universal: hay que aceptar el orden del día y el hecho de querer celebrar ese tipo de junta (RDGSJFP de 30 de enero de 2023)	30
— Inoponibilidad a la sociedad de pacto parasocial omnilateral (SAP Barcelona 1412/2022, de 3 de octubre)	23	— Solicitud de levantamiento de acta notarial y caducidad de la anotación preventiva (RDGSJFP de 1 de marzo de 2023).....	31
— Anulación, por abusivo, del acuerdo de ejercitar la acción social de responsabilidad que supone una infracción de pacto parasocial (SAP Barcelona 6/2023, de 10 de enero)	24		

- **Administradores..... 32**
 - Impugnación por abusivo, pero sin éxito, del acuerdo de cese de administradores sociales (SAP Madrid 90/2023, de 3 de febrero)..... 32
- **Aumento y reducción de capital..... 34**
 - No se puede reducir la cifra de capital mediante la subsanación de una escritura de aumento: hay que cumplir todos los requisitos para la reducción (RDGSJFP de 7 de febrero de 2023) 34
 - Ampliación de capital con cargo a reservas: sólo si son libremente disponibles (RDGSJFP de 28 de febrero de 2023) 34
- **Cuentas anuales..... 35**
 - No se pueden depositar las cuentas de un ejercicio, si no están depositadas las de ejercicios anteriores. No es posible el depósito parcial de las cuentas anuales (RDGSJFP de 17 de enero de 2023) 35
 - Es necesario depositar el documento relativo a la titularidad real de la sociedad junto con las cuentas anuales, incluso tras la sentencia del TSJUE de 22/11/2022 (RDGSJFP de 1 de febrero de 2023) 36
- **Fiscalidad de sociedades 36**
 - Últimos pronunciamientos sobre la deducibilidad de la retribución de los administradores (SSAN 4334/2022, de 21 de septiembre de 2022 y 4786/2022, de 3 de octubre de 2022)..... 36
 - Deducción de las retribuciones de los administradores sociales: la Audiencia Nacional se aparta de la «doctrina del milímetro» (SAN 11 de enero de 2023)..... 38
 - El Tribunal Supremo determina los límites de la deducción del fondo de comercio en operaciones de fusión (STS de 19 de diciembre de 2022)..... 40
 - La venta de una entidad *holding* que agrupa a todas las filiales que desarrollan una línea de negocio, en el contexto del IVA (Consulta Vinculante de la DGT V2109-22, de 5 de octubre)..... 41
 - La escisión de elementos patrimoniales aislados y el concepto de rama de actividad (Consulta Vinculante de la DGT V2624-22, de 23 de diciembre)..... 43
 - Condiciones para derivar responsabilidad tributaria (ex art. 42.2.a LGT) hacia el accionista que se limitó a percibir los dividendos acordados por la junta (SSTS 178/2023, de 15 de febrero y 217/2023, de 22 de febrero)..... 44

Análisis

Opresión de la minoría y condena al reparto de dividendos (STS, Sala Primera, de 11 de enero del 2023)

FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA

Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid
Consejero académico de GA_P

El trabajo analiza la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 11 de enero del 2023, sobre la condena a una sociedad a repartir los dividendos sociales en un contexto de opresión de la minoría.

1. Introducción

Los juzgados de lo Mercantil son cada vez más conscientes de las implicaciones que tiene una situación de conflicto entre socios de sociedades cerradas y capaces de identificar los indicios típicos de una estrategia de opresión de la minoría: apartamiento de la gestión, denuncia o incumplimiento de los contratos laborales o de prestación de servicios retribuidos a favor de la sociedad, ampliaciones de capital abusivas, extracción de valor mediante operaciones vinculadas y retribución de los administradores e implementación de medidas que dificultan el ejercicio de los derechos políticos o de control, entre otras.

A las anteriores medidas se añade normalmente la negativa injustificada y continuada en el tiempo a repartir los beneficios sociales mediante la sistemática aplicación del resultado positivo del ejercicio a la constitución de reservas (denominada *acuerdos de atesoramiento*) y todo con la finalidad de «matar de hambre» al socio minoritario.

La regulación legal española sobre sociedades de capital dispone de un buen conjunto de reglas de carácter preventivo y algunos remedios específicamente diseñados para proteger la posición de los socios minoritarios en un contexto de «opresión de la minoría».

La principal medida consiste en el reconocimiento del abuso de la mayoría como causa de impugnación de los acuerdos sociales (art. 204.1 *in fine* de la Ley de Sociedades de Capital o LSC), que se une a la regulación sobre transacciones vinculadas y deberes

de lealtad de los administradores —con sus especialidades en materia de ejercicio de acciones de responsabilidad por infracción del deber de lealtad (arts. 227 y ss. LSC)—, el régimen de retribución de los administradores y consejeros delegados (arts. 217 y 249 LSC y STS, Sala Primera, de 26 de febrero del 2018), la prohibición de votar en la dispensa de dichas obligaciones de lealtad para el socio-administrador (art. 190.1 LSC) o la inversión de la carga de la prueba sobre lesión del interés social en los litigios sobre impugnación de acuerdos sociales adoptados por socios mayoritarios incurso en conflicto de intereses no posicional (art. 190.3 LSC). En lo que se refiere a los acuerdos de atesoramiento, la medida más importante y controvertida consistió en reconocer el derecho de separación del socio por falta de distribución de dividendos (348 bis LSC).

No obstante, es necesario reconocer que, en ocasiones, la utilidad en la práctica del ejercicio de este tipo de derechos y acciones para proteger la posición de los socios minoritarios es muy limitada.

A nadie se le escapa que a la declaración de nulidad de un acuerdo por abuso de la mayoría le suele seguir la adopción de otro u otros acuerdos también abusivos, que es necesario impugnar de nuevo con un considerable coste económico y, muchas veces, personal.

En cuanto al ejercicio de acciones de responsabilidad de administradores por pago de retribuciones excesivas o infracción de deberes de lealtad, si bien se pueden traducir en la condena a reintegrar el daño causado a la sociedad, esta solución no sirve de gran cosa cuando dicho patrimonio continúa bajo el control de la misma mayoría de socios-administradores que actuó de forma abusiva y desleal. Apenas existen precedentes de ex-

clusión del socio-administrador de una sociedad de responsabilidad limitada condenado a indemnizar a la sociedad (art. 350 LSC).

Por su parte, el derecho de separación por falta de distribución de dividendos no llegará a surgir si los gastos de explotación de la compañía resultan sobrecargados mediante pagos que no suponen sino un traslado de valor de la sociedad hacia el socio o socios mayoritarios (v. gr., con las generosas retribuciones de administrador y otras transacciones vinculadas). Además, puede no ser una solución aceptable en muchos casos, ya que el experto independiente designado por el Registro Mercantil puede ser incapaz de determinar el valor razonable de la participación, bien por la propia naturaleza de la actividad social, bien por las trabas a la valoración que pondrán los socios mayoritarios al cargo de la administración de la compañía.

Es cierto que la situación que se acaba de describir se puede evitar mediante la firma, en el momento fundacional, de pactos o acuerdos parasociales dirigidos a proteger la posición de los socios minoritarios (y a la inversa) en un contexto de conflicto y que los buenos abogados insisten mucho en este punto con sus clientes. Sin embargo, la realidad práctica de las sociedades cerradas demuestra que se constituyen (o se heredan) sobre la base de vínculos familiares o de amistad y, precisamente por ello, los acuerdos alcanzados por los socios al tiempo de la constitución de la sociedad no se suelen documentar, lo que no quiere decir que no existan.

2. Legítimas expectativas de los socios y causa del contrato social

La participación directa en la administración de la compañía, con acceso directo a la información, documentación y toma de de-

cisiones, en muchos casos de forma remunerada, o la prestación de servicios, también remunerados, a la sociedad responden en muchos casos a acuerdos alcanzados por todos los socios en el momento de la constitución de la sociedad y está en la causa misma del negocio fundacional de sociedades donde las relaciones de trabajo y capital aparecen sustancialmente conexas.

El cese en el cargo de administrador y la terminación unilateral de estos contratos sin más razón que la voluntad del socio o socios mayoritarios, junto con la negativa al reparto de los dividendos sociales, conlleva la extinción de los medios de que dispone el socio minoritario para participar en las ganancias generadas por la sociedad. La adopción de este tipo de decisiones por los socios de control determina una infracción de las bases esenciales del contrato social y frustra las legítimas expectativas de socios minoritarios que, lejos de ser socios meramente inversores, esperan rentabilizar su inversión en la compañía mediante la prestación de servicios remunerados a la sociedad.

Hace tiempo que la jurisprudencia estadounidense y algunas regulaciones estatales de ese país han reconocido la posibilidad de promover acciones o remedios de distinto tipo dirigidos a proteger dichas expectativas frente a estrategias de opresión o abusivas de la mayoría, que pueden llegar a consistir en ordenar la compraventa por el socio mayoritario de su participación en la sociedad mediante la valoración de las participaciones sociales por un experto independiente. En el mismo sentido, la *Companies Act* inglesa del 2006, entre otras regulaciones del ámbito anglosajón, permite a los socios minoritarios que padecen una estrategia de opresión solicitar judicialmente la separación o la compraventa forzosa por el socio mayoritario

de las acciones o participaciones titularidad del socio minoritario en sociedades cerradas (arts. 994 y 996).

Las sentencias de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña de 25 de marzo del 2019 y del Tribunal Supremo de 11 de enero del 2023 que analizamos en este trabajo deben ser encuadradas en este contexto.

No se trata de que se haya condenado a una sociedad a repartir un dividendo que los socios mayoritarios no querían repartir ni de que los tribunales españoles interfieran en las decisiones de autofinanciación de las empresas. Estamos ante un caso de privación injustificada, con respecto al socio minoritario, de toda intervención en la gestión de la sociedad y de la retribución por su trabajo como director de almacén, acompañada de una extracción de la liquidez de la compañía mediante contratos de financiación al socio mayoritario y de una retención abusiva de las ganancias sociales, evitando de forma injustificada el reparto de dividendos durante dos ejercicios seguidos. Esto es importante destacarlo a la hora de identificar el fundamento y, por consiguiente, la evolución posible de esta jurisprudencia.

3. Un caso de opresión de la minoría

La sociedad en conflicto es una sociedad de capital (una corporación) de base personalista. Los dos únicos socios son una sociedad (titular del 51 % del capital) y un socio persona física (titular del 49 % restante). A su vez, la sociedad dominante está controlada por dos personas físicas unidas por vínculos familiares (padre e hijo) que ocupan cargos retribuidos en su consejo de administración.

Como relata la sentencia de la Audiencia Provincial, durante catorce años seguidos (entre

el 2000 y el 2014) el socio minoritario participaba en la gestión como administrador solidario y percibía una retribución aproximada de cinco mil euros mensuales (en realidad, por la realización de actividades accesorias a las orgánicas como la «dirección de un almacén»). Por su parte, la socia mayoritaria mantiene «relaciones de servicios y financiación» con su filial que le permiten disponer de la liquidez necesaria para pagar retribuciones de considerable cuantía a los miembros de su consejo de administración (padre e hijo).

En ese contexto de paz social y de retribución directa o indirecta de todos los socios, la sociedad no repartía dividendos, con la única excepción del reparto realizado en el ejercicio del 2011, cuando se acordó por unanimidad distribuir el 75 % del beneficio del ejercicio.

En marzo del 2014 se manifiesta el conflicto entre los socios, que discurre conforme al itinerario normal de este tipo de situaciones. El minoritario es cesado como administrador solidario (y como «director de almacén»), de modo que deja de percibir la retribución mensual correspondiente y es apartado de la gestión, que pasa a asumirla exclusivamente el socio de control como administrador único.

Las relaciones de prestación de servicios y financiación entre la sociedad en conflicto y su socia mayoritaria sufren cambios (conversión del saldo de línea de crédito en préstamo participativo, posterior extinción, firma de un contrato de financiación del grupo que impide el reparto de dividendos a algunas sociedades, pero no a otras, etc.). Adicionalmente, al tiempo que la matriz continúa financiándose con cargo a la filial en conflicto y le presta servicios retribuidos,

se cierra el grifo de los dividendos: se niega el reparto de las ganancias sociales obtenidas en los ejercicios 2014 y 2015, a pesar de que la sociedad cuenta con reservas acumuladas durante todos los ejercicios anteriores de importante cuantía.

En esta situación de opresión de la minoría, el socio minoritario impugnó los acuerdos de constitución de reservas por considerarlos abusivos y, esto es lo característico del caso, acumuló una acción de condena dirigida contra la sociedad para que se repartiera la totalidad del beneficio de ambos ejercicios.

La Audiencia Provincial de La Coruña le da la razón porque se advierte un cambio en las relaciones de los socios que impide al minoritario obtener el rendimiento derivado de su inversión inicial en la compañía, mientras que la socia mayoritaria sí lo recibe (la negrita y la cursiva son nuestras):

21. Sentado lo anterior, en nuestro criterio los acuerdos impugnados son abusivos porque, aun sin ocasionar daño a la sociedad, **se adoptan en beneficio del socio mayoritario** —al que fluyen por vía de financiación las reservas que GSS Atlántico va acumulando, sin garantías ni presión alguna de restitución, ni siquiera parcial— **y en perjuicio del minoritario**. Desde que el Sr. Ángel Jesús fue cesado como administrador solidario y perdió su retribución como gerente o director del centro de trabajo de A Coruña, su posición cambia por completo, y con ella la valoración que debe hacerse de la continuidad de la línea que la sociedad venía siguiendo sobre la aplica-

ción del resultado. Ya no disfruta el actor de la ventaja compensatoria que obtenía, a cambio de su trabajo, por vía de retribución —sólo en un ejercicio, el del 2011, había percibido dividendos— y ello lo sitúa en un nuevo escenario que el socio mayoritario, que es el que lo ha provocado, no puede desconocer; una situación en la que se activa y cobra especial virtualidad el deber de lealtad del socio mayoritario hacia el minoritario, el necesario reconocimiento de que la continuidad de la misma política de dividendos que hasta entonces se había seguido ya sólo puede beneficiar a GSS Line y perjudicar al Sr. Ángel Jesús, que nada recibe de las ganancias que genera el negocio social y que tampoco puede realizar ventajosamente su inversión —si fuera esa su intención— porque está atrapado en una sociedad cerrada que no reparte dividendos y que destina sus beneficios a financiar a la sociedad dominante, es decir, al propio socio mayoritario.

La Sentencia del Tribunal Supremo destaca no sólo el carácter abusivo del acuerdo de atesoramiento, sino el conjunto de la situación típica de una estrategia de opresión de la minoría, y pone el acento en la frustración de las legítimas expectativas del minoritario de participar en los rendimientos derivados de la actividad social mediante la retribución por prestación de servicios a favor de la sociedad, mientras que la socia mayoritaria recibe asistencia financiera que le permite abonar retribuciones a su consejo de administración:

A finales del 2014 la sociedad tenía unas reservas de 2 128 630 euros. Con estas reservas dejaba de ser una «necesidad razonable» no repartir las ganancias obtenidas en los ejercicios 2014 y 2015, para convertirse en una excusa «injustificada» para imponer la mayoría ese acuerdo de no reparto de beneficios que, a tenor de los antecedentes expuestos en el primer fundamento jurídico, perjudicaba al socio minoritario que tenía una participación del 49 % y había dejado de obtener rendimientos económicos de la sociedad, mientras que quienes controlaban la matriz (socia mayoritaria), seguían beneficiándose de los rendimientos que les proporcionaba la retribución como administradores de la matriz, gracias además a la asistencia financiera que le prestaba la filial.

Como muy bien apreció la Audiencia, estamos ante un supuesto claro de acuerdo impuesto con abuso por la mayoría, en perjuicio claro de la minoría, pues pretende privarle del lógico rendimiento económico derivado de las ganancias alcanzadas por la compañía, sin que exista una necesidad razonable que lo justifique.

La conclusión que cabe extraer de todo lo anteriormente expuesto es que no se trata de que la Audiencia de La Coruña o el Tribunal Supremo interfieran en las decisiones de autofinanciación de las empresas, sino de revertir los efectos de una estrategia abusiva de opresión consistente en privar al socio minoritario —sin causa justificada— de los ingresos que percibía a cambio de su trabajo como director del almacén y, al tiempo, impedirle todo acceso a las ganancias sociales, que sí recibe la socia mayoritaria mediante las lí-

neas de financiación constituidas con la filial en conflicto «sin garantías ni presión alguna de restitución, ni siquiera parcial», que al final «suben» a las personas físicas que controlan la sociedad matriz en forma de retribuciones a su consejo de administración.

Si el fundamento correcto de esta resolución es el deber de lealtad entre socios (como afirma la Audiencia), la prohibición del abuso de derecho (como razona el Tribunal Supremo) —o sería preferible hablar de la existencia de un contrato o acuerdo base en situación de coligación comercial con el contrato de constitución de la corporación, pero subordinado a aquél— es una cuestión que no es posible abordar en este trabajo.

4. Análisis de la resolución

Las críticas más contundentes que han recibido estas resoluciones son más bien teóricas y derivan de la idea de que, si bien es admisible declarar abusivo un acuerdo de constitución injustificada de reservas, el tribunal no puede declarar aprobado el acuerdo «inverso» de distribución de dividendos, ya que no existe una alternativa *única* al acuerdo de constitución de reservas adoptado de forma abusiva. De este modo, condenar a una sociedad de capital a repartir como dividendos *precisamente* la suma que la socia mayoritaria decidió destinar a reservas constituye una injerencia indebida en una decisión de carácter empresarial, como es la relativa a la financiación de la actividad social mediante recursos propios o ajenos.

Desde este punto de vista, el único remedio posible contra un acuerdo abusivo de aplicación del resultado del ejercicio a la constitución de reservas consistiría en declarar su nulidad, y la junta general debería ser convocada de nuevo para decidir libremente sobre

la aplicación del resultado del ejercicio, se supone que con el único límite de no volver a acordar el destino de la totalidad del resultado a la constitución de reservas. Si el nuevo acuerdo fuera también considerado abusivo para la minoría, ya que la sociedad siempre es beneficiada por la constitución de reservas, se podría anular de nuevo, y así sucesivamente hasta llegar a un reparto que no se pueda considerar abusivo. De hecho, ésta es la solución que normalmente ofrecen autores y tribunales de ordenamientos jurídicos de nuestro entorno como el alemán o el italiano.

En nuestra opinión, la decisión adoptada por la Audiencia de La Coruña y ratificada por el Tribunal Supremo es sustancialmente compartible, pero es importante destacar dos cuestiones, una de fondo y otra de carácter formal:

- La cuestión de fondo se refiere, una vez más, a que la justificación de estas sentencias no sólo reside en una falta de reparto de dividendos, sino en la extinción de la relación retribuida del contrato de arrendamiento de servicios que permitía al socio minoritario obtener un rendimiento económico de la sociedad, al tiempo que la socia mayoritaria sí lo recibe mediante líneas de financiación sin garantías ni plazos reales de devolución. Si el socio minoritario hubiera sido un mero inversor, la demanda habría sido desestimada, y lo mismo si no se hubiera alegado (y probado) esta estrategia de opresión a la minoría. Lo que han hecho estos tribunales es restablecer la eficacia de los acuerdos alcanzados por los socios en el momento mismo de la constitución de la sociedad y por eso es coherente que se haya acordado el reparto

en la cifra que los propios socios consideraron adecuada en un momento anterior al conflicto. Es la versión española de la *Legitimate Expectations Approach* de los tribunales estadounidenses.

- La cuestión formal se refiere a la necesidad de respetar el procedimiento de adopción de decisiones en una organización corporativa como es la sociedad de capital, incluso cuando se trate de una sociedad con base personalista.

El derecho del socio al dividendo sólo puede surgir de un acuerdo de la junta general, que a su vez requiere de la formulación de una propuesta que debe ser sometida a deliberación y votación en el seno de esa junta general. Cuando esa propuesta es rechazada (de forma explícita o implícita), lo procedente es acumular a la acción de impugnación del acuerdo positivo (el atesoramiento de dividendos) una acción declarativa del resultado positivo de la votación (la negativa al reparto de dividendos) que vaya acompañada de la pretensión de anulación por abusivos de los votos en contra de la propuesta de aplicación del resultado formulada en junta general por uno o varios socios.

Este tipo de acción, sometida a los mismos requisitos procesales y materiales que las acciones de impugnación de acuerdos sociales, debe dirigirse contra la sociedad y contra los socios cuyos votos en contra se pretenden anular y se debe garantizar el derecho del resto de los socios a personarse en el proceso como intervinientes procesales a efec-

tos de que todos puedan hacer valer, como excepciones, las causas de nulidad o anulabilidad que pudiera presentar el acuerdo cuya declaración se pretende del tribunal con el apoyo de los votos formulados a favor de la propuesta («el acuerdo está en los votos»). La sentencia que se dicte tendrá eficacia de cosa juzgada frente a todos los socios y determinará el establecimiento de la situación jurídica resultante de la aprobación de la propuesta con efectos retroactivos y sin posibilidad de ulterior impugnación. El derecho del dividendo del socio habrá nacido como consecuencia de la declaración judicial (que no es lo mismo que una sentencia directa de condena a la sociedad) y su titular podrá exigir el pago a la sociedad, que deberá abonarlo con cargo a sus reservas disponibles (art. 273 LSC).

El caso resuelto por la sentencia comentada cumple los anteriores requisitos, al tratarse de una sociedad integrada por sólo dos socios. El socio minoritario realiza en el suplico de la demanda una petición de reparto de dividendos. En el proceso se debatieron las razones por las que se consideraba que el reparto solicitado por el demandante resultaría contrario al interés social, razones que son desestimadas por el tribunal (v. gr., incumplimiento de un contrato de financiación que prevé como causa de vencimiento anticipado el reparto de dividendos).

5. Conclusiones

- a) La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 11 de enero del 2023 resuelve un supuesto de hecho muy

particular donde se advierte la existencia de una estrategia de opresión a la minoría integrada no sólo por los acuerdos que denegaron el reparto de dividendos, sino por un conjunto de comportamientos del socio mayoritario o socio de control que niegan al socio minoritario sus legítimas expectativas de obtener un rendimiento económico de su participación societaria en forma, sea de dividendos, sea de prestación de servicios o trabajo de forma retribuida.

- b) En nuestra opinión, el caso no se habría resuelto del mismo modo si el demandante hubiera sido un mero inversor o si la socia mayoritaria no hubiera disfrutado de la financiación que no devuelve y que le permite retribuir a las personas físicas que integran su consejo de administración en los términos señalados por las sentencias. Creemos que la resolución judicial adoptada en

la instancia encuentra implícitamente su fundamento en la afirmación de la existencia de un acuerdo entre los socios que sirve de base a la propia constitución de la sociedad que habría sido infringido por la socia mayoritaria.

- c) Una sociedad de capital no puede ser condenada a repartir dividendos a sus socios, ya que dicho reparto requiere la adopción de un acuerdo por la junta general de socios. No obstante, es posible acumular a la acción de impugnación del acuerdo positivo de constitución de reservas una acción declarativa de la aprobación de la propuesta de aplicación del resultado mediante la anulación de los votos emitidos en contra. Una vez declarado el resultado de la votación, nacerá el derecho del socio al dividendo y su pago será exigible por el socio si la sociedad cuenta con reservas suficientes para asumirlo.

Análisis

Las modificaciones de la Ley de Sociedades de Capital por la nueva Ley de los Mercados de Valores

REYES PALÁ LAGUNA

Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad de Zaragoza

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

La Ley 6/2023, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión, modifica los artículos 23 y 407 de la Ley de Sociedades de Capital e introduce un nuevo capítulo dedicado a las especialidades de régimen aplicables a las sociedades cotizadas con propósito para la adquisición.

La disposición final sexta de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión (LMV), modifica los artículos 23 y 407 de la Ley de Sociedades de Capital e introduce un nuevo capítulo VIII bis denominado «Especialidades de las sociedades cotizadas con propósito para la adquisición» en el título XIV de la ley societaria (nuevos arts. 535 bis a 535 quinqués). Estas reformas obedecen a finalidades distintas; de ahí que a continuación las abordemos separadamente.

1. El reconocimiento legal de una tercera forma de representación de las acciones y las obligaciones: los sistemas basados en tecnología de registros distribuidos

Los artículos 23 y 407 de la Ley de Sociedades de Capital, dedicados respectivamente al contenido mínimo de los estatutos sociales y a la escritura pública de la emisión de obligaciones, recogen por primera vez en la legislación societaria la posibilidad de representación de las acciones y las obligaciones «mediante sistemas basados en tecnología de registros distribuidos», al ser necesario hacer constar en los estatutos de la anónima el modo de representación de las acciones —y el de las obligaciones emitidas por la sociedad de capital en la escritura de emisión—. Este *tertium genus* en el modo de

representación de los valores referido en la Ley de Sociedades de Capital ha de analizarse conjuntamente con los preceptos de la Ley de los Mercados de Valores en donde se reconoce esta nueva modalidad de representación de los instrumentos financieros.

Con carácter general y no sólo, pues, para las acciones y las obligaciones, sino también para otros instrumentos financieros (por ejemplo, los contratos de derivados), el artículo 2.2 de la Ley de los Mercados de Valores considera también instrumentos financieros —en obligada transposición de la Directiva relativa a los mercados de instrumentos financieros MIFID II— los comprendidos en su apartado 1 «cuando los mismos sean emitidos, registrados, transferidos o almacenados utilizando tecnología de registros distribuidos u otras tecnologías similares como soporte de esas actuaciones». Y el artículo 6 de esta ley comienza indicando que «[l]os valores negociables podrán representarse por medio de anotaciones en cuenta, títulos o sistemas basados en tecnología de registros distribuidos». Su redacción final proviene de una enmienda de última hora en el Senado, una vez aprobado el texto por el Congreso, de forma que se reconoce con carácter general el poder recurrir a la tecnología *blockchain* para la representación de los valores negociables, tecnología antes de la aprobación de la enmienda limitada únicamente a aquellos que fueran objeto de emisión y posterior negociación bajo el Reglamento (UE) 2022/858 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo, sobre un régimen piloto de infraestructuras del mercado basadas en la tecnología de registro descentralizado (en adelante, «Reglamento piloto»).

La admisión de la tecnología *blockchain* como modo de representación de las accio-

nes y las obligaciones (valores negociables), en un análisis conjunto de ambas leyes, ha de entenderse circunscrita, en nuestra opinión, al ámbito de su negociación en los mercados de valores (centros de negociación). El artículo 6.2 de la nueva ley dispone al efecto: «[l]os valores negociables admitidos a negociación en centros de negociación estarán necesariamente representados mediante anotaciones en cuenta o mediante sistemas basados en tecnología de registros distribuidos en el marco del Reglamento (UE) 2022/858 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo del 2022». Esto es, el reconocimiento legal de las criptoacciones y de las criptoobligaciones como valores negociables viene delimitado por el ámbito de aplicación de la Ley de los Mercados de Valores; a estos efectos, la regulación de los mercados de valores se refiere, «entre otras materias, a la emisión y oferta de instrumentos financieros, a los centros de negociación y sistemas de registro, compensación y liquidación de instrumentos financieros» (art. 1).

Nótese que la nueva ley no ha modificado los artículos 92 y 412 de la Ley de Sociedades de Capital, preceptos que establecen con carácter general la doble posibilidad de representación de las acciones y de las obligaciones —valores mobiliarios— en el derecho español (por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta). En este sentido, tampoco la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988 al reconocer con carácter general la posibilidad de representar los valores negociables mediante anotaciones en cuenta modificó la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 vigente en la época, sino que fue el posterior Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989 el que recogió la posibilidad de que las acciones y las obligaciones se representaran por medio de anotaciones en cuenta

(arts. 51 y 98 del texto refundido). La principal diferencia entre las reformas legales de 1988 y 1989 que introdujeron los valores anotados y esta de marzo del 2023 es que, por el momento, no se espera una modificación de los artículos 92 y 412 de la Ley de Sociedades de Capital.

La representación de acciones y obligaciones con tecnología de registros distribuidos queda pues, en una interpretación prudente, limitada a aquellas que vayan a ser negociadas en los sistemas multilaterales de negociación en el marco del Reglamento piloto y no se reconoce, con carácter general también, para las sociedades cerradas. Pero, incluso en el ámbito del Reglamento piloto, existen limitaciones para la negociación de los criptovalores negociables, ya que en estos sistemas multilaterales de negociación sólo se admitirán acciones de sociedades anónimas con una capitalización inferior a quinientos millones de euros o bonos u otras formas de deuda con un volumen de emisión inferior a los mil millones de euros (artículo 3 del Reglamento piloto, que precisa además que los «bonos corporativos emitidos por emisores cuya capitalización bursátil no excediese de 200 000 000 euros en el momento de la emisión quedarán excluidos del cálculo del umbral»).

De ahí que la reforma de la Ley de Sociedades de Capital haya sido de mínimos, esto es, reconocer la representación de los criptovalores acciones y obligaciones a los efectos necesarios para su emisión y negociación en el sistema multilateral creado al amparo del Reglamento piloto en la medida en la que sólo se han modificado los preceptos relativos al contenido de los estatutos y a la escritura de emisión de las obligaciones para poder permitir a las sociedades españolas acceder a los nuevos sistemas multilaterales

de negociación que utilizan la tecnología *blockchain* en la emisión y transmisión de valores en el marco del Reglamento piloto. Para ello, de forma paralela, aunque aquí con carácter general, la disposición final tercera de la Ley de los Mercados de Valores modifica el artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para reconocer como títulos que llevan aparejada ejecución los certificados no caducados expedidos por las «entidades responsables de la administración de la inscripción y registro respecto de los valores representados mediante sistemas basados en tecnología de registros distribuidos a los que se refiere la Ley del Mercado de Valores siempre que se acompañe copia de la escritura pública de representación de los valores o, en su caso, de la emisión, cuando tal escritura sea necesaria, conforme a la legislación vigente».

Con estos mimbres jurídicos, las sociedades españolas van a poder solicitar la admisión a negociación en un sistema multilateral que funciona con tecnología de registro distribuido en el marco establecido por el Reglamento piloto, reglamento de directa aplicación desde el 23 de marzo del 2023.

Ésta tendría que haber sido la única reforma en el texto del artículo 23 en el marco de la legislación del mercado de valores. Produce cierta perplejidad el hecho de que el precepto introduzca de nuevo la desaparecida referencia a la sociedad limitada en régimen de formación sucesiva, referencia eliminada al derogarse el artículo 4 bis de la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de Creación y Crecimiento de Empresas, que en consecuencia modificó el artículo 23 y eliminó la referencia a la constancia de la sujeción de la sociedad a dicho régimen hasta que la limitada alcance el capital mínimo de tres mil euros. Parece que en

la tramitación de la Ley de los Mercados de Valores en las Cortes Generales el legislador no se percató de que el artículo 23 había sido reformado por esta ley de 28 de septiembre del 2002 y se ha vuelto en este punto a la versión anterior del primer apartado del artículo 23c de la Ley de Sociedades de Capital. La cuestión no tiene mayores consecuencias prácticas, pero sí revela que el proyecto de ley no tuvo un estudio pausado en su tramitación parlamentaria.

Respecto al artículo 407, aquí sí, únicamente se ha modificado la letra c del apartado 1, de manera que en la escritura de emisión se hará constar: «c) El importe total de la emisión y el número de obligaciones que la integran, con expresión de si se representan por medio de títulos, por medio de anotaciones en cuenta o mediante sistemas basados en tecnología de registros distribuidos».

2. El reconocimiento de las SPAC en derecho español

2.1. Visión general

Los cuatro artículos que integran el nuevo capítulo VIII bis del título XIV dedicado a las sociedades anónimas cotizadas de la Ley de Sociedades de Capital (arts. 535 bis a 535 quater) recogen las especialidades del régimen de estas sociedades con propósito para la adquisición (*special purpose acquisition company*, SPAC por sus siglas en inglés) que permitirán recurrir a estas *shell companies* o entidades de propósito especial constituidas para captar inversores mediante una oferta pública

y posterior solicitud de admisión a negociación «con el objeto de adquirir la totalidad o una participación en el capital de otra sociedad o sociedades cotizadas o no cotizadas, ya sea directa o indirectamente, a título de compra-venta, fusión, escisión, aportación no dineraria, cesión global de activos y pasivos u otras operaciones análogas» (art. 535 bis LSC). Se trata de permitir en nuestro país, como indica la exposición de motivos de la Ley de los Mercados de Valores, un mecanismo alternativo a la salida a bolsa tradicional con el objetivo de fomentar la diversificación de las fuentes de financiación de las empresas, la *bursatilización* de nuestra economía y una menor dependencia del crédito bancario. Sin estas reformas legales, no podrían desarrollarse en España estas sociedades especiales dadas las limitaciones que el régimen general de las anónimas cotizadas impone por ejemplo en materia de autocartera o emisión de acciones rescatables, limitaciones que impedirían satisfacer la pretensión del accionista minoritario de solicitar el reembolso de su inversión una vez que la SPAC haya comunicado el acuerdo de adquisición o de fusión con la sociedad escogida.

Las peculiaridades legales de estas sociedades especiales están previstas con carácter temporal y decaen en su aplicación «una vez formalizada la adquisición o inscrita la fusión», momento en el que deberán suprimir de su denominación social la indicación «Sociedad Cotizada con Propósito para la Adquisición»

¹ https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2021/05/La-proyectada_reforma_Sociedades-1.pdf

o su abreviatura «SPAC, S. A.» (art. 535 bis), indicación preceptiva en el momento de su constitución. De estas sociedades especiales nos ocupamos a propósito del Anteproyecto de Ley del Mercado de Valores de mayo del 2021 en el *Análisis GA_P* «La proyectada reforma de la Ley de Sociedades de Capital en materia de SPAC, S. A.»¹ y a él nos remitimos, limitándonos aquí a señalar los principales cambios respecto al texto del anteproyecto.

Cierto es que el nuevo régimen para las SPAC llega con retraso, una vez que en los mercados estadounidenses ha descendido el número de sociedades con este propósito especial, a lo que no es ajena la normativa proyectada de la *Securities Exchange Commission* (SEC) que introduce mayores controles y obligaciones de información para mejor tutela de los intereses de quienes en ellas invierten y presta especial atención a los accionistas minoritarios. En Europa las ofertas públicas (IPO) realizadas por SPAC volvieron en el 2022 a niveles anteriores a los del 2020.

La redacción del artículo 535 bis —el primero dedicado a estas sociedades— es idéntica a la del Anteproyecto de Ley del Mercado de Valores del 2021, con el único añadido de la necesaria constancia en los estatutos de la SPAC de un plazo de treinta y seis meses como máximo para la formalización del acuerdo de adquisición de la sociedad escogida (*target*). Este plazo podrá ser ampliado hasta un máximo de dieciocho meses adicionales por acuerdo —y no por decisión como se lee en el precepto— de la junta general de accionistas adoptado con los requisitos de la modificación

de estatutos. Se trata de un plazo generoso, especialmente si se compara con la normativa proyectada del supervisor estadounidense al respecto (SEC), fijado en veinticuatro meses.

Los restantes tres artículos del nuevo régimen de las SPAC se dedican, respectivamente, a los mecanismos de reembolso de los accionistas de la sociedad una vez que ésta anuncie la adquisición proyectada; a la exención de la obligación de que el accionista que deviene titular de una participación de control formule una opa, ya como consecuencia de la operación de adquisición, ya como consecuencia del ejercicio por los accionistas del derecho de separación (mecanismo de reembolso), y a la no aplicación del límite de autocartera adquirida como consecuencia del ejercicio del mecanismo de reembolso por los socios, exención del límite de autocartera en el caso de emisión de acciones rescatables, así como a la potestad de la Comisión Nacional del Mercado de Valores para exigir un folleto informativo cuando la adquisición se produzca a través de una fusión si la fusión estuviera exenta de folleto ex artículos 4 y 5 del Reglamento (UE) 2017/1129 (en adelante, «Reglamento de folletos»). En definitiva, el legislador trata de flexibilizar en las SPAC la aplicación del régimen del derecho de separación del socio, el régimen de la autocartera, los límites a la emisión de acciones rescatables para facilitar el reembolso a los socios de su inversión, así como la normativa de opas, al ser éstos los mayores impedimentos para favorecer el desarrollo de las SPAC en nuestro país, sociedades con objetivos funcionalmente similares al *private equity*.

2.2. ¿SPAC cotizadas en el mercado regulado o también en sistemas multilaterales de negociación?

Se plantea la cuestión de si el nuevo régimen previsto para las SPAC se circunscribe a las sociedades con propósito especial para la adquisición que solicitan la admisión a negociación de sus acciones en el mercado regulado (bolsas de valores) o también a las que lo hacen en un sistema multilateral de negociación previo proceso, en ambos casos, de captación de inversores a través de una oferta pública. En virtud de lo dispuesto en el artículo 535 bis.5, «[l]as especialidades previstas en este capítulo se aplicarán también a las sociedades cotizadas con propósito para la adquisición que tengan valores admitidos a negociación en sistemas multilaterales de negociación».

En la exposición de motivos de la nueva ley no se precisa si las SPAC han de ser únicamente sociedades anónimas cotizadas en los mercados regulados (bolsas de valores) o también pueden serlo en sistemas multilaterales de negociación (como es BME Growth). Ni en la exposición de motivos del anteproyecto de mayo del 2021 —de donde procede la redacción final, que no se ha visto alterada— ni en la de la nueva ley se precisa este extremo.

Una interpretación restrictiva (a las SPAC les queda vedada la cotización en sistemas multilaterales) podría sostenerse teniendo en cuenta los siguientes argumentos: en primer lugar, uno de carácter sistemático, el nuevo capítulo VIII bis introducido en el título XIV de la Ley de Sociedades de Capital, título dedicado

a las sociedades anónimas cotizadas en los mercados regulados, no es aplicable a las cotizadas en sistemas multilaterales de negociación; la nueva Ley de los Mercados de Valores no ha modificado la disposición adicional decimotercera de la Ley de Sociedades de Capital («Serán de aplicación a las sociedades anónimas con acciones admitidas a negociación en sistemas multilaterales de negociación las normas contenidas en los capítulos II, III, IV y V del título XIV de la presente ley») y se debería haber incluido la modificación de esta disposición adicional para recoger la expresa referencia al capítulo VIII bis si es que se quiere que las SPAC puedan solicitar también la admisión a negociación en sistemas multilaterales de negociación. La conclusión lógica sería que, al no haberse modificado en este punto la Ley de Sociedades de Capital, las SPAC sólo pudieran cotizar en los mercados regulados (Bolsas).

En segundo lugar, pueden argüirse razones de protección del inversor minorista que desaconsejarían la cotización de la SPAC en sistemas multilaterales de negociación: las admisiones a negociación de acciones en un sistema multilateral de negociación se someten a los requisitos y procedimiento que establezca el organismo rector del mercado, a diferencia de las admisiones en un mercado regulado que requieren folleto de admisión, con las excepciones previstas en el Reglamento de folletos del 2017. La Comisión Nacional del Mercado de Valores verifica los requisitos de admisión de acciones a negociación en un mercado regulado (arts. 37 y 63 de la nueva LMV), lo que no sucede en el caso de los sistemas multilaterales de

negociación. Pero, si la SPAC realiza una oferta pública de suscripción o venta de sus acciones —lo que es obligado a la vista del concepto legal—, ha de publicar un folleto que será aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, salvo que pueda acogerse al régimen de las excepciones a la obligación de elaborar un folleto previstas en el citado reglamento. Esto es, la protección del inversor que brinda el principio de transparencia (*full disclosure*) en virtud del cual ha de publicarse un folleto de oferta pública, de suscripción o venta de acciones y ha de registrarse en la Comisión Nacional del Mercado de Valores (arts. 35 y 244 de la nueva ley) es aplicable tanto si la SPAC va a cotizar en un mercado regulado como en un sistema multilateral de negociación. Pero, dentro de las facultades de supervisión e inspección reconocidas a la Comisión por el artículo 234 de la nueva ley, figura la de acordar la suspensión o exclusión de la negociación de un instrumento financiero, «ya sea en un mercado regulado o en otros sistemas de negociación», si bien no se le atribuyen expresamente, como sí sucede para los mercados regulados (art. 64), las facultades en materia de suspensión y exclusión de negociación de instrumentos financieros en sistemas multilaterales de negociación.

En tercer lugar, a las SPAC les es aplicable el régimen de opas previsto en los artículos 108 a 117 de la nueva ley porque así lo ha dispuesto expresamente el legislador. El principal y más destacado cambio de la nueva ley respecto del régimen vigente en materia de opas es su aplicación no sólo a las sociedades cotizadas en mercados regulados, sino también a las que lo son en sistemas mul-

tilaterales de negociación (art. 109.1), «[l]as obligaciones a que se refiere este capítulo se entenderán referidas a aquellas sociedades cuyas acciones estén, en todo o en parte, admitidas a negociación en un mercado regulado español o en un SMN [sistema multilateral de negociación], en los términos que se determinen reglamentariamente, y tengan su domicilio social en España»). Pero de ello no se deduce, en nuestra opinión, un argumento a favor de que las SPAC puedan cotizar en sistemas multilaterales, sino que se ha mejorado la protección del inversor minorista en acciones cotizadas en un sistema multilateral al permitírsele disfrutar de la prima de control, que es uno de los fundamentos de la legislación de opas.

Pero entonces ha de darse un sentido al artículo 535 *bis*. Podría interpretarse que puede constituirse una SPAC que finalmente cotizará en un mercado regulado, pero que con carácter previo realiza una o varias emisiones de obligaciones que van a ser negociadas, por ejemplo, en el mercado alternativo de renta fija (MARF), como paso previo a la oferta pública de acciones y posterior solicitud de admisión a negociación en el mercado regulado. En todo caso, sería deseable que el supervisor aclarara esta cuestión mediante un comunicado.

2.3. *Los mecanismos de reembolso de la inversión realizada por los socios*

Una vez acordada la adquisición de la sociedad escogida (o la fusión), se concede a los accionistas de la SPAC que adquirieron acciones en el momento de la oferta pública inicial (IPO) la posibilidad de enajenarlas —total o

parcialmente— para recuperar su inversión sin necesidad de acudir a la venta de sus acciones en el mercado. Los medios para ello se detallan en el artículo 535 *ter* (mecanismo de reembolso): una opa cuya finalidad sea la reducción de capital por amortización de acciones propias, el reconocimiento estatutario del derecho de separación del socio y la emisión de acciones rescatables. En estos dos últimos supuestos, el valor de reembolso de las acciones será la parte alícuota del importe efectivo inmovilizado en la «cuenta transitoria» (*escrow*) que se creó para el depósito de los fondos captados en la oferta pública realizada por la SPAC para poder cumplir con su objeto social.

La Ley de Sociedades de Capital (art. 346.1a) reconoce como causa legal de separación el supuesto del socio que no hubiera votado a favor del acuerdo de sustitución o modificación sustancial del objeto social. Cuando la SPAC, en cumplimiento de su objeto social, adquiere o se fusiona con otra sociedad target, estaremos ante una sustitución o, al menos, una modificación sustancial del objeto social de la SPAC (en la exposición de motivos, aunque no en el articulado de la norma, se lee que su «objeto social exclusivo es la identificación de una empresa, generalmente no cotizada y con alto potencial de crecimiento, en un plazo de tiempo determinado y a la que finalmente adquiere»).

Pues bien: el nuevo artículo 535 *ter*.1, en el caso de que la SPAC haya optado por incluir estatutariamente el derecho de separación como mecanismo de reembolso, expresamente indica que no

es de aplicación «lo dispuesto en el artículo 346.1a de la ley». Queda abierta la cuestión de qué sucede cuando la adquisición se materializa por medio de una fusión transfronteriza, puesto que, en este caso, los socios que hayan votado en contra del acuerdo de fusión, si la sociedad resultante va a tener su domicilio en otro Estado miembro de la Unión, gozan del derecho de separación en virtud del artículo 62 de la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, fusión que implicará el cambio o la modificación sustancial del objeto social de la SPAC. Nada dice el nuevo régimen al respecto; lo más prudente será que la SPAC no incluya en sus estatutos como mecanismo de reembolso a los inversores el derecho de separación, puesto que los accionistas lo podrían ejercer cuando la SPAC anuncie la fusión proyectada ex artículo 535 *ter* de la Ley de Sociedades de Capital y, en una fase posterior, cuando hubieren votado en contra de la fusión transfronteriza intracomunitaria ex artículo 62 de la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (LME).

El segundo mecanismo de reembolso a los socios es el de la emisión de acciones rescatables: no juega el límite máximo previsto en la ley societaria para la emisión de acciones rescatables (la cuarta parte del capital social) ni son de aplicación «las previsiones establecidas, respectivamente, en el artículo 500 y 501 de la ley», de manera que se facilite la desinversión del socio, y ello con independencia —al igual que sucede con el ejercicio del derecho de separación— de que el socio «haya votado o no a favor de la propuesta de adquisición» (art. 535 *ter*.1b LSC).

Respecto al tercer mecanismo de reembolso consistente en la adquisición por la SPAC de acciones propias para que el accionista que así lo manifieste recupere su inversión inicial, ello no sería posible en muchos casos si la SPAC ha de respetar el límite máximo de autocartera (10 %) previsto en el artículo 509 de la Ley de Sociedades de Capital; por ello, el nuevo artículo 535 quinquies declara inaplicable este límite máximo en el marco de estas operaciones.

2.4. Especialidades en materia de opas

En el caso de la opa por reducción de capital y amortización de acciones propias, se permite a la sociedad, en vez de amortizar sus acciones y abonar al socio su parte alícuota del importe efectivo inmovilizado en la cuenta transitoria, la entrega en canje a los accionistas de la sociedad adquirida como contraprestación total o parcial de la adquisición (art. 535 *quater*.3b).

Como excepción al régimen de opas de la nueva Ley de los Mercados de Valores, no se exige la formulación de una opa en dos supuestos: en primer lugar, cuando un accionista alcanza una participación de control en la sociedad resultante de la adquisición y, en el segundo, en aquellos

casos en que, a consecuencia del ejercicio de los mecanismos o sistemas de reembolso (derecho de separación, reducción de capital por amortización de acciones propias), un accionista alcanza directa o indirectamente una participación de control en la SPAC. Estas excepciones «se aplicarán automáticamente y no requerirán un acuerdo al efecto de la Comisión Nacional del Mercado de Valores» (apdo. 4 del art. 535 *quater*).

Con este régimen de mínimos recogidos en estos cuatro artículos se permite la típica operativa de estas sociedades transitoriamente especiales, sobre la cual, precisamente por ser muy similar a la del *private equity*, hubiera sido deseable una aclaración en el sentido de que no les es aplicable la legislación de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado. Todo ello sin perjuicio de la recepción favorable de estas modificaciones al régimen general de las sociedades cotizadas que permitirán —la aceptación por el mercado está por saber— el desarrollo de las SPAC. Por otra parte, la Comisión Nacional del Mercado de Valores deberá estar especialmente atenta al contenido del folleto de la oferta pública, dado el evidente conflicto de intereses en el que se encuentran incursos los promotores de la SPAC.

Práctica Societaria

Práctica registral

Funcionamiento del Registro. Es necesario validar la firma electrónica en el depósito de cuentas. (RDGSJFP de 17 de enero de 2023)

El registrador debe verificar que las firmas electrónicas de quien realiza el envío, así como de los firmantes de la certificación de aprobación de los acuerdos, son debidamente validadas por la aplicación informática correspondiente (plataforma VALIDE del gobierno de España u otra que realice la misma función), por tratarse de prestadores comprendidos en la lista de confianza a que se refiere el artículo 22 del Reglamento Europeo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior.

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP), en su resolución de 17 de enero de 2023 (BOE núm. 38, de 14 de febrero), confirma la calificación: si no es posible la validación de la firma electrónica del certificado presentado telemáticamente, resulta imposible establecer la correspondencia entre el firmante y la persona legitimada para hacerlo, conforme al contenido del Registro.

La solución: que se lleve a cabo la subsanación bien generando una nueva firma electrónica que sea debidamente validable o bien aportando el certificado en formato papel y firmado de modo manuscrito por quien, según Registro, esté legitimado para ello. No cabe exigir, como hace el escrito de recurso, que el registrador especifique las causas que han impedido la validación de la firma por tratarse de una cuestión técnica que

escapa por completo del ámbito de su competencia.

Una escritura de declaración de unipersonalidad que también contiene la compraventa de participaciones debe pasar por la oficina liquidadora (RDGSJFP de 13 de febrero de 2023)

Se rechaza la inscripción de una escritura pública de compraventa de participaciones sociales en la que también se declara la unipersonalidad sobrevenida de la sociedad, por considerar el registrador que la misma debe presentarse ante la oficina liquidadora competente. La sociedad recurre argumentando que ello no es necesario, ya que el único acto inscribible, la declaración de unipersonalidad, no tiene por objeto cantidad o cosa valuable.

La Dirección General, en su resolución de 13 de febrero de 2023 (BOE núm. 57, de 8 de marzo), confirma la calificación registral. En primer lugar, porque la escritura en cuestión contiene una compraventa de participaciones sociales, la cual está sujeta a presentación ante la oficina liquidadora. Pero, es más, «el registrador ante supuestos dudosos también puede exigir, para salvar su responsabilidad, que el documento sea presentado ante la oficina liquidadora competente», dudas que pueden estar justificadas en el presente caso al ser de aplicación la Instrucción 2/2017 de la Dirección de la Agencia Tributaria de Andalucía, que contiene una lista no exhaustiva de actos jurídicos exentos entre los que no se encuentra la declaración de unipersonalidad.

Pactos parasociales

Cabe el reparto de dividendos en especie (no previsto en estatutos) si existe acuerdo unánime de los socios reflejado en un pacto parasocial (SAP Madrid 715/2022, de 30 de septiembre)

La totalidad de los socios de una sociedad limitada celebran un pacto de socios en 2015, acordando una hoja de ruta para el reparto gradual del patrimonio de la sociedad, que contempla implícitamente el reparto de dividendos en especie como forma de repartir el citado patrimonio. El pacto de socios dispone igualmente que el mismo prevalecerá sobre los estatutos sociales (estatutos que no prevén expresamente el reparto de dividendos en especie).

Uno de los socios minoritarios impugna los acuerdos adoptados por la junta general de 14 de junio de 2017, que aprobó la distribución de un dividendo a cuenta del resultado del ejercicio 2017 a todos los socios en proporción a su participación en el capital social, transmitiéndose al socio mayoritario la titularidad de una serie de fincas rústicas y urbanas y al resto de los socios una cantidad en metálico, así como los acuerdos adoptados por la junta general de 13 de junio de 2018 de aprobación de las cuentas de 2017, la propuesta de aplicación del resultado y la ratificación del dividendo a cuenta. Los acuerdos se adoptaron en las respectivas juntas con el voto favorable de la mayoría de los socios (no por unanimidad). Argumenta (entre otros) el demandante que no es posible el reparto de dividendos en especie por no contemplarlo los estatutos.

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 715/2022,

de 30 de septiembre (ECLI:ES:APM:2022:12722). Prescindiendo de otros aspectos del asunto, en lo que ahora interesa, los argumentos de la Audiencia pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

- 1) Es doctrina reiterada que el dividendo está configurado legalmente como un crédito naturalmente dinerario dada la naturaleza de las sociedades capitalistas, sin perjuicio de que pueda pactarse bien en la junta general como órgano soberano o en los estatutos sociales, la posibilidad de los dividendos en especie.
- 2) La cláusula estatutaria por la que se prevé que la sociedad pueda repartir dividendos en especie afecta a un derecho individual de los socios y, por tanto, su inclusión en los estatutos requiere el consentimiento de todos los socios (*vid.* RDGRN de 30 de julio de 2015 [BOE núm. 234, de 30 de septiembre]).
- 3) Si los estatutos no lo contemplan expresamente, también es posible el reparto de dividendos en especie si así lo deciden unánimemente los socios (*vid.* SAP Madrid de 19 de junio de 2020 [ECLI: ES:APM:2020: 6672]).

La particularidad en este caso es que los estatutos de la sociedad no contemplan el reparto de dividendos en especie, ni el correspondiente acuerdo (de reparto de dividendos) es adoptado por unanimidad de los socios en la junta general como órgano soberano. El consentimiento unánime de los socios se contiene en un pacto de socios firmado por todos ellos, que, a juicio de la Audiencia, legitima en este caso el reparto de dividendos en especie, al contemplarlo implícitamente como forma de repartir el patrimonio social previsto en dicho pacto de socios, que incluso estipula la prevalencia del pacto de socios sobre los estatutos sociales.

Inoponibilidad a la sociedad de pacto parasocial omnilateral (SAP Barcelona 1412/2022, de 3 de octubre)

Con fundamento en el pacto parasocial suscrito en 2011 por todos los socios de una sociedad de responsabilidad limitada, uno de los firmantes demandó a la compañía exigiendo el cumplimiento de dicho acuerdo. Según señaló la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona [15ª] 1412/2022, de 3 de octubre (ECLI:ES:APB:2022:10205), a la que se refieren estas líneas, en el mencionado pacto se reconocía a los socios el derecho a la percepción de los beneficios obtenidos por la sociedad al culminar ciertas promociones inmobiliarias (para cuya realización se había constituido la sociedad); se preveía, además, que si un socio deseaba abandonar la compañía le serían recompradas sus participaciones y devuelta la aportación monetaria que hubiera efectuado en su momento.

La sociedad se allanó a la demanda presentada en cuanto a la pretensión del socio actor de que le fueran restituidas las cantidades aportadas. Pero se opuso a la solicitud de que se le abonara el importe de los beneficios obtenidos por la compañía como consecuencia de la realización de las diferentes promociones y a la petición de que le fueran recompradas sus participaciones. Por lo que ahora interesa, la demandada alegó que el pacto societario de 2011 no le era oponible. Sin embargo, la sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda al considerar que el acuerdo suscrito por los socios constituía un pacto parasocial omnilateral que podía hacerse valer frente a la compañía.

La antes citada sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona [15ª] de 3 de octubre de 2022 estimó el recurso de apelación formulado por la demandada y dejó sin efecto la condena acordada por el juzgado de lo mercantil. La Audiencia

centró el problema en la oponibilidad o no a la sociedad del pacto parasocial suscrito por los socios y concluyó que no era oponible a la compañía (a pesar de observar en los fundamentos jurídicos de la resolución que la doctrina ha venido admitiendo —en su opinión de forma mayoritaria— que, tratándose de pactos parasociales suscritos por todos los socios, no cabe considerar a la sociedad materialmente como un tercero ajeno a lo convenido, de tal manera que no habría razón para negar que dichos pactos le sean oponibles).

El tribunal de apelación apoyó su fallo en la doctrina jurisprudencial. Partió, naturalmente, de la indiscutible validez y eficacia *inter partes* de los pactos parasociales (entendidos como aquellos «mediante los cuales los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio entre ellos, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicos previstos en la ley y en los estatutos»). Seguidamente recordó la conocida Sentencia del Tribunal Supremo 300/2022, de 7 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1386) que, como apunta la Audiencia de Barcelona, «niega la oponibilidad de los acuerdos parasociales omnilaterales y afirma que la defensa de la eficacia del pacto parasocial debe articularse a través de una reclamación entre los contratantes basada en la vinculación negocial existente entre los firmantes del pacto» (lo que se sitúa, por lo demás, en línea con la Sentencia del Tribunal Supremo 120/2020, de 20 de febrero [ECLI:ES:TS:2020:507]). A lo cual añadió que la Sentencia del Tribunal Supremo 613/2020, de 17 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3794) había aclarado, moviéndose en un sentido similar, que es «en las relaciones internas entre los socios donde deberá dilucidarse si se ha producido una vulneración del ‘Pacto de Accionistas’ y, de haberse producido, qué efectos deben anudarse a tal vulneración».

Con base en lo anterior, la Audiencia Provincial decidió —como se ha anticipado más arriba—

que no cabía hacer valer frente a la sociedad el pacto suscrito en su momento por todos los socios.

Anulación, por abusivo, del acuerdo de ejercitar la acción social de responsabilidad que supone una infracción de pacto parasocial (SAP Barcelona 6/2023, de 10 de enero)

Se impugnó el acuerdo (adoptado por la junta general en febrero de 2020) de ejercitar la acción social de responsabilidad contra determinados consejeros de una sociedad de responsabilidad limitada. La pretensión se fundamentó en la infracción del derecho de información (art. 196 LSC) y en el carácter lesivo del acuerdo de iniciar la acción social de responsabilidad, cuya adopción no habría obedecido a una necesidad objetiva y se habría tomado en beneficio exclusivo del socio mayoritario (art. 204.1 LSC).

En primera instancia se desestimó la demanda. Dejando de lado ahora la cuestión de la posible infracción del derecho de información, el juzgado entendió que la adopción del acuerdo se encontraba justificada por la existencia de irregularidades contables. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª) estimó el recurso de apelación formulado por la actora y declaró nulo el acuerdo impugnado (Sentencia 6/2023, de 10 de enero [ECLI:ES:APB:2023:212]). En sustancia, la Audiencia apoyó su decisión en las siguientes consideraciones:

a) Partió de la base de que el acuerdo de ejercitar la acción social de responsabilidad puede ser lesivo para el interés social si concurren los requisitos necesarios para que merezca dicha calificación: (i) que no responda a una necesidad razonable; (ii) que comporte una ventaja o un beneficio para la mayoría;

(iii) que provoque un perjuicio injustificado a los socios minoritarios. Y la Audiencia añadió que, para valorar si el acuerdo impugnado obedecía a una necesidad razonable (esto es, si, desde la perspectiva de los intereses de la sociedad, estaba justificada su adopción), resultaba preciso examinar los hechos sobre los que se pretendía sustentar la acción social de responsabilidad.

- b) Dado que la acción social de responsabilidad pretende la reconstrucción del patrimonio de la sociedad, en la medida en que éste ha resultado dañado por la acción u omisión cuya realización se imputa al administrador en su condición de tal, debía analizarse si los hechos en cuestión eran aptos para producir un daño patrimonial a la compañía. Pero, según la Audiencia, «el erróneo o defectuoso reflejo en la contabilidad de un hecho económico alterará la imagen fiel y puede causar daño a terceros que contraten con la sociedad en la creencia errónea de hacerlo con una empresa solvente o cuyos activos tienen un valor superior, pero no puede causar un daño directo al patrimonio social». Y, en el caso concreto, el tribunal de apelación consideró que los hechos imputados a los administradores afectados (irregularidades contables) no podían producir un daño a la sociedad, por lo que el acuerdo de exigirles responsabilidad no se encontraba justificado. No obstante, para que la impugnación tuviera éxito era preciso, además, que como consecuencia del acuerdo controvertido resultasen una ventaja o un beneficio para la mayoría y un perjuicio injustificado para la minoría.
- c) En relación con esto último, la Audiencia Provincial puntualizó que, en un caso como el planteado, la ventaja obtenida por la mayoría no podía consistir únicamente en el cese del administrador, dado que dicha destitución puede ser acordada en cualquier

momento por la junta y sin necesidad de alegar causa alguna (art. 223 LSC). Ahora bien, la Audiencia constató que —más allá de lo expuesto—, con la adopción del acuerdo impugnado, el grupo mayoritario había logrado la destitución de un administrador infringiendo el contenido de los pactos parasociales suscritos por todos los socios. En efecto, según dichos pactos, los socios minoritarios veían garantizada su continuidad en la gestión de la compañía merced al nombramiento de una persona determinada (perteneciente al grupo familiar minoritario) como primer ejecutivo y mediante el reconocimiento del derecho de dicho grupo de nombrar un segundo miembro del consejo, que constaba de cinco consejeros. Sin embargo, con el acuerdo de ejercitar la acción social, el grupo mayoritario consiguió, de un lado, el cese del referido primer ejecutivo y la extinción de su contrato con la sociedad sin derecho a percibir indemnización alguna; y, de otro, procuró —ahora de conformidad formalmente con lo previsto el pacto parasocial— la alteración del número de integrantes del consejo de administración, que pasó a ser de seis, de los cuales dos serían designados por el grupo minoritario mientras que los otros cuatro serían nombrados por los mayoritarios, quienes designarían también, entre estos cuatro, al nuevo primer ejecutivo (privando así a los minoritarios —indicó la Audiencia— del control inmediato sobre la gestión de la compañía).

- d) En suma: estos cambios —propiciados por el acuerdo de ejercer la acción social de responsabilidad— supusieron una ventaja para el socio mayoritario y un menoscabo injustificado de la posición de los socios minoritarios. Y ello porque, como consecuencia del cese automático de los consejeros respecto a los que se acordó ejercitar la acción social de responsabilidad, se alteró sustancialmente

la capacidad de aquellos de influir en la gestión de la sociedad (al mismo tiempo que el socio mayoritario aumentaba su control sobre el órgano de administración y designaba al primer ejecutivo de la compañía).

- e) A la vista de lo anterior, la Audiencia de Barcelona concluyó que el acuerdo impugnado era, efectivamente, abusivo: no aparecía justificado y comportó una ventaja para la mayoría y un perjuicio para la minoría. De hecho, el verdadero objetivo perseguido con el acuerdo impugnado no había sido tanto posibilitar el ejercicio posterior de la acción social de responsabilidad, como apartar al grupo minoritario de la gestión de la sociedad, en contra de lo acordado en el pacto parasocial; y, además, sin asumir las consecuencias económicas derivadas de la extinción, sin causa justificada, del contrato de prestación de servicios suscrito entre la sociedad y el anterior primer ejecutivo.

Sucursales

No es necesaria la constitución de una sucursal para que una sociedad extranjera pueda actuar con pleno reconocimiento en el tráfico jurídico español (RDGSJFP de 2 de marzo de 2023)

Se presentó a inscripción en el Registro de la Propiedad la escritura de elevación a público de un acuerdo de aumento de capital de una sociedad de nacionalidad húngara en el que se aportó una parte indivisa de una finca. En trámite de subsanación se añadieron certificaciones de los acuerdos adoptados por la entidad y certificaciones emitidas por el Registro Mercantil del Tribunal de Budapest en las que constaba la inscripción en dicho organismo del citado acuerdo.

El registrador suspendió la inscripción argumentando que no había quedado acreditado que la sociedad húngara, que operaba en el tráfico jurídico español, hubiese constituido una sucursal en España debidamente inscrita en el Registro Mercantil. Contra esta calificación se alzó el aportante (en su propio nombre y en el de la compañía afectada); el recurso fue estimado por la DGSJFP en su Resolución de 2 de marzo de 2023 (BOE núm. 69, del 22 de marzo). La decisión de la Dirección General proyectó sus consideraciones sobre dos órdenes de cuestiones.

De una parte (determinante), sobre la necesidad o no de que una sociedad extranjera constituya una sucursal en España como requisito para poder operar en nuestro país con pleno reconocimiento. De otra parte, se detuvo en el concepto y régimen de las sucursales en nuestro sistema jurídico.

En cuanto a lo primero, la Resolución reseñada recordó que, dejando a salvo determinadas reglas especiales (*cf.* art. 9.2 LSC), el sistema español de derecho internacional privado no cuenta con normas generales sobre el reconocimiento de la existencia y capacidad jurídica de las sociedades extranjeras. De esta forma, el reconocimiento de una sociedad extranjera es consecuencia de la capacidad atribuida a esta de conformidad con lo dispuesto por su ley personal, esto es, la determinada por su nacionalidad (art. 9.11 Código Civil).

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de observar que, de acuerdo con la normativa registral española (aplicable en virtud del art. 58 de la Ley 29/2015), cuando la persona en cuyo favor se practique la inscripción —en este caso de la titularidad de parte indivisa de un inmueble— sea una sociedad extranjera, procederá a mencionar su inscripción en el Registro Mercantil o de comercio del país de constitución. No obstante, en el caso de que la sociedad opere a través de un establecimiento secundario (o sucursal)

establecido en España, será suficiente con la mención de la inscripción de dicho establecimiento secundario en el Registro Mercantil español (arts. 295 y ss. del Reglamento del Registro Mercantil [RRM]); y ello porque ya se habrá tomado nota en él, a través de los documentos oportunos, de la existencia de la sociedad, de sus estatutos y de la identidad de sus administradores, así como del documento por el que se estableció la sucursal (art. 300 RRM).

Cuestión bien distinta es que se pretenda exigir la constitución de una sucursal en España para la eficaz actuación de una sociedad extranjera. Tal cosa —expone la Dirección General— no es en absoluto necesaria. En este sentido, el Reglamento Notarial (arts. 156 y 165) no exige que la comparecencia ante notario de una sociedad mercantil extranjera haya de articularse necesariamente a través de un representante de establecimiento permanente en España (aunque ello sea, naturalmente, una posibilidad). En definitiva, lo único que resulta exigible de una sociedad extranjera y de su representante es la acreditación de la existencia de aquella de acuerdo con su ley nacional (y la expresión del correspondiente número de identificación fiscal).

En lo que respecta a las sucursales, la Resolución de 2 de marzo de 2023 expone los rasgos fundamentales de su régimen en los siguientes términos: (i) La sucursal es un «establecimiento secundario» de la sociedad o del empresario de que se trate (art. 295 RRM y RDGRN de 11 de septiembre de 1990 [BOE núm. 249, de 17 de octubre]); por tanto, no puede radicar en ella el «centro de efectiva administración y dirección de la sociedad o su principal establecimiento o explotación». (ii) La sucursal tiene su propio domicilio, que es diferente al de la sociedad (arts. 296 y 297.1.2º RRM). (iii) Por lo que se refiere a su forma de organización, la sucursal —a diferencia de lo que ocurre con la filial— no cuenta con un propio y verdadero órgano de administración y

de representación, por mucho que goce de cierta autonomía operativa. En este sentido cabe señalar que los representantes, en cuanto apoderados, son nombrados «para» la (actividad de la) sucursal (art. 297.1.4º RRM), pero no son representantes «de» la sucursal. (iv) A la vista de lo anterior, resulta claro que el nombramiento de representante permanente «para» la sucursal no vacía de contenido las competencias que correspondan a los representantes de la sociedad, orgánicos y voluntarios, quienes conservan todas las propias que les hubiera encomendado la compañía, incluso en relación con la explotación de las actividades de la sucursal (pudiendo avocar la competencia); de hecho, los órganos de la sociedad pueden, en el marco de sus atribuciones, revocar a los representantes designados «para» la sucursal y sustituirlos por otros. (v) Con todo, la relativa autonomía de gestión de que gozan la sucursal y los representantes nombrados para ella no puede dejar de tener ciertas consecuencias en cuanto a los límites a su poder de representación; a este propósito hay que tener en cuenta que es perfectamente posible que el representante permanente merezca la consideración de «factor mercantil» con aplicación, por tanto, de lo dispuesto en el artículo 286 del Código de Comercio.

Constitución y estatutos

La fecha de la certificación bancaria es la que de modo efectivo acredita la aportación dineraria y no la fecha en que se hizo el ingreso (RDGSJFP de 11 de enero de 2023)

Se otorga escritura de constitución de sociedad limitada el día 6 de septiembre de 2022, incorporándose a la misma, para acreditar la realidad de las aportaciones dinerarias, un certificado bancario emitido el 3 de agosto de 2022, en el que se indica que el ingreso de la cantidad

correspondiente había tenido lugar el 22 de febrero del mismo año. No se inscribe, por considerar el registrador que el certificado bancario estaba caducado, por haber transcurrido el plazo previsto en el artículo 189.1 RRM.

El centro directivo en su resolución de 11 de enero de 2023 (BOE núm. 34, de 9 de febrero) revoca la calificación y ordena la inscripción: la aparente discordancia entre los artículos 62.3 LSC y 189.1 RRM —el primero limita la eficacia de las certificaciones a contar desde la fecha de su emisión, mientras el segundo limita la antigüedad del depósito en orden a acreditar la realidad del desembolso— ha sido resuelta, en una interpretación conciliadora, por, entre otras, la RDGRN de 11 de abril de 2005 [BOE núm. 119, de 19 de mayo] y 7 de noviembre de 2013 [BOE núm. 297, de 12 de diciembre], declarando que será «la fecha de la certificación la que de modo efectivo acredite la aportación dineraria», puesto que «la entidad bancaria, al certificar, renueva el depósito que fue efectuado en su día, computándose desde esta fecha el plazo de 2 meses previsto para la vigencia de la certificación».

Una sociedad puede tener como objeto social el relativo al transporte sin necesidad de acreditar la obtención de licencia administrativa previa (RDGSJFP de 11 de enero de 2023)

El Registro Mercantil XXIII de Madrid denegó la inscripción de una sociedad por entender que su escritura de constitución presentaba un defecto subsanable en la redacción de unos de los apartados del objeto social de la compañía. En concreto, el registrador considera que «La actividad de "transportes" que forma parte del objeto social está sujeta a autorización administrativa en los términos previstos con carácter general en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los

transportes terrestres (artículos 42 y siguientes) y disposiciones concordantes, siendo por tanto necesario acreditar dicha autorización (artículo 84 del Reglamento del Registro Mercantil) ya que no se sujeta el inicio de actividades de la sociedad a su previa obtención o cumplimiento de los requisitos en su caso exigidos para las mismas».

Impugnada esta nota de calificación por el notario interviniente de la escritura de constitución, la DGSJFP estima el recurso (RDGSJFP de 11 de enero de 2023 [BOE núm. 34, de 9 de febrero]) y revoca el defecto concerniente a la actividad de transporte por entender que no se compadece con la normativa aplicable a la actividad del transporte.

Aunque en el propio artículo 2 de los estatutos sociales, donde aparecen descritas las actividades integrantes del objeto social, se incluye un párrafo por el que «en todo caso, quedan excluidas del objeto social todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la Ley exija requisitos especiales que no se cumplan por esta sociedad», circunstancia que por sí misma es suficiente, a nuestro juicio, para revocar la nota de calificación, la Dirección General realiza un acertado análisis de la regulación contenida en la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) y en su reglamento de desarrollo para fundamentar los motivos de fondo que sustentan la revocación de la nota de calificación, poniendo de manifiesto lo siguiente:

— En primer lugar, que el sometimiento de la actividad de transporte a autorización previa no tiene un carácter general para todas las variedades de transporte. Tanto la LOTT como su reglamento facultan para el ejercicio sin autorización previa de ciertas formas de transporte que tengan una escasa incidencia en el mercado, en razón de la mercancía transportada, de las cortas distancias

recorridas o de la pequeña capacidad de carga de los vehículos en que se realice.

— En segundo lugar, el centro directivo considera que en el objeto social de la compañía se incluyen también aquellas actividades previas y necesarias para que la sociedad pueda en su día desarrollar la actividad de transporte, sin que tales actuaciones estén lógicamente sujetas a autorización administrativa previa; siendo esta una cuestión que ya fue resuelta por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 10 de junio de 1992 (BOE 1408/1992, de 8 de julio), en la que se señala lo siguiente:

«La existencia de actuaciones que sin ser las de prestación de servicio de transporte deben reputarse indubitadamente como incluidas en el objeto social de la entidad en cuestión, en tanto que trámites imprescindibles encaminados a hacer posible en su día el desenvolvimiento de la actividad específica de transporte, y que no quedan sujetas a la exigencia de previa autorización administrativa [...] excluyen la pretendida incompatibilidad entre la fijación del momento de otorgamiento de la escritura constitutiva como fecha de comienzo de las operaciones, y la exigencia de previa inscripción en el Registro administrativo correspondiente para desenvolvimiento de la actividad principal de la sociedad».

— Por último, y en línea con el argumento anterior, la Dirección General concluye que buena parte de las exigencias que la LOTT impone a las empresas para la obtención de los permisos habilitantes para el ejercicio de las actividades de transporte, presuponen la

cumplimentación plena del proceso constitutivo de la compañía, con la consiguiente inscripción en el Registro Mercantil. Y así, se cita el artículo 43.1 LOTT, que requiere que la compañía tenga «personalidad jurídica propia e independiente», y en general que disponga de uno o más vehículos matriculados en España o en otro Estado miembro de la Unión Europea, que disponga de dirección y firma electrónica, y que cumpla las obligaciones de carácter fiscal, laboral y social exigidas por la legislación vigente, de manera que el propio reglamento de desarrollo de la LOTT exige expresamente la acreditación de que la compañía «se encuentra inscrita en el Registro Mercantil o, en su caso, en el registro público que corresponda».

Junta general

Anulación por abusivo de un aumento de capital mediante capitalización de créditos en el que se trata de manera desigual a los acreedores sin causa razonable que lo justificara (SAP Barcelona 1655/2022, de 17 de noviembre)

La junta general de una sociedad de responsabilidad limitada acordó en febrero de 2021 llevar a cabo varios aumentos de capital mediante compensación de créditos. Es relevante conocer que, en relación con dos de los acreedores cuyos créditos iban a ser capitalizados, las participaciones sociales se crearon sin prima, mientras que en el resto de los casos sí se estableció una prima de asunción. Y, lo más significativo: los acreedores a los que iban destinadas las participaciones creadas a la par eran dos compañías controladas por el administrador único de la sociedad (y socio minoritario de ésta), una de la cuales ostentaba, a su vez, el control de la sociedad cuya junta había adoptado los acuerdos de aumento del capital.

Varios de los acreedores involucrados en los aumentos impugnaron el acuerdo correspondiente al aumento de capital en el que no se fijó prima de asunción alegando, en sustancia, el carácter abusivo del acuerdo en cuestión. El abuso se habría concretado en el trato ventajoso dispensado a dos de ellos, que carecería de justificación al encontrarse todos los acreedores en las mismas circunstancias (no se cuestionaba, por tanto, ni la existencia de los créditos capitalizados en la operación impugnada, ni la prima efectivamente aplicada en los demás aumentos). La demanda fue desestimada en primera instancia. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Barcelona (15ª) la estimó íntegramente en su Sentencia 1655/2022, de 17 de noviembre (ECLI:ES:APB:2022:12315).

La Audiencia consideró que la desigualdad apreciada en el trato a los diferentes acreedores podría haberse admitido si hubiera obedecido a una causa razonable que la justificara suficientemente. Pero señaló que, en este caso, no se había dado ninguna explicación sobre el asunto, lo que llevó al tribunal de apelación a concluir que la única razón del comportamiento de la sociedad se encontraba en la «*pura arbitrariedad de la mayoría*», la cual actuó en beneficio propio para alcanzar, con menor inversión, una mayor participación en el capital. En suma: ese injustificado (por arbitrario) trato desigual a los acreedores que se encontraban en circunstancias equivalentes convirtieron el acuerdo de aumento en abusivo de conformidad con el artículo 204.1 LSC, lo que había de desembocar en su ineficacia.

Es relevante destacar que la Audiencia Provincial reconoció que, en el momento de la adopción del acuerdo, los acreedores impugnantes no eran socios, por lo que, en sentido estricto, no cabía afirmar que el acuerdo se había adoptado «en detrimento injustificado de los demás socios» (como exige el referido art. 204 LSC). No obstante, recordó que, en dicho momento,

los impugnantes tenían ya un indudable interés legítimo para impugnar el acuerdo controvertido (art. 206.1 LSC) dado que este afectaba en términos relativos a la posición que iban a adquirir en la sociedad. La Audiencia consideró, en consecuencia, que el acuerdo, al establecer unas condiciones injustificadamente ventajosas para dos de los acreedores, resultó abusivo en relación con los restantes que concurren (en las mismas circunstancias) a los otros aumentos de capital acordados en la misma junta. Y ello porque aquel acuerdo se tradujo, finalmente, en que se atribuyó a estos últimos acreedores un porcentaje de participación en el capital social inferior al que les hubiera correspondido si hubieran sido tratados como lo fueron los dos arbitrariamente favorecidos.

No es posible adoptar un acuerdo en contra de lo dispuesto en un artículo de los estatutos inscritos (RDGSJFP de 23 de enero de 2023)

Se rechaza la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales, adoptados por la junta general de una sociedad limitada con el voto favorable de un socio titular del cincuenta por ciento del capital social, y con la ausencia del otro socio titular del 50 por cien restante, por no respetarse lo dispuesto en los estatutos, que disponen que «los acuerdos serán adoptados por mayoría del capital, salvo en los casos en que la legislación exija un “quorum” especial. Cuando sean dos socios, serán por unanimidad».

El recurrente alega que dicho artículo de los estatutos ha quedado sin efecto por ser contrario a una norma imperativa —el 200.1 LSC que dispone que los estatutos podrán exigir un porcentaje de votos favorables superior al establecido, sin llegar a la unanimidad—.

El centro directivo en su resolución de 23 de enero de 2023 (BOE núm. 38, de 14 de febrero) confirma la calificación registral y rechaza la inscripción: los estatutos de una sociedad mercantil, adoptados con sujeción a las normas de carácter imperativo, constituyen su norma suprema, debiendo ser respetados mientras no sean modificados y no puede entenderse aprobado un acuerdo, como ocurre en el presente expediente, cuando no cuenta con el voto favorable de la mayoría prevista estatutariamente. Como pusieron de relieve las RRDGRN de 19 de enero (BOE núm. 32, de 7 de febrero) y 29 de marzo de 2017 (BOE núm. 83, de 7 de abril) y 12 de febrero de 2018 (BOE núm. 47, de 22 de febrero), esta conclusión no se ve afectada por la situación fáctica en que pueda encontrarse la sociedad dado el juego de las mayorías según los socios que en cada momento sean titulares de las participaciones en que se divide el capital social, y que pueda conducir a la imposibilidad de adoptar acuerdos; sin perjuicio de que dicha situación de bloqueo esté configurada legalmente como causa de disolución —artículo 363d LSC—.

Cuidado al redactar el acta de la junta universal: hay que aceptar el orden del día y el hecho de querer celebrar ese tipo de junta (RDGSJFP de 30 de enero de 2023)

Se discute si puede calificarse como junta universal una reunión celebrada en las condiciones reflejadas en el acta notarial, en la que se deja constancia de la asistencia de los socios que representan la totalidad del capital social, pero no queda reflejada la aceptación unánime de los asistentes de conceder a la reunión el carácter de junta universal y acordar los puntos del orden del día de la sesión. Consta, por el contrario, la intervención de uno de los socios en la que denuncia irregularidades en la convocatoria y solicita

que se deje sin efecto la asamblea y se proceda a un nuevo emplazamiento.

La Dirección General, en su resolución de 30 de enero de 2023 (BOE núm. 43, de 20 de febrero) no considera acreditada la concurrencia de los requisitos necesarios para la celebración de la junta con carácter universal: De conformidad con el artículo 178.1 LSC, para que la junta general quede válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, es necesario que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acuerden por unanimidad la celebración de la reunión (RRDGRN de 27 de octubre de 2012 [BOE núm. 292/2012, de 5 de diciembre], 22 de julio [BOE núm. 229/2013, de 24 de septiembre] y 28 de agosto de 2013 [BOE núm. 238 de 4 de octubre] y 19 de noviembre de 2020 [BOE núm. 319, de 7 de diciembre], entre otras).

Solicitud de levantamiento de acta notarial y caducidad de la anotación preventiva (RDGSJFP de 1 de marzo de 2023)

El registrador mercantil acordó suspender el depósito de las cuentas de una sociedad anónima correspondientes al ejercicio 2020 —que fue solicitado en octubre de 2022— por no constar en acta notarial el correspondiente acuerdo de la junta general según se había solicitado por la minoría (celebrada en julio de 2021). La decisión se adoptó a pesar de que la anotación preventiva de la solicitud de acta notarial fue cancelada por caducidad en febrero de 2022.

Cabe observar que el depósito de esas mismas cuentas fue ya rechazado cuando se presentaron en el registro en julio de 2021, mientras aún estaba vigente la mencionada anotación preventiva. En aquella primera ocasión, al resolver

(desestimándolo) el recurso interpuesto por la sociedad afectada, la DGSJFP rechazó las alegaciones que pretendían discutir la eficacia y procedencia de la anotación preventiva de la solicitud de levantamiento de acta notarial (Resolución de 9 de febrero de 2022 [BOE núm. 47, de 24 de febrero]).

En el segundo intento de depósito, al que se refiere esta reseña, el recurso de la sociedad afectada contra la calificación registral negativa volvió a incidir sobre la cuestión apuntada (que ya había quedado decidida con ocasión del anterior). La diferencia fáctica entre ambas situaciones estribaba en que la anotación preventiva había sido ya cancelada cuando se formuló la segunda solicitud de depósito. Por ello, fue precisamente este último asunto el que centró la atención de la Resolución de la DGSJFP de 1 de marzo de 2023 (BOE núm. 69, de 22 de marzo), dictada a raíz del nuevo recurso que fue, igualmente, desestimado. La discusión giró, así, en torno a las consecuencias —una vez que la anotación preventiva había perdido vigencia— de no haberse levantado acta notarial a pesar de que se había requerido la presencia de notario en la junta.

Pues bien, la Dirección General recordó que, bajo la vigencia de la derogada Ley de Sociedades Anónimas, la solicitud de acta notarial por la minoría no incidía directamente sobre la eficacia de los acuerdos eventualmente adoptados por una junta general celebrada sin cumplimentar el requerimiento formulado. En este contexto, el artículo 104 RRM previó la extensión de una anotación preventiva de la solicitud de acta notarial, a instancia de cualquier interesado, con efectos de cierre temporal del Registro (durante un período de tres meses o hasta que se acreditara efectivamente la intervención de un notario en la junta).

Sin embargo, el actual artículo 203 LSC supedita la eficacia de los acuerdos de la junta general

posterior a la correspondiente solicitud de la minoría a su constancia en acta notarial (para todo tipo de sociedades de capital). De esta manera, en el régimen actual de las sociedades anónimas la anotación preventiva del artículo 104 RRM ha perdido el carácter que antes tuvo de instrumento imprescindible para que, a través del cierre temporal del registro, pudieran verse afectados los acuerdos adoptados sin respetar la solicitud de levantamiento de acta notarial. Y ello porque el citado artículo 203 LSC los considera directamente ineficaces.

Así pues, la ineficacia de los acuerdos adoptados en una junta general, sin la presencia de notario para levantar acta —cuando ésta haya sido requerida conforme al artículo 203 LSC—, no depende de la vigencia o no de la anotación preventiva practicada en el Registro Mercantil conforme al artículo 104 RRM. Ahora bien, dicha anotación servirá, aunque se haya cancelado por caducidad, como elemento que puede tener en cuenta el registrador para, atendiendo a las circunstancias que pone de manifiesto, denegar el depósito de las cuentas.

Administradores

Impugnación por abusivo, pero sin éxito, del acuerdo de cese de administradores sociales (SAP Madrid 90/2023, de 3 de febrero)

Se impugnaron los acuerdos (adoptados por la junta general de una sociedad anónima en 2018) de cese de dos de los tres consejeros de la compañía y de nombramiento de otros dos en su sustitución (el nombramiento recayó en dos sociedades mercantiles controladas y representadas por el tercer consejero, presidente del órgano de administración). La pretensión deducida se funda-

mentó, de un lado, en el pretendido uso abusivo del derecho reconocido en el artículo 223 LSC por parte del presidente del consejo y socio mayoritario (en contra de la buena fe y del artículo 7 del Código Civil); se alegó en este sentido que la mayoría perjudicó con su actuación al resto de socios (minoritarios) y los apartó del órgano de administración impidiendo así que pudiera ejercerse un control sobre ella. Por otro lado, se argumentó que el acuerdo de cese y posterior nombramiento de administrador constituyó una modificación estatutaria *de facto*, al sustituirse en la práctica el consejo de administración por un administrador único. Finalmente, se adujo también la violación de los estatutos en la medida en que éstos preveían que, si se produjeran vacantes durante el plazo para el que fueran nombrados los consejeros, el consejo procedería a designar entre los accionistas a las personas que hubieran de ocuparlas hasta la primera junta general.

El juzgado de lo mercantil entendió que el cese se decidió sin responder a una necesidad razonable y que se incurrió, por tanto, en abuso de derecho. Además, consideró incumplida la regla estatutaria antes mencionada en el nombramiento de administradores y que se había producido una modificación encubierta del sistema de administración de la compañía. Consecuentemente estimó la demanda y declaró nulos los acuerdos de cese de los dos administradores y de nombramiento de nuevos consejeros (SJMer [5] Madrid de 19 de octubre de 2021 [ECLI:ES:JMM:2021:11345]).

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) estimó el recurso de apelación de la sociedad demandada y desestimó, consecuentemente, la demanda (Sentencia 90/2023, de 3 de febrero [ECLI:ES:APM:2023:1330]).

En sustancia, la Audiencia apoyó su decisión en las siguientes consideraciones:

- a) La doctrina y la jurisprudencia han interpretado el artículo 223 LSC (y su antecedente, el art. 131 LSA) en el sentido de que se atribuye a la junta la facultad de sustituir *ad nutum* a los administradores, sin necesidad de que conste en el orden del día de la convocatoria (STS 569/2010, de 6 de octubre [ECLI:ES:TS:2010:5776]). Esto es: la decisión de cesar a los administradores constituye una facultad de la junta general de la compañía que puede ser ejercida sin necesidad de alegar justa causa y, además, sin que sea precisa la concurrencia del administrador en la toma de los acuerdos correspondientes (STS 5 de junio de 2006 [ECLI:ES:TS:2006:3274]).
- b) El ejercicio de la facultad de separación *ad nutum* de los administradores no requiere ninguna «justificación razonable». El acuerdo de la junta no precisa, en realidad, de justificación alguna (resulta factible no expresar siquiera las razones del cese). Ni tampoco es exigible que sea cierta la causa aducida. Si se requiriera la concurrencia de una «necesidad razonable» se terminaría alterando — mediante el recurso (indebido en este caso) a la doctrina del abuso del derecho— el régimen especial previsto legalmente para el cese de los administradores (que se basa en el principio de libre revocabilidad). En otro caso podría llegarse a petrificar el órgano de administración, impidiendo su revocación y sustitución en la junta por decisión de la mayoría. Por ello se ha considerado que el cese del administrador por mera voluntad de los socios expresada en junta es un principio de orden público, configurador del tipo, que no puede ser alterado ni derogado.
- c) No obstante, hay situaciones en las que la regla anterior puede ser matizada. Así sucede cuando se trata del acuerdo de separación de un administrador designado por el sistema de representación proporcional. En este supuesto entran en conflicto la facultad de la junta de separar a los administradores *ad nutum* y el derecho de la minoría a gozar de representación en el órgano colegiado de administración. Y, precisamente para que este derecho no quede vacío de contenido como consecuencia del ejercicio extralimitado por la mayoría de la facultad de cesar a los administradores sin necesidad de que concurra causa para ello, cabe valorar si se han respetado en el correspondiente acuerdo los límites generales impuestos por el artículo 7 del Código Civil (CC) al ejercicio de los derechos (STS 830/2011, de 24 de noviembre [ECLI:ES:TS:2011:8279]).
- d) El nombramiento de nuevo administrador, tras el acuerdo de cese, puede ser efectuado en la misma junta de socios en la que se acordó dicha separación, sin necesidad de efectuar una nueva convocatoria y celebrar una segunda junta. En este sentido, el artículo 223 LSC supone un mecanismo de sustitución de los administradores, y no simplemente de cese. De ahí que el nombramiento del nuevo administrador sea válido aunque no conste en el orden del día.
- e) Por lo demás, el precepto estatutario que se alegó como infringido por los actores estaba referido a los supuestos de cobertura de vacantes en el consejo por el sistema de cooptación y tenía la finalidad de evitar que el órgano de administración quedase incompleto en tanto se reuniera la junta general (art. 244 LSC). Por tanto, no resultaba de aplicación en el caso concreto planteado. Finalmente, la Audiencia entendió que el acuerdo de cese adoptado tampoco supuso una modificación de hecho de la configuración estatutaria del órgano de administración si no, meramente, el ejercicio de la facultad de libre revocabilidad *ad nutum*.

Aumento y reducción de capital

No se puede reducir la cifra de capital mediante la subsanación de una escritura de aumento: hay que cumplir todos los requisitos para la reducción (RDGSJFP de 7 de febrero de 2023)

Se rechaza la inscripción de una escritura de subsanación de otra previa de ampliación de capital, debidamente inscrita en el momento oportuno, mediante la que se dispone la reducción de la cifra aumentada entonces, sin devolución de aportaciones, bajo el argumento de no haberse realizado el desembolso en efectivo declarado en su día.

Se rechaza la inscripción, arguyendo el registrador que, con independencia de cuál sea la causa de la rectificación, el título por el que se pretende la rectificación no puede limitarse a contemplar el interés del titular de ese negocio jurídico de aumento del capital social, sino que debe reunir los requisitos de protección de terceros, previstos por el ordenamiento.

La calificación es confirmada por la Dirección General mediante resolución de 7 de febrero de 2023 (BOE núm. 53, de 3 de marzo): la sociedad no puede rebajar la cifra de capital social inscrito en perjuicio de terceros sin respetar para ello los requisitos previstos en la Ley para la reducción del capital; en definitiva, ha de especificar el procedimiento tutelar elegido y cumplir las condiciones exigidas para su aplicación.

Ampliación de capital con cargo a reservas: sólo si son libremente disponibles (RDGSJFP de 28 de febrero de 2023)

Se rechaza la inscripción de una escritura de aumento de capital con cargo a reservas sobre la base de un balance en que, a causa del resultado provisional negativo del ejercicio en curso, el excedente de la cifra de patrimonio neto sobre la de capital inscrito no alcanza a dar cobertura al aumento pretendido.

El registrador suspende la inscripción por no resultar reservas suficientes para llevar a efecto el aumento en la cuantía acordada.

La calificación es confirmada por RDGSJFP de 28 de febrero de 2023 (BOE núm. 67, de 20 de marzo). Un requisito esencial para la capitalización de las reservas (incluidas las constituidas por prima de ascunción) o beneficios no es sólo que tengan la consideración de recursos propios, sino también que sean de libre disposición, dado que la capitalización es una de las formas a través de las que la sociedad ejerce su facultad de libre disposición sobre ellas. Por disponibilidad de las reservas ha de entenderse, por tanto, la libertad para aplicarlas a cualquier fin, entre ellos el de reparto entre los socios. Y esa aplicación de las reservas tan sólo es posible en tanto no existan pérdidas que hayan de enjugarse previamente. Si las reservas no son plenamente disponibles no reúnen los requisitos legalmente exigidos por el artículo 303 LSC.

En conclusión: resulta necesario acreditar que el valor del patrimonio neto contable excederá de la cifra de capital social y de la reserva legal hasta entonces constituida en una cantidad al menos igual al importe de la ampliación, es decir, la existencia de un efectivo contravalor patrimonial no desvirtuado por otras partidas del activo o del pasivo del balance.

Lo importante no es el mero reflejo de la partida de reservas en el balance que sirva de base a la ampliación, sino la efectiva existencia de excedente del activo sobre el capital anterior y el pa-

sivo exigible, según dicho balance, aunque las vicisitudes económicas de la sociedad, posteriores a aquél, puedan determinar luego la eliminación de esas pérdidas.

Cuentas anuales

No se pueden depositar las cuentas de un ejercicio, si no están depositadas las de ejercicios anteriores. No es posible el depósito parcial de las cuentas anuales (RDGSJFP de 17 de enero de 2023)

Se rechaza el depósito de cuentas de una sociedad limitada por una serie de defectos que son confirmados por el centro directivo en su resolución de 17 de enero de 2023 (BOE núm. 38, de 14 de febrero). En resumen:

- a) No cabe el depósito de las cuentas anuales aprobadas, correspondientes a un ejercicio determinado, si no constan previamente depositadas las de ejercicios anteriores (RDGRN de 4 de julio de 2001 [BOE núm. 189, de 8 de agosto] y RDGSJFP de 18 de noviembre de 2021 [BOE núm. 289, de 3 de diciembre], por todas). Cuando la falta de depósito previo se refiere a varios ejercicios, teniendo en cuenta el carácter excepcional de la normativa sancionadora y la interpretación favorable que debe de prevalecer a los afectados por ella, a los efectos de enervar el cierre registral únicamente es necesario depositar las cuentas (o su constancia de no aprobación) correspondientes a los tres últimos ejercicios (RDGRN de 3 de octubre de 2005 [BOE 275/2005, de 17 de noviembre]).
- b) Los artículos 279.1 LSC y 366.1.2 RRM exigen que la certificación de acuerdos contenga el contenido del acuerdo de aplicación del resultado.
- c) De conformidad con la doctrina de la Dirección General (RRDGRN de 14 de octubre de 2002 [BOE núm. 275/2002, de 16 de noviembre de 2002], 13 de abril de 2004 [BOE núm. 117/2004, de 14 de mayo], 17 de diciembre de 2012 [BOE núm. 32/2013, de 6 de febrero] y RDGSJFP de 21 de febrero de 2022 [BOE núm. 62/2022, de 14 de marzo]), la calificación del registrador para tener por depositados los documentos contables no puede limitarse a una mera comprobación de cuáles son los presentados y de los requisitos formales a los que alude el artículo 366 RRM, sino que debe alcanzar no solo la comprobación de los administradores que firman los documentos, las causas por las que, en su caso, no procedieron a firmarlos y la vigencia de sus cargos, sino también al contenido de los mismos, contenido que se centra, básicamente, en la comprobación de la cifra de capital social resultante del balance y su correspondencia con el que resulta inscrito.
- d) No cabe el depósito parcial de las cuentas anuales, pues dicho depósito tiene como finalidad esencial poner al servicio de la publicidad a terceros la totalidad de los documentos que la Ley entiende que son precisos para fomentar y proteger la dinámica y transparencia del mercado, finalidad que se vería defraudada si cada sociedad pudiera hacer un depósito parcial de los documentos que legalmente debe poner a disposición de tales terceros y que, en su conjunto, deben ofrecer la imagen fiel de su patrimonio (Cuarta Directiva del Consejo de 25 de julio de 1978 basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad).

Es necesario depositar el documento relativo a la titularidad real de la sociedad junto con las cuentas anuales, incluso tras la sentencia del TSJUE de 22/11/2022 (RDGSJFP de 1 de febrero de 2023)

Presentadas a depósito las cuentas anuales de una sociedad limitada son calificadas negativamente por no venir acompañadas del formulario relativo a la declaración de identificación del titular real. La resolución es correcta. La Dirección General, en su resolución de 1 de febrero de 2023 (BOE núm. 53, de 3 de marzo) confirma que el registrador ostenta competencia para rechazar dicho depósito si las cuentas no vienen acompañadas de los documentos que resultan de los modelos oficiales, en concreto la Orden JUS/616/2022, de 30 de junio, 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 (ver artículo 1 apartado 4).

En 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).

Confirma, además, que con independencia del impacto que el contenido de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de noviembre de 2022 (ECLI:EU:C:2022:912) en relación a las cuestiones prejudiciales planteadas por la negativa del Registro Mercantil de Luxemburgo a restringir la publicidad a terceros

del contenido relativo a la titularidad real, pueda tener en la normativa ant blanqueo y de la eventual modulación del acceso al contenido del registro de titularidades reales, «la obligación de proporcionar la información sobre titularidad real a efecto de su conservación en el registro no queda afectada sino confirmada».

Fiscalidad de sociedades

Últimos pronunciamientos sobre la deducibilidad de la retribución de los administradores (SSAN 4334/2022, de 21 de septiembre de 2022 y 4786/2022, de 3 de octubre de 2022)

Como es sabido, la posibilidad de deducir el gasto correspondiente a la retribución de consejeros y administradores en el impuesto sobre sociedades viene siendo una cuestión muy controvertida desde hace años.

La Administración viene discutiendo, con base en la Sentencia 494/2018 del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:3143], así como en virtud de la Resolución 3156/2019 del Tribunal Económico-Administrativo Central, de 17 de julio de 2020, la deducibilidad del mencionado gasto cuando no se cumple de forma estricta la normativa mercantil bajo el denominado principio de reserva estatutaria. Este principio exige que las sociedades no cotizadas establezcan en sus estatutos el sistema de remuneración, la junta general apruebe la retribución máxima y que, en el caso de consejeros con funciones ejecutivas, se formalice un contrato que cumpla con los requisitos de contenido y aprobación.

Sin embargo, recientes sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional han comenzado a ofrecer un nuevo

enfoque centrado en la finalidad que la jurisprudencia atribuye a la reserva estatutaria. Esta nueva perspectiva consiste en verificar si se ha suministrado la suficiente información a los accionistas, de forma que ello les permita controlar la actuación de los administradores, alejándose de ese «abuso de la formalidad» (tal y como lo ha definido el propio Tribunal Supremo) en el cumplimiento estricto de los requisitos mercantiles para permitir la deducibilidad del gasto.

En este sentido, la Audiencia Nacional, en su Sentencia 4334/2022, de 21 de septiembre de 2022 [ECLI:ES:AN:2022:4334], matiza los requisitos establecidos por el artículo 217 LSC en orden a recoger en los estatutos de forma clara y precisa el sistema de retribución de los administradores de una sociedad cotizada, en los que consta el carácter remunerado del cargo. En concreto, la Audiencia Nacional concluye que el sistema de retribución debe ser claro y preciso, pero la norma mercantil concede un amplio margen de libertad para fijar en los estatutos el citado sistema, siempre preservando el interés de los accionistas.

La Audiencia Nacional va más allá en su Sentencia 4786/2022, de 3 de octubre de 2022 [ECLI:ES:AN:2022:4786], al admitir la deducción de la retribución de los administradores aun cuando no conste en los estatutos el carácter remuneratorio del cargo. En dicha sentencia, el tribunal concluye que, dado que la compañía había demostrado que todos los socios habían sido oportunamente informados de las retribuciones de los administradores, no podía afirmarse que se había infringido la norma.

Así, la Sala hace hincapié en el objeto del artículo 217 LSC, que no es otro que proteger a los accionistas, de forma que, si estos han tenido conocimiento de la retribución de los administradores, no se puede negar su deducibilidad con base en el incumplimiento de la norma.

Estas últimas sentencias continúan la tendencia de la Audiencia Nacional iniciada en su Sentencia 558/2022, de 22 de febrero de 2022 [ECLI:ES:AN:2022:558], en la que se defendió que no puede discutirse la deducibilidad del gasto en aquellos casos en los que no exista acción para reclamar su restitución, o hayan transcurrido ya los plazos de dicha acción, e incluso si hubieran sido objeto de convalidación las irregularidades de las que adolecía. Asimismo, rechaza que se pueda alegar la contrariedad con el orden público de dicho acuerdo por incumplimiento o infracción de una norma legal imperativa, debiendo quedar reservada aquélla a vulneraciones de derechos reconocidos en la Constitución, constitutivas de delito, o contradictorias de los principios esenciales y configuradores del derecho societario.

Por último, también debe recordarse que el Tribunal Supremo, en sus Sentencias 150/2021, de 8 de febrero de 2021 [ECLI:ES:TS:2021:1207], 1167/2022, de 21 de septiembre de 2022 [ECLI:ES:TS:2022:3368] y 1188/2022, de 27 de septiembre de 2022 [ECLI:ES:TS:2022:3472], rechaza que el concepto de «actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico» —regulado en el artículo 15f de la Ley del Impuesto sobre Sociedades—, pueda equipararse al de cualquier incumplimiento jurídico, abogando así por una interpretación restrictiva de este concepto.

En virtud de todo lo expuesto, y a la espera de un pronunciamiento del Tribunal Supremo que termine de pacificar la cuestión, parece que la Audiencia Nacional, basándose en el principio inspirador de la norma mercantil, está suavizando los requisitos para entender cumplido el artículo 217 de la LSC, alejándose del criterio formalista y restrictivo que se venía siguiendo hasta ahora. Sin embargo, ha de advertirse que dicho criterio no es compartido por todos los tribunales. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su reciente Sentencia 475/2022, de 3 de

noviembre de 2022 [ECLI:ES:TSJM:2022:12441], continúa sosteniendo la interpretación más restrictiva de la norma mercantil. Concluye así que el acuerdo de la junta general que fije la retribución de los consejeros no puede equipararse a la fijación de la misma en los estatutos sociales por lo que, ante el incumplimiento de la normativa mercantil, el gasto en que se traduzca la retribución de los administradores no tendrá carácter deducible.

En definitiva, a pesar de que algunos tribunales estén abriendo la puerta a la flexibilización de los requisitos de la norma mercantil en aras de admitir la deducción de la retribución de los administradores en el impuesto sobre sociedades, conviene realizar un análisis individualizado de cada caso concreto para poder valorar sus consecuencias fiscales a la vista de la evolución de los criterios de los tribunales.

Deducción de las retribuciones de los administradores sociales: la Audiencia Nacional se aparta de la «doctrina del milímetro» (SAN 11 de enero de 2023)

La Audiencia Nacional, en su Sentencia de 11 de enero de 2023 (ECLI:ES:AN:2023:368), analiza la deducibilidad de una serie de gastos a efectos del impuesto sobre sociedades, entre los cuales se hallan los derivados de las retribuciones satisfechas a los administradores de una entidad.

Respecto a esta cuestión, el Tribunal Económico Administrativo Central, en la resolución recurrida, sostuvo que la deducción como gasto de las retribuciones de los administradores de la entidad está condicionada al cumplimiento de dos requisitos: «que la posibilidad de retribuciones esté expresamente prevista en los estatutos sociales y que esa previsión permita conocer el importe a satisfacer con certeza». A juicio de ese tribunal,

en el supuesto analizado ambas condiciones se daban en los ejercicios previos a los que fueron objeto de regularización, ya que entonces se preveía una retribución del 10 por ciento de los beneficios líquidos de cada ejercicio, modificándose posteriormente dicha previsión de forma que ese porcentaje pasó a constituir el límite máximo de la retribución de los administradores de la entidad. Por ello, el Tribunal Central entendió que, en los ejercicios afectados, únicamente se recogía un límite cuantitativo máximo para tal retribución, no siendo deducible entonces tal retribución porque su cuantía no se estableció de forma «determinada o perfectamente determinable».

- 1) La recurrente sostiene que dicha modificación tuvo por objeto principal defender los intereses de los accionistas minoritarios, estableciendo una regulación más garantista, careciendo de sentido, en su opinión, «que el mero hecho de aprobar una reforma estatutaria para conceder a la Junta de Socios la facultad de moderar a la baja la retribución del 10% (...) convierta a ésta automáticamente en un gasto no deducible».
- 2) Pues bien, la Audiencia Nacional se adhiere ahora a este argumento, entendiendo que la Administración está aplicando la denominada «doctrina del milímetro», exigiendo que el porcentaje concreto o la cantidad concreta esté especificada en los estatutos, de forma que la junta, *de facto*, no tenga margen de decisión alguno o lo tenga muy limitado. En opinión del tribunal, dicha interpretación es excesivamente rigorista y debe abandonarse, pues la cuestión de la retribución de los administradores es una cuestión de legalidad, de forma que, si con arreglo a la legislación mercantil la retribución de los administradores es conforme con el ordenamiento jurídico, dicha retribución debe constituir un gasto deducible.

- 3) Para justificar su posición, la Audiencia Nacional recuerda la evolución que ha sufrido la regulación de la cuestión objeto de controversia en el ámbito mercantil, que inicialmente preveía que los estatutos «determinarán concretamente la participación» —Ley 2/1995, de Sociedades de Responsabilidad limitada, ya derogada—, pasando posteriormente a señalar que aquéllos «determinarán concretamente la participación o el porcentaje máximo de la misma» —Real Decreto Legislativo 1/2010, de Sociedades de Capital—, y, por último, tras la modificación operada sobre esta última norma en 2014, empleando la expresión «determinará el porcentaje aplicable dentro del máximo establecido en los estatutos sociales».
- 4) En opinión del tribunal, esta evolución normativa —orientada a establecer un equilibrio entre la razonabilidad de que el administrador reciba una justa compensación por el servicio prestado a la sociedad y la necesidad de evitar que la retribución de los administradores pueda suponer un menoscabo patrimonial a la sociedad—, permite sostener una interpretación flexible y abierta del tema objeto de controversia.
- 5) De ese modo —apunta la Audiencia Nacional—, si bien en un principio se sostuvo que la reserva estatutaria debía referirse a los conceptos y a la cuantía que debían percibir los administradores, se ha ido abriendo camino, en el ámbito mercantil, la idea de que el sistema retributivo debe recoger, en su aspecto objetivo, únicamente los distintos conceptos retributivos en virtud de los cuales se compensará a los administradores, quedando fuera del ámbito de la reserva estatutaria la concreta cuantía a percibir por la realización de las funciones de administración. Tal y como recuerda el tribunal, esta interpretación ha tenido reflejo en la doctrina del propio Tribunal Supremo, admitiendo la validez de la citada reserva estatutaria «sin que sea necesaria la concreción de una cuantía determinada» —Sentencia de 25 de junio de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:3609)—.
- 6) En definitiva, la Audiencia Nacional concluye que, no siendo preciso que los estatutos especifiquen una cuantía concreta, por la misma razón tampoco es necesario que especifiquen un porcentaje concreto, siendo válido, por ello, que fijen un límite máximo ya que esa flexibilidad beneficia al accionista. Por ello, critica y se separa de la interpretación «en exceso rígida» de la Administración, considerando que, en el caso analizado, el sistema retributivo se encuentra definido en los estatutos, estableciéndose un límite máximo y dejándose que sea la Junta, en cada ejercicio, la que apruebe y cuantifique las concretas retribuciones teniendo en cuenta el límite establecido en garantía de los derechos de los socios.
- 7) De este modo, y aunque algunos tribunales continúan manifestándose en sentido contrario, la Audiencia Nacional persiste en su línea interpretativa orientada hacia una mayor flexibilidad a la hora de aplicar los requisitos mercantiles relativos a la retribución de los administradores a fin de permitir, a efectos fiscales, su deducibilidad como gasto.
- 8) Finalmente, cabe advertir que se espera que a lo largo de este año 2023 el Tribunal Supremo resuelva varios recursos de casación, admitidos en 2022 por el Alto Tribunal, sobre las condiciones de deducibilidad de las retribuciones de los administradores societarios, lo cual aconseja hacer un seguimiento de esta materia a partir de los criterios que fije el referido tribunal.

El Tribunal Supremo determina los límites de la deducción del fondo de comercio en operaciones de fusión (STS de 19 de diciembre de 2022)

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 19 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4649), analiza en casación cómo ha de valorarse el fondo de comercio generado en una operación de fusión por absorción, a efectos de determinar la cantidad objeto de deducción fiscal resultante de tal operación.

En este caso, una entidad —dominante de un grupo fiscal—, tras realizar una operación consistente en la absorción de dieciocho entidades mercantiles, incorporó en las declaraciones del impuesto sobre sociedades del ejercicio en el que se realizó la fusión y del siguiente, un ajuste negativo por el concepto deducción del fondo de comercio, fondo que procedía exclusivamente de una de las entidades absorbidas sobre la cual, en el momento de la fusión, la absorbente tenía una participación del 49,99%, perteneciendo el resto del accionariado a dos entidades que también fueron absorbidas en el proceso de fusión.

En ese contexto, el Tribunal Supremo dirime si, en las operaciones en que una sociedad absorbe en unidad de acto a varias sociedades respecto de las cuales no posee una participación previa, pero sí que existe dicha participación previa entre las sociedades absorbidas, siendo ésta superior al 5%, y habiéndose satisfecho por ella un precio superior al valor de los fondos propios, resulta de aplicación el régimen establecido en el art. 89.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, resultando deducible en el impuesto sobre sociedades de la entidad absorbente el correspondiente fondo de comercio, con el límite de la veinteava parte.

A este respecto, la sentencia de la Audiencia Nacional objeto de recurso —en línea con la regularización propuesta por la inspección—, únicamente admite la deducibilidad del fondo de comercio por aquella parte correspondiente a la participación que la entidad absorbente tenía antes de la fusión sobre la absorbida de la que procede el fondo de comercio, descartando la posibilidad de tener en cuenta aquella otra parte correspondiente a la participación que en dicha entidad tenían otras entidades que, finalmente, también fueron absorbidas en unidad de acto.

Pues bien, el Alto Tribunal, analizando lo dispuesto por el artículo 89.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en la redacción aplicable *ratione temporis*, destaca los siguientes extremos:

- El espíritu y la finalidad del precepto es evitar y corregir la doble imposición que puede derivarse de una operación de fusión como consecuencia de una primera tributación por las plusvalías latentes y el fondo de comercio en sede de la sociedad transmitente.
- Atendiendo a una interpretación literal de dicho precepto es evidente que éste parte, para su aplicación, de la premisa de que se produzca la anulación de una participación previa de la entidad adquirente en la transmitente, que se producirá, generalmente, como consecuencia de la disolución sin liquidación de la entidad transmitente. Pues bien, para corregir la doble imposición derivada de la tributación de los anteriores titulares de las participaciones de la entidad transmitente —absorbida— con ocasión de la transmisión de su participación a la entidad adquirente, el precepto analizado atribuye determinados efectos fiscales a la «diferencia de fusión», como es la generación de un fondo de comercio deducible con el límite anual máximo de la veinteava parte de su importe.

Ahora bien, el precepto condiciona los efectos fiscales de la imputación de la diferencia de fusión y la deducibilidad fiscal de la amortización del fondo de comercio de fusión, a la concurrencia de una serie de requisitos. Por lo que aquí interesa, exige como condición que la participación de la entidad adquirente —absorbente— en la entidad transmitente —absorbida—, sea igual o superior al 5 por 100 y, además, que esta participación sea previa a la fusión.

- Por otra parte, si acudimos a una interpretación finalista del precepto, ha de tenerse en cuenta que el citado artículo 89.3 pretende corregir la doble imposición en casos como el examinado, en que se produce la anulación de la participación de la entidad absorbente en la entidad absorbida, pues la sociedad beneficiaria, al anular su participación en la sociedad transmitente, no recibe a cambio otras participaciones que, en su caso, puedan dar lugar en el futuro a la deducción por doble imposición —artículo 30 del texto refundido—, lo que exige que su participación en la sociedad transmitente sea previa a la fusión.

De acuerdo con lo anterior, la interpretación del precepto objeto de controversia conduce a la conclusión de que tal artículo no permite tener en cuenta el porcentaje de participación que poseían otras entidades absorbidas por la obligada tributaria adquirente sobre la entidad de la que procedía el fondo de comercio adquirido, cuando las operaciones de absorción se hicieran en unidad de acto, pues para la deducibilidad del fondo de comercio resulta necesario que la entidad adquirente participe con carácter previo a la fusión en el capital de la entidad transmitente en, al menos, un 5%. Por ello, teniendo en cuenta que en el caso analizado la sociedad absorbente no poseía tal porcentaje de participación en dicho momento, el Alto Tribunal desestima el recurso de casación.

Más allá de la interpretación estricta del artículo 89.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades que resulta de este pronunciamiento del Tribunal Supremo, cabe mencionar la interesante Sentencia del Alto Tribunal de 16 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4154), cuya doctrina indica que las autoridades fiscales y los propios tribunales no pueden denegar la aplicación del régimen de neutralidad fiscal previsto para las operaciones de reestructuración empresarial por el hecho de que en ellas se aprecie la presencia de ventajas fiscales o una reducción del coste fiscal, siempre que sobre ello prevalezcan los motivos económicos válidos de la operación.

La venta de una entidad *holding* que agrupa a todas las filiales que desarrollan una línea de negocio, en el contexto del IVA (Consulta Vinculante de la DGT V2109-22, de 5 de octubre)

La Dirección General de Tributos, en su consulta vinculante V2109-22, de 5 de octubre, analiza la posible sujeción al impuesto sobre el valor añadido de una operación en virtud de la cual una mercantil, cabecera de un grupo societario, vende una de sus líneas de negocio a una entidad independiente no establecida en el territorio de aplicación del impuesto. En el supuesto analizado la venta se realizará transmitiendo todas las participaciones que la entidad vendedora tendrá en una entidad *holding* que agrupará a las cinco entidades que desarrollan dicha línea de negocio y en cuya gestión ha participado la transmitente. Tal agrupación se habrá logrado tras una operación de canje de valores por la que la transmitente habrá aportado a dicha entidad *holding* el cien por cien de las participaciones en todas las referidas entidades operativas —contando cada una de ellas con un conjunto de medios materiales y humanos suficientes para el desarrollo de su

correspondiente actividad económica—, a cambio del cien por cien de las participaciones de esta entidad.

El centro directivo, a efectos de determinar si la operación descrita está sujeta al impuesto sobre el valor añadido, teniendo en cuenta la condición de entidad *holding* de la consultante, comienza por analizar el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea contenido en sus Sentencias de 20 de junio de 1991 (asunto C-60/90, Polysar Investments [ECLI:EU:C:1991:268]), de 6 de febrero de 1997 (asunto C-80/95, Harnas & Helm [ECLI:EU:C:1997:56 ECLI:EU:C:1997:56]), de 6 de septiembre de 2012 (asunto C-496/11, Portugal Telecom [ECLI:EU:C:2012:557]), y de 5 de julio de 2018 (asunto C-320/17, Marle Participations [ECLI:EU:C:2018:537]). A tenor de la doctrina vertida en tales fallos, la condición de empresario o profesional de una entidad *holding* vendrá delimitada por la actividad realizada por la misma. Esto es, si se trata de una «*holding* pura» o mera tenedora de participaciones, no existirá una actividad económica, en el sentido de la Sexta Directiva y, por tanto, tampoco conferirá a quien la realiza la condición de sujeto pasivo. Sin embargo, la conclusión será diferente si estamos ante una «*holding* mixta», supuesto en el que la participación va acompañada de una intervención directa o indirecta en la gestión de las sociedades en las que se haya producido la toma de participación.

En ese último caso, tal y como señala el Tribunal Supremo resumiendo la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, puede determinarse que la tenencia de participaciones sí supondrá el ejercicio de una actividad económica sujeta al impuesto, cuando la misma suponga una intervención directa o indirecta en la actuación de la entidad participada, de acuerdo con los siguientes criterios básicos:

- Los servicios prestados por la entidad *holding*, para los que debe utilizarse el patrimo-

nio empresarial o profesional, deben constituir una actividad económica en el sentido previsto en la normativa, sin que la influencia que pueda suponer una participación societaria suficientemente elevada deba llevar a la conclusión de que efectivamente se produce dicha participación.

- Cuando existan tales prestaciones de servicios, no cabe considerar los dividendos como contraprestación de las mismas. Únicamente en aquellos casos en los que se pudiera acreditar que el accionista ha utilizado su capacidad de influencia en la sociedad participada para alterar la valoración de las operaciones se podría llegar a una conclusión diferente.

Teniendo en cuenta lo anterior, el centro directivo determina que el hecho de que la entidad consultante preste una serie de servicios de apoyo a la gestión o corporativos a las entidades participadas, la convierte en una «*holding* mixta» susceptible de ser calificada como empresario o profesional a efectos del impuesto sobre el valor añadido, estando sujetas las entregas de bienes y prestaciones de servicios que se efectúen en el territorio de aplicación del Impuesto.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el artículo 7.1º de la Ley 37/1992 —en la redacción dada al precepto por la Ley 28/2014, de 27 de noviembre, en vigor desde 1 de enero de 2015—, ha clarificado la regulación de las operaciones no sujetas consecuencia de la transmisión global o parcial de un patrimonio empresarial, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En ese sentido, atendiendo a lo previsto en dicho artículo, la aplicación del supuesto de no sujeción exige que el conjunto de los elementos transmitidos sea suficiente para permitir el desarrollo de una actividad económica autónoma en sede del transmitente, requiriéndose a esos efectos que

los elementos transmitidos constituyan una unidad económica autónoma capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios en sede del transmitente, y que dicha unidad económica se afecte al desarrollo de una actividad empresarial o profesional.

Pues bien, trasladando lo anterior al supuesto objeto de análisis, la Dirección General de Tributos —invocando de nuevo un fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de octubre de 2009 (asunto C-29/08, AB SKF [ECLI:EU:C:2009:665]), en el que se resolvió un supuesto de hecho similar—, concluye que resultará de aplicación el referido supuesto de no sujeción a la transmisión por parte de la consultante de la totalidad de las participaciones de una entidad *holding* que, en el supuesto objeto de consulta, comprende, a su vez, la totalidad de las participaciones de otras cinco entidades mercantiles completamente operativas, lo que constituye una unidad económica autónoma en los términos previstos en el artículo 7.1º de la Ley 37/1992, por lo que la transmisión analizada no estará sujeta al impuesto sobre el valor añadido.

La escisión de elementos patrimoniales aislados y el concepto de rama de actividad (Consulta Vinculante de la DGT V2624-22, de 23 de diciembre)

La Dirección General de Tributos, en su consulta vinculante V2624-22, de 23 de diciembre, analiza la posibilidad de considerar como rama de actividad —a efectos de aplicar el régimen especial de neutralidad previsto en el Capítulo VII del Título VII de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades—, un edificio de apartamentos turísticos propiedad de una entidad dedicada a la promoción inmobiliaria y al alquiler de viviendas turísticas y de residencia habitual, que además posee otro edificio destinado

al alquiler para familias que lo quieran como vivienda habitual, así como plazas de garaje.

A este respecto el centro directivo, tras recordar el concepto y características de las operaciones de escisión, recogidos en el artículo 76.2.1ºb de la Ley 27/2014 y, desde la perspectiva mercantil, en los artículos 68 y siguientes de la Ley 3/2009, de 3 de abril, apunta los siguientes extremos:

- Sólo podrán disfrutar del citado régimen fiscal especial aquellas operaciones de escisión parcial en las que el patrimonio segregado constituya una unidad económica y permita por sí mismo el desarrollo de una explotación económica en sede de la adquirente, manteniéndose asimismo bajo la titularidad de la entidad escindida elementos patrimoniales que igualmente constituyan una o varias ramas de actividad.
- Ahora bien, el concepto fiscal de escisión de sociedades no excluye la exigencia, implícita en el concepto de «rama de actividad», de que la actividad económica que la adquirente desarrollará de manera autónoma, exista también previamente en sede de la transmitente, permitiendo así la identificación de un conjunto patrimonial afectado o destinado a la misma.
- Esto es, el concepto de «rama de actividad» requiere la existencia de una organización empresarial diferenciada para cada conjunto patrimonial, que determine la existencia autónoma de una actividad económica que permita identificar un conjunto patrimonial afectado o destinado a la misma. Pues bien, ello exige que la citada autonomía venga motivada por la diferente naturaleza de las actividades desarrolladas por cada rama o, existiendo una única actividad, en función del destino y naturaleza de estos elementos patrimoniales, que requiera de una

organización separada como consecuencia de las especialidades existentes en su explotación económica que exija de un modelo de gestión diferenciado determinante de diferentes explotaciones económicas autónomas, existiendo en cada una de ellas una organización de medios materiales y personales diferenciados en sede de la entidad escindida con anterioridad a la realización de la operación.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Dirección General entiende que, a la vista de los datos facilitados por la consultante, no puede constatarse en el supuesto planteado que el patrimonio segregado constituya, por sí mismo, una rama de actividad diferenciada con los correspondientes medios materiales y personales en el sentido señalado en el artículo 76.4 de la Ley 27/2014, cuyo destino y naturaleza requiera de una organización separada como consecuencia de las especialidades existentes en su explotación económica que ya existieran en la entidad transmitente.

Por tanto, el centro directivo entiende que en el supuesto analizado lo que existirá será una escisión de un elemento patrimonial aislado, pero sin que el mismo pueda conformar una «rama de actividad», por lo que la operación de escisión planteada no cumpliría la definición recogida en el artículo 76.4 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades y, por tanto, no podrá acogerse al régimen fiscal especial de neutralidad fiscal.

Cabe reseñar que, además de existir consultas previas en la misma línea, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en términos similares, por ejemplo, en su Sentencia de 23 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1789). No obstante, podrían plantearse dudas sobre la compatibilidad de tal doctrina con la Directiva 2009/133/CE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados en

tre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una sociedad anónima europea (SE) o una sociedad cooperativa europea (SCE) de un Estado miembro a otro.

Condiciones para derivar responsabilidad tributaria (ex art. 42.2.a LGT) hacia el accionista que se limitó a percibir los dividendos acordados por la junta (SSTS 178/2023, de 15 de febrero y 217/2023, de 22 de febrero)

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha tenido ocasión (Sentencias 178/2023, de 15 de febrero [ECLI:ES:TS:2023:414] y 217/2023, de 22 de febrero [ECLI:ES:TS:2023:650]), de pronunciarse sobre si el mero hecho de aceptar la distribución de dividendos acordados por la junta de socios —por un accionista que no asistió a la junta, que no ejerció su derecho a ser informado y que no impugnó tampoco el correspondiente acuerdo social—, puede constituir el presupuesto de hecho habilitante de la derivación de responsabilidad por actos ilícitos prevista en el artículo 42.2a de la Ley General Tributaria (LGT). Debe recordarse que el referido precepto dispone que serán responsables solidarios del pago de la deuda tributaria pendiente (y, en su caso, del de las sanciones tributarias) quienes sean causantes o colaboren en la ocultación o transmisión de bienes o derechos del obligado al pago con la finalidad de impedir la actuación de la Administración tributaria.

El Tribunal Supremo partió de una observación previa: resulta difícil efectuar un pronunciamiento de alcance general sobre esta cuestión dado que la tarea de localizar la intención defraudatoria en las conductas tipificadas en el artículo 42.2a LGT y de conectarla con los hechos

o actos de los que, en principio, podrían desprenderse manifestaciones de tal conducta, no sólo es eminentemente circunstancial y casuística, sino que también se resiste a la fijación de una doctrina rígida que pueda servir para todas las situaciones.

Esta dificultad se pone de manifiesto si se consideran, como hacen las dos sentencias reseñadas, dos perspectivas. Así, de un lado, aceptar con carácter indiscriminado que, en cualquier caso, bastaría para la aplicación del artículo 42.2a LGT el mero hecho de verse favorecido por lo acordado en una junta (al margen de la presencia o de la voluntad del socio y de su posición en la sociedad), supondría propugnar una interpretación de la norma tendente a sustituir la responsabilidad subjetiva por otra objetiva (que no es lo querida por la Ley), trasladando el centro de gravedad a la percepción del dividendo y obviando las demás circunstancias concurrentes. Pero, por otro lado, y en sentido contrario, negar *a priori* y sin más toda posibilidad de que, a través de una buscada o pactada abstención o desaparición de la escena, pudiera conseguirse que quedaran sin consecuencias (en forma de responsabilidad patrimonial) verdaderos actos de frustración o entorpecimiento de la acción de cobro, tampoco puede ser una solución generalmente aceptable.

No obstante lo expuesto, el Tribunal Supremo se decidió a ofrecer un conjunto de criterios orientadores relativos al ejercicio de la facultad de

declarar la responsabilidad solidaria ex artículo 42.2a LGT. Son básicamente los siguientes:

- 1) La responsabilidad establecida en el citado precepto es subjetiva, contiene un elemento tendencial y su declaración está sometida a prueba de la conducta y de la finalidad a que aspira.
- 2) Por regla general, no basta con un mero no hacer pasivo —no asistir a la junta, no votar o no impugnar el acuerdo social— pues tal cosa sería contraria, en principio, a la propia fisonomía del precepto, ya que se consumiría la conducta que justificaría la atribución de la responsabilidad patrimonial mediante el solo reparto de dividendos acordado en el seno del órgano social. Se requiere inexcusablemente la prueba de que, con tal conducta pasiva, se cumplen los elementos objetivos y subjetivos del precepto en cuestión.
- 3) No cabe, para considerar a un sujeto incurso en responsabilidad solidaria ex artículo 42.2a LGT, el hecho de verse favorecido por un acuerdo social adoptado antes del devengo del impuesto de cuya exacción se trata, a menos que hubiese quedado probada de un modo preciso la existencia de fraude, maquinación o pacto que comprendiera la estrategia evasora, prescindiendo de las concretas deudas tributarias a que se refiriera dicha evasión.



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

Estibaliz Aranburu

Socia, Madrid

Tel.: (+34) 91 582 91 00

earanburu@ga-p.com

Fernando de las Cuevas

Socio, Madrid

Tel.: (+34) 91 582 91 00

fcuevas@ga-p.com

Íñigo Erlaiz

Socio Director, Madrid

Tel.: (+34) 91 582 91 00

ierlaiz@ga-p.com

Fernando Igartua

Socio, New York

Tel.: (+34) 91 582 91 00

figartua@ga-p.com

David González

Socio, Madrid

Tel.: (+34) 91 582 91 00

dgonzalez@ga-p.com

Daniel Marín

Director, Barcelona

Tel.: (+34) 93 415 74 00

dmarin@ga-p.com

Alfonso Areitio

Socio, Bilbao

Tel.: (+34) 94 415 70 15

aareitio@ga-p.com

Mónica Weimann

Socio, 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