

G A _ P

Gómez-Acebo & Pombo



Sociedades

Área de Mercantil de Gómez-Acebo & Pombo

2023 N.º 28

Contenido

Análisis	4		
— Ejercicio del derecho de voto correspondiente a las participaciones sociales de una comunidad hereditaria (y las llamadas <i>pruebas de relevancia y de resistencia</i>), Alberto Díaz Moreno, Consejero académico de GA_P	4		
— Deberes de control de la legalidad y acción social de responsabilidad de administradores, Fernando Marín de la Bárcena, Consejero académico de GA_P	12		
Práctica Societaria	20		
• Práctica registral	20		
— Modificaciones al Reglamento del Registro Mercantil en relación con la interconexión de registros (RD 442/2023, de 13 de junio).....	20		
— En los casos de documentos remitidos al registro por correo, el asiento de presentación se practicará cuando se proceda a la apertura del correo recibido en el día (RDGSJFP de 12 de mayo de 2023)	21		
• Sucursales	22		
— Modificaciones al Reglamento del Registro Mercantil en relación con la constitución en línea y registro de sucursales de otros Estados miembros de la UE (RD 442/2023, de 13 de junio).....	22		
• Sociedades profesionales	23		
— Para inscribir una sociedad profesional no es necesario acreditar la existencia de un seguro de responsabilidad a su favor (RDGSJFP de 24 de mayo de 2023)	23		
		• Constitución y estatutos	23
		— Constitución enteramente <i>on line</i> de sociedades de responsabilidad limitada con aportaciones dinerarias (Ley 11/2023, de 6 de mayo)	23
		— No es inscribible la disposición estatutaria que prevé la convocatoria de la junta general mediante correo ordinario (RDGSJFP de 10 de mayo de 2023).....	25
		• Junta general	26
		— Salvo situaciones extremas de falta de autenticidad, todos los títulos que satisfagan los mínimos formales del procedimiento registral han de tener acceso al mismo (RDGSJFP de 8 de junio de 2023)	26
		• Administradores	27
		— Infracción del deber de lealtad y actos propios (SAP Madrid 209/2023, de 3 de marzo).....	27
		— Dos apoderados mancomunados pueden conferir a un tercero parte de sus facultades para ser ejercidas de forma solidaria (RDGSJFP de 27 de abril de 2023)	28
		— Nombramiento como consejero de una persona jurídica y de la persona física designada por la primera para el ejercicio de las funciones propias del cargo (RDGSJFP de 23 de mayo de 2023).....	29
		— Para provocar el cierre registral, la oposición del anterior titular de la facultad certificante al nombramiento del nuevo (art. 111 RRM) sólo puede basarse en acreditar su falta de autenticidad (RDGSJFP de 8 de junio de 2023)	29

- **Aumento y reducción de capital..... 30**
 - El certificado bancario acredita la realidad de la aportación dineraria en la fecha de adopción del acuerdo de ampliación de capital —y no en la fecha de emisión del certificado— (RDGSJFP de 30 de mayo de 2023)..... 30
- **Audidores y cuentas anuales 31**
 - Una vez inscrito el nombramiento de auditor, el informe de auditoría debe acompañarse a las cuentas anuales de los ejercicios para los que inicialmente fue designado (incluso si no existe obligación de verificación contable ex art. 263 LSC) (RDGSJFP de 27 de marzo de 2023)..... 31
 - Para inscribir el nombramiento de administrador único si la hoja registral está cerrada por falta de depósito de cuentas, es posible presentar una certificación del nuevo administrador acreditativa de la causa de la falta de aprobación de las cuentas (RDGSJFP de 8 de mayo de 2023)..... 31
 - Es necesario validar la firma electrónica en el depósito de cuentas, incluir en la certificación de acuerdos de aprobación de las cuentas la aplicación del resultado e incluir en la hoja de datos generales el periodo medio de pago a proveedores (RDGSJFP de 9 de mayo de 2023) 32
 - El acuerdo social de revocación del nombramiento de auditor debe identificar la causa que justifique la destitución, que debe constar también en la certificación a elevar a público (RDGSJFP de 11 de mayo de 2023) 32
 - Nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales con posterioridad a 30 de mayo de 2023 (RRDGSJFP de 18 de mayo de 2023)..... 33
- **Disolución y liquidación 34**
 - Un caso en el que un administrador dimitido se convierte automáticamente en liquidador (RDGSJFP de 1 de junio de 2023)..... 34
- **Modificaciones estructurales 35**
 - Es necesario que el acuerdo se pronuncie sobre el proyecto de fusión incluso en fusiones especiales: filial íntegramente participada absorbe a su matriz (RDGSJFP de 5 de junio de 2023) 35

Análisis

Ejercicio del derecho de voto correspondiente a las participaciones sociales de una comunidad hereditaria (y las llamadas pruebas de relevancia y de resistencia)

(STS 406/2023, de 24 de marzo)

ALBERTO DÍAZ MORENO

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

En su Sentencia 406/2023, de 24 de marzo, el Tribunal Supremo se ha ocupado, en el marco de un proceso de impugnación de acuerdos sociales, del régimen del ejercicio de los derechos de voto correspondientes a las participaciones sociales atribuidas a una comunidad hereditaria y de la aplicación de los llamados *test de relevancia y de resistencia*.

1. Antecedentes

§ 1. Una sociedad de responsabilidad limitada tenía inicialmente su capital repartido entre el padre (40 %), la esposa (15 %) y los tres hijos del matrimonio (cada uno de ellos con un 15 %).

§ 2. En marzo del 2006 se suscribió un acuerdo de distribución (donación) de las participaciones propiedad de los padres en favor de los tres hijos. Según dicho acuerdo había de adjudicarse a cada uno de los hijos el número de participaciones necesario para

que cada uno de ellos fuera finalmente titular de una tercera parte del capital. La eficacia de la atribución patrimonial de las participaciones del padre se condicionó expresamente a que le fuera entregado a título gratuito un inmueble de la sociedad que constituía el domicilio familiar. Posteriormente (2009), el padre legó a su esposa el dominio de dicha vivienda con efectos una vez que se le hubiera transmitido a él por la sociedad.

§ 3. En junio del 2015, y como consecuencia de la demanda interpuesta por la madre (ya viuda en aquel entonces por haber fallecido el padre en el 2012) y dos de los hermanos, el Juzgado de Primera Instancia de Ibiza condenó al tercero de los hermanos a llevar a cabo todo lo necesario para dar riguroso cumplimiento a lo estipulado en el acuerdo del 2006 (en concreto, «a realizar las declaraciones de voluntad, adoptar los acuerdos, ejecutar los pactos y/o negocios

jurídicos necesarios, así como a suscribir cuantos documentos públicos y/o privados sean necesarios [...] para distribuir y adjudicarse, cada uno de los hermanos, las participaciones sociales [...] con número proporcional a las que sean indispensables para que cada hermano ostente el mismo número de participaciones sociales...»).

§ 4. El día 22 de julio del 2016 se celebró una junta general de la sociedad, que fue convocada por la madre en su condición de administradora única. En dicha junta se acordó, de una parte, el cese de la administradora única y el nombramiento como administradores solidarios de dos de los hermanos y, de otra, encomendar a una entidad la formulación de propuestas de medidas (incluida la de adoptar acuerdos sociales referentes a la transmisión de los inmuebles de la sociedad) encaminadas a dar cumplimiento a la sentencia antes mencionada del Juzgado de Primera Instancia de Ibiza.

§ 5. Los acuerdos se adoptaron con los votos a favor de la madre y de dos los hijos (que representaban entre los tres el 45 % del capital) más los correspondientes a los «herederos» del padre fallecido (40 %); se computó en contra únicamente el voto del tercer hermano (el mismo que había sido condenado en el 2015).

§ 6. Este hermano disidente presentó demanda en la que solicitaba que se declarasen nulos los acuerdos adoptados en la junta de 22 de julio del 2016. Conviene hacer constar que, tanto en el momento de la convocatoria y celebración de la junta litigiosa como en el posterior de la interposición de la demanda, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Ibiza a la que ya se ha hecho referencia se encontraba en trámite de ejecución judicial. Existían, en efecto, discrepancias entre, por un lado, la madre

y dos de los hermanos (demandantes en dicho procedimiento) y, por otro, el tercero de ellos (demandado y condenado en el 2015 y posterior impugnante) en cuanto a los términos en los que esa ejecución debía llevarse a cabo (en particular, sobre la necesidad de la entrega del inmueble legado a la madre con carácter previo a la distribución entre los tres hermanos de las participaciones sociales de las que eran titulares sus padres).

§ 7. Tanto en primera como en segunda instancia la demanda fue estimada. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Mallorca (Sección Quinta) 114/2019, de 25 de febrero (ECLI:ES:APIB:2019:385), asumió en sustancia la argumentación del juzgado y, después de descartar que la acción de impugnación hubiera caducado, vino a considerar: a) que la madre no había procedido —como debía, según la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Ibiza— a distribuir sus participaciones entre sus hijos, a pesar de habersele solicitado, por lo que no estaba en condiciones de ejercer los derechos de voto correspondientes a ese paquete; y b) que se habían computado indebidamente a favor del acuerdo (añadiéndolos a los de la madre y de dos de los hijos) los votos correspondientes a las participaciones del padre fallecido.

§ 8. La sociedad demandada interpuso un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación. El Tribunal Supremo se pronunció sobre ambos en su Sentencia 406/2023, de 24 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1176), objeto de estas notas. En ella se desestimaron, por inadmisibles, el recurso por infracción procesal (que pretendía denunciar la caducidad de la acción) y el primero de los dos motivos de casación invocados. Sin embargo, el segundo de tales motivos resultó estimado y, con asunción de la instancia, el Tribunal Supremo estimó el recurso de apelación y revocó la sentencia

del juzgado con desestimación íntegra de la demanda.

2. El núcleo del problema

§ 9. El Tribunal Supremo, al delimitar el objeto de la controversia, explica que la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca basó su declaración de nulidad de los acuerdos sociales impugnados en la existencia de irregularidades en el cómputo de los votos y, consecuentemente, en la defectuosa determinación de las mayorías alcanzadas (pretendidamente, según la Audiencia) en la junta general de 22 de julio del 2016. Estas irregularidades se proyectarían sobre dos extremos: por una parte, se permitió indebidamente a la madre participar y votar en la asamblea como titular del 15 % del capital; por otra, se atribuyó la representación de las participaciones del padre fallecido (atribuidas a la comunidad hereditaria) a dos de los hermanos, cuando no se había procedido a la previa designación formal de representante.

§ 10. De estas dos cuestiones, la primera de ellas careció de relevancia a los efectos del recurso de casación, ya que la propia sociedad recurrente admitió, en su escrito de interposición, que los votos correspondientes al 15 % de las participaciones de la madre no debieron ser computados como favorables a los acuerdos impugnados. Fue la segunda—esto es, la relativa al cómputo del 40 % del capital social integrado en la comunidad hereditaria del padre fallecido— la que centró el debate.

§ 11. Con todo, resulta relevante observar como el Tribunal Supremo apuntó que no había sido objeto de discusión en qué momento y condiciones podía considerarse consumado el efecto traslativo de las participaciones sociales que fueron donadas por los padres a sus hijos en virtud del acuerdo privado de

marzo del 2006. De hecho, ninguno de los litigantes alegó que ese efecto traslativo hubiera derivado directamente de la suscripción del citado acuerdo. A ello había de unirse otra circunstancia que el tribunal tenía que tomar en consideración: en el momento de celebrarse la junta controvertida no se había realizado la entrega del legado de la vivienda habitual a favor de la madre (según lo ordenado en sus disposiciones testamentarias por el padre fallecido) ni se había dado cumplimiento a lo resuelto por el juzgado de Ibiza en cuanto a la obligación de llevar a cabo los actos necesarios para cumplir con el acuerdo del 2006.

§ 12. En consecuencia, indicó el alto tribunal, había de partirse de una doble premisa: a) la madre no debió ser considerada socia en la fecha de celebración de la junta litigiosa ni, en consecuencia, podían computarse los votos correspondientes al 15 % del capital social; y b) las participaciones del padre correspondían, en el momento de la celebración de la junta, a su «comunidad hereditaria», integrada por sus tres hijos, quienes estaban llamados a recibir una tercera parte de ellas por ejecución de sentencia firme (herencia que, a la vista los hechos, debe entenderse que fue aceptada tácitamente, de manera que quedó superada la fase de herencia yacente).

§ 13. En el recurso de casación, la compañía recurrente sostuvo que los acuerdos impugnados superaban las pruebas de «resistencia» y «relevancia» previstas en la ley (art. 204.3d y a de la Ley de Sociedades de Capital —LSC—). En cuanto a lo primero, porque, aun restando de los votos favorables los correspondientes al 15 % del capital atribuido a la madre, el resultado (70 % de votos a favor) sería suficiente para la adopción del acuerdo. Y, en cuanto a lo segundo, porque la falta de nombramiento de un representante de la comunidad hereditaria (que habría sido suplida por la

actuación de dos de los comuneros —que conforman la mayoría en la comunidad—) habría resultado irrelevante «ya que si se hubiese designado formalmente un representante se habría producido el mismo resultado de la votación, por lo que la posible irregularidad formal carece de eficacia invalidante».

§ 14. Como veremos a continuación, el Tribunal Supremo atendió estas alegaciones estimando, en consecuencia, el recurso de casación. Para ello examinó, en primer lugar, el régimen de la representación para el ejercicio de los derechos correspondientes a un paquete de participaciones integrados en una comunidad, lo que le permitió concluir que la falta de designación de un representante no podía comportar por sí misma la nulidad de los acuerdos, puesto que se trataba de un requisito «procedimental» cuya infracción no puede ser calificada de «relevante» a los efectos del artículo 204 LSC. Seguidamente analizó la forma en que debían ser computados los votos correspondientes a las participaciones integradas en la comunidad hereditaria de los tres hermanos para resolver que debían ser tenidos por favorables a los acuerdos, junto con los que dos de los hermanos habían emitido en relación con sus propias acciones. Finalmente, y a la vista de las conclusiones alcanzadas, procedió a comprobar si, en el caso, los acuerdos impugnados superaban o no la prueba de resistencia del artículo 204.3d LSC.

3. La (irrelevancia de la falta de) designación de representante para el ejercicio del derecho de voto correspondiente a las participaciones en copropiedad

§ 15. En cuanto a este punto, el Tribunal Supremo apoyó su razonamiento en el artículo 126 LSC, según el cual, «en caso de copropiedad sobre una o varias participaciones o acciones, los copropietarios habrán de de-

signar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de esta condición».

§ 16. A los efectos del supuesto litigioso planteado resultaba especialmente relevante la primera regla, la cual establece un régimen de ejercicio unitario de los derechos del socio. A veces se hace referencia a esta norma señalando que prevé la «unificación subjetiva del ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio» que opera —en interés de la compañía, como luego se verá— al margen de las reglas que rijan la comunidad y de la naturaleza de ésta.

§ 17. La Sentencia 406/2023 que nos ocupa señaló, con respecto al artículo 126 LSC (siguiendo así lo manifestado en la Sentencia del Tribunal Supremo 601/2020, de 12 de noviembre, [ECLI:ES:TS:2020:3639]), que se trata de un precepto que responde a exigencias eminentemente prácticas de sencillez y claridad en el ejercicio de los derechos. Su objetivo es que los eventuales conflictos o complejidades que puedan generarse en el proceso interno de toma de decisiones en el seno de la comunidad (y que habrán de resolverse de conformidad con el régimen jurídico aplicable) se desenvuelvan únicamente en sus relaciones internas y no afloren en sus relaciones externas con la sociedad. Se busca así evitar, en interés de la sociedad, el entorpecimiento de la vida corporativa. Ahora bien, según precisa el Tribunal Supremo, esa «unificación subjetiva» del «ejercicio» de los derechos de socio no significa que se configure también unitariamente la titularidad de la propia participación o paquete de participaciones. Por ello, en los casos de comunidad ordinaria, proindiviso o romana, la comunidad no se convierte en centro de imputación de los derechos y obligaciones derivados de la condición de socio en sustitución de los

comuneros o partícipes (sobre las comunidades «germánicas» o en mano común, *vide infra* § 24). Buena prueba de lo anterior sería que el mismo artículo 126 LSC, al imponer a los copropietarios un régimen de responsabilidad solidaria frente a la sociedad por cuantas obligaciones se deriven de la condición de socio, está presuponiendo que tal estatus corresponde, precisamente, a dichos cotitulares.

§ 18. Puesto que el artículo 126 LSC sólo incide sobre la forma de ejercicio de los derechos (sin interferir en la atribución de la condición de socio) y su ratio estriba en favorecer el funcionamiento de la sociedad (es el interés de la compañía el que se tiene en cuenta), ésta puede renunciar a oponerse a que los derechos inherentes a las participaciones sociales los ejerzan directamente los socios comuneros (bien individualmente, si ello es factible, bien de forma conjunta). Esto es, puede renunciar a exigir que se ejerciten por medio de un representante.

§ 19. En cuanto al representante eventualmente nombrado por los copropietarios, el tribunal de casación recordó (con cita de las sentencias 1082/2004, de 5 de noviembre [ECLI:ES:TS:2004:7148], y 314/2015, de 12 de junio [ECLI:ES:TS:2015:3191]) que no es un administrador orgánico de la comunidad, sino que está vinculado por un mandato —revocable— para ejercer los derechos de las participaciones en comunidad. Ahora bien, en esa relación de mandato, el principal (*dominus negotii*) no es la comunidad, sino los copropietarios de las participaciones. Esto es: el representante común lo es de todos los socios cotitulares y ostentará el voto de todas las participaciones sociales en esa situación de copropiedad (de hecho, su voto manifestado frente a la sociedad puede no corresponder con su particular intención de voto —discrepante con la mayoría—, por lo que no puede

imputarse personalmente al representante la manifestación de voluntad en que consiste el voto).

§ 20. En línea con lo expuesto —apunta la sentencia que comentamos—, se ha sostenido que la sociedad no podrá rechazar el ejercicio de los derechos cuando todos los partícipes o copropietarios lo soliciten unánimemente, incluso habiendo un representante designado (sin perjuicio, según se indicó previamente, de que, aun sin esa solicitud unánime, la sociedad puede aceptar el ejercicio de los derechos de socio que correspondan a la comunidad mediante la participación en la junta de todos sus miembros). Cosa distinta, afirma el Tribunal Supremo, «es que, en caso de haber sido designado el representante, debido a la especialidad del supuesto y por concurrir identidad de razón, se postule una aplicación analógica del artículo 234 LSC, en consideración a la seguridad del tráfico, y que lo acordado por el representante designado con la sociedad sea oponible frente a todos los copropietarios».

§ 21. En suma, el Tribunal Supremo considera que «(i) la designación del representante de los cotitulares de las participaciones, que no es un representante orgánico, es una carga de éstos, pero no un deber inexcusable, en la medida en que la sociedad no puede rechazar el ejercicio de los derechos cuando todos los partícipes o copropietarios lo soliciten unánimemente, incluso si hay representante designado; y (ii) incluso sin esa solicitud unánime de los partícipes, la sociedad puede renunciar a oponerse a otras formas de ejercicio de los derechos del socio, directamente por los socios comuneros (individualmente, cuando ello sea posible, o de forma conjunta)».

§ 22. A la luz de lo anterior, el Tribunal Supremo concluyó que, en el supuesto planteado, la

falta de designación del representante previsto en el artículo 126 LSC no podía constituir una causa de nulidad de los acuerdos adoptados en la junta. Se trataría, según la sentencia comentada, de un requisito calificable como meramente «procedimental», encuadrable por ello en el ámbito del artículo 204.3a LSC, sin que la omisión de dicho nombramiento pueda considerarse infracción de carácter «relevante» ni entenderse comprendida en ninguno de los supuestos de excepción previstos en ese precepto (en los que sí cabe apreciar ese carácter relevante: infracciones relativas a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos).

4. El sentido de los votos de las participaciones integradas en la comunidad hereditaria

§ 23. Una vez decidido que el hecho de no haber designado los herederos un representante común no resultaba suficiente para provocar la invalidez de los acuerdos adoptados, debía procederse a analizar la forma en que habían de computarse los votos correspondientes al 40 % del capital atribuido a la comunidad hereditaria. Recuérdese que, según la sentencia de segunda instancia, dichos votos no podían entenderse favorables a los acuerdos controvertidos. Si a ello se añade que lo mismo sucedía con los votos correspondientes a la participación de la madre en el capital, resultaba que los votos a favor quedaban —en el cómputo de la Audiencia Provincial— reducidos al 30 % del capital social, lo que, con arreglo al artículo 198 LSC, resultaba insuficiente para considerar eficazmente adoptados los acuerdos.

§ 24. Debe tenerse en cuenta que, según indica el Tribunal Supremo, tanto la Audiencia como las partes partieron siempre de la

premisa de que la situación de cotitularidad de las participaciones representativas del 40 % del capital social fue consecuencia de la adquisición *mortis causa* de dichas participaciones por los hijos del fallecido (no obstante, *vide infra* § 27). Y, en este punto, la sentencia reseñada no dudó en reiterar la tesis (ya recogida previamente en las sentencias del Tribunal Supremo 1082/2004, de 5 de noviembre [ECLI:ES:TS:2004:7148]; 314/2015, de 12 de junio [ECLI:ES:TS:2015:3191], y 601/2020, de 12 de noviembre [ECLI:ES:TS:2020:3639]) de que, en tanto no se parta la herencia ya aceptada, no ostentan la condición de socios los herederos, sino la comunidad hereditaria (comunidad de tipo germánico). En efecto, conforme al criterio del Tribunal Supremo, en estas comunidades hereditarias, y en tanto no se proceda a la partición, el coheredero no es titular de participaciones, sino mero titular —junto con los demás coherederos— del patrimonio del que forma parte el conjunto de participaciones en cuestión, de manera que sus derechos resultan «indeterminados». Y sería precisamente «esta indeterminación de la titularidad de cada coheredero sobre cada concreta participación, y la correlativa indisponibilidad de cuotas indivisas u otros derechos específicos sobre las mismas [...] lo que impide reconocer en la posición jurídica de tales coherederos la condición de socios. Finalizada la partición hereditaria puede ocurrir que a uno o varios de los coherederos no se les adjudique ningún derecho sobre ninguna de las participaciones sociales, sino otros bienes o derechos del caudal relicto. Lo cual no permite reconocer la condición de socio a favor de los mismos durante el periodo de indivisión de la herencia, e impone como solución la atribución de tal cualidad a la comunidad» (STS 601/2020, de 12 de noviembre [ECLI:ES:TS:2020:3639]).

§ 25. Pero, al margen de lo anterior y de sus implicaciones dogmáticas, a los efectos de

estas líneas lo relevante es que esta comunidad hereditaria que recae sobre un paquete de participaciones sociales necesita de un representante para el ejercicio de los derechos de socio. Y este representante será designado (en ausencia de un régimen específico previsto por el causante y a falta de acuerdo unánime de todos los comuneros, salvo que la herencia estuviese sujeta a un régimen de administración judicial —art. 795 LEC—) por acuerdo de los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad (art. 398 del Código Civil; *cfr.* también STS 383/2016, de 6 de junio [ECLI:ES:TS:2016:2633]). Y debe observarse —insiste el Tribunal Supremo— que este régimen en nada se ve afectado por el artículo 126 LSC. Por lo demás, tampoco resultan de aplicación las reglas del artículo 183 de dicha ley; de hecho, se ha llegado a admitir una designación no expresa (tácita o por mera tolerancia: STS 1082/2004, de 5 de noviembre [ECLI:ES:TS:2004:7148]).

§ 26. Las consideraciones anteriores conducen al Tribunal Supremo a la siguiente conclusión: el cómputo en favor de los acuerdos de los votos correspondientes al 40 % del capital social perteneciente a la «comunidad hereditaria» habría sido correcto si se considera que el voto expresado por los dos hermanos que los apoyaron fueron emitidos no sólo en atención a sus propias participaciones (15 % + 15 %), sino, también, con respecto al porcentaje que les corresponda en dicha comunidad. En efecto, siendo así las cosas —argumenta el Tribunal Supremo—, habrían votado a favor dos de los tres comuneros y, por tanto, se habría alcanzado en el seno de la comunidad una doble mayoría personal (de comuneros) y real (de intereses). Y habría que entender que en la junta habría votado a favor el 70 % del capital social (15 % + 15 % + 40 %).

§ 27. Merece la pena destacar que, para cerrar la argumentación, el Tribunal Supremo se planteó —a efectos dialécticos— cuál sería la solución si se considerara que, en rigor, la transmisión de las participaciones sociales a los hijos no se produjo *mortis causa*, sino en virtud de la donación efectuada en marzo del 2006. Y concluyó que, de haberse dado tal hipótesis, cada uno de los tres hijos habría sido titular de un tercio del capital social en el momento de celebración de la junta (al haber adquirido cada uno de ellos un tercio de las donadas por el padre y la madre), por lo que el acuerdo habría de considerarse adoptado en tal caso por una mayoría de dos tercios del capital.

5. La prueba de resistencia

§ 28. Para finalizar su análisis del recurso, el Tribunal Supremo se detuvo en la aplicación de la llamada *prueba de resistencia* (art. 204.3d LSC). En efecto, según el régimen legal, la declaración de nulidad de un acuerdo social requiere que el voto o votos inválidos o el error del cómputo de los emitidos haya tenido una efectiva relevancia, de forma que haya resultado «determinante» para alcanzar la mayoría requerida. En otras palabras: la prueba de resistencia supone que «de la cifra originariamente considerada (para el quórum de constitución o para la mayoría) se restan el porcentaje en el capital (o los votos) atribuidos irregularmente a personas que no estaban legitimadas para asistir (o para votar). Si, tras realizar esta sustracción, con el restante porcentaje de capital asistente se alcanza el quórum suficiente, la junta se entiende válidamente constituida; en caso contrario, la junta es nula (y con ella los acuerdos adoptados) por estar irregularmente constituida. Y del mismo modo en lo que respecta al cálculo de la mayoría» (STS 697/2013, de 15 de enero del 2014 [ECLI:ES:TS:2014:136]); esta resolución explica, por lo demás, que «esta

regla se refiere únicamente a los casos en que se permitió de forma indebida la asistencia y el voto de quien no gozaba del derecho de asistencia o del derecho voto. No se extiende a los casos en que fue denegada de forma indebida la asistencia de quien sí gozaba de derecho para ello, pues en este segundo caso se impidió que su participación en la deliberación pudiera incidir en la conformación de la voluntad, más allá de la irrelevancia de su voto para alcanzar la mayoría exigida por la ley»).

§ 29. En suma, si la participación indebida del socio (en este caso de la madre) o el cómputo erróneo de sus votos hubiese determinado la obtención de la mayoría necesaria para la aprobación de los acuerdos (que no se habría alcanzado sin ellos), entonces los acuerdos adoptados serían ineficaces. En caso contrario, el artículo 204.3d LSC veda tal resultado. Y esto segundo es, precisamente, lo que sucedió en este litigio.

§ 30. En síntesis, y según expone la sentencia comentada, al tiempo de celebrarse la junta general (año 2016), cada uno de los tres hermanos tenía un 15 % del capital social y a la comunidad hereditaria del padre fallecido le

correspondía un 40 % de ese capital social. En estas condiciones, si se descontaran de los votos computados como favorables a los acuerdos los correspondientes a las participaciones atribuidas a la madre (que sumaban el 15 % del capital social), el resultado de la votación habría sido aun así de una mayoría favorable del 70 % del capital social, puesto que —como se ha visto más arriba— el Tribunal Supremo estimó que debían computarse a favor de los acuerdos impugnados tanto los votos correspondientes al 30 % del capital de dos de los hermanos, como los del 40 % del capital perteneciente a la comunidad hereditaria del padre. Se habría así alcanzado holgadamente la mayoría requerida por el artículo 198 LSC. Más aún: la conclusión sería la misma si se considerara (*supra*, § 27) que el cómputo de la votación debería haberse realizado de conformidad con la distribución del capital social que resultaría del cumplimiento del acuerdo privado (donación) de marzo del 2006 porque, en tal caso, habría que reconocer a cada uno de los tres hermanos la titularidad de una tercera parte del capital social, con lo que se habría alcanzado una mayoría de dos tercios del capital (dado que dos de los hermanos votaron a favor y uno en contra).

Análisis

Deberes de control de la legalidad y acción social de responsabilidad de administradores

STS, Sala Primera, núm. 1290/2023, de 31 de marzo del 2023)

FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

La sentencia comentada condena a los administradores de una sociedad de capital por falta de diligencia en la implementación de medidas eficaces para evitar que la sociedad se vea implicada en una trama de fraude tributario del impuesto sobre el valor añadido.

1. Introducción

El caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) núm. 1290/2023, de 31 de marzo, y, en apelación, por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésima Octava) núm. 173/2021, de 23 de abril, versa sobre una acción social de responsabilidad promovida contra los consejeros «salientes» de una sociedad anónima por hechos acontecidos poco tiempo antes de la toma de control (compra de ONO por Vodafone en julio del 2014).

La sociedad demandante reprochaba a sus antiguos administradores, por un lado, la in-

fracción de la diligencia debida en el desempeño del cargo por no haber dispuesto las medidas de control necesarias para evitar que la sociedad se viera implicada en un fraude tributario del impuesto sobre el valor añadido, del que eran partícipes determinados proveedores correspondientes al área internacional de reventa mayorista de voz de la sociedad (infracción por omisión de deberes de control de la legalidad). Adicionalmente, se reprochaba a los demandados la infracción de sus deberes de vigilancia en relación con la ejecución efectiva de las medidas acordadas por los propios administradores una vez que tuvieron conocimiento de la existencia de un riesgo concreto de implicación de la sociedad en la trama de fraude fiscal; tales medidas consistían básicamente en cesar las relaciones comerciales con los proveedores implicados en la trama (infracción de deberes de vigilancia e intervención en relación con el comportamiento de los empleados del área).

Tal como quedó conformada la petición procesal en la fase de recurso de apelación, el daño patrimonial cuya indemnización se reclama se identificaba con el importe de las cuotas del impuesto sobre el valor añadido soportado por las operaciones realizadas con dichos proveedores, cuotas que perdieron la condición de deducibles y que, a raíz del acta de conformidad suscrita por la sociedad sin la intervención de los demandados, hubo que ingresar en el Tesoro Público (más de setenta y dos millones de euros con recargos e intereses).

Aunque los demandados fueron absueltos en la primera instancia, la sentencia de apelación y la sentencia de casación condenaron a los administradores a indemnizar el daño causado a la compañía, pero sólo en el importe correspondiente a las cuotas devengadas desde el momento en que cada una de las resoluciones consideró probado que los administradores tuvieron conocimiento de la existencia del fraude y no adoptaron medidas de vigilancia e intervención eficaces para evitar el daño. Las sentencias rechazan la responsabilidad de los administradores por omisión de los deberes de implantar controles para evitar la exposición al riesgo de la sociedad por entender que el ilícito proceder de los empleados de la sociedad que participaron activa e inmediatamente en el fraude tributario excluían la imputación objetiva del resultado dañoso al comportamiento omisivo de los demandados (criterio de la «prohibición de regreso»).

Se trata de dos resoluciones que no sólo presentan interés desde un punto de vista técnico-jurídico, sino que tienen una enorme trascendencia práctica porque, que nosotros sepamos, es la primera vez que los denominados *criterios de exclusión de la imputación objetiva* normalmente utilizados en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual

se aplican para resolver una demanda de responsabilidad frente a la sociedad por infracción del deber de diligencia.

2. Responsabilidad por omisión de la instauración de controles

2.1. *Prohibición de regreso y posición de garante*

El análisis de la resolución ofrecida a este fundamento de la acción requiere advertir del distinto enfoque que realizan la sentencia de la Audiencia Provincial y la del Tribunal Supremo, las cuales conviene examinar separadamente.

La sentencia de apelación consideró que en diversos párrafos de la fundamentación jurídica de la demanda se había señalado expresamente el carácter «deliberado» o «consciente» de la omisión del deber de establecer controles internos en el área afectada que redujeran la exposición de la sociedad al riesgo de verse implicada en el fraude tributario, por lo que insiste en que únicamente cabrá establecer lo que la sentencia denomina el juicio de responsabilidad a partir de la constatación de una omisión «deliberada» o «consciente» del deber de implementar los sistemas de control (apartados 16 a 18).

De conformidad con el relato de los hechos alegados por la demandante, en julio (septiembre, según la Sentencia del Tribunal Supremo) del 2013 tuvo lugar una reunión entre los consejeros y los responsables del área afectada en la que, según la sociedad demandante y recurrente, se habría informado a los demandados del riesgo de im-

plicación de la sociedad en el fraude fiscal; asimismo, en ella, lejos de reducir la exposición de la sociedad a tal riesgo, los consejeros demandados decidieron incrementar los incentivos de los comerciales y provocar de este modo un incremento de la facturación del área. En este contexto, los sistemas de pago aplicados a los proveedores (adelanto de pagos sin factura) y clientes (régimen de pospago) facilitaron la comisión del fraude fiscal mediante la financiación de los implicados. La sociedad acabaría pagando un impuesto sobre el valor añadido que finalmente no se pudo deducir y tuvo que reintegrar al Tesoro Público, con el consiguiente daño patrimonial.

Este fundamento de la responsabilidad es rechazado por la sentencia de apelación por dos razones:

- En primer lugar, porque se consideró probado que en esa reunión los consejeros recibieron información de riesgos económicos, financieros o de actividad y que incluso se hizo referencia a ciertos riesgos «desconocidos» derivados de un incremento relevante de la facturación con determinados proveedores (apartado 27), pero no se acreditó que se informase específicamente de la existencia de un riesgo de implicación de la sociedad en el fraude fiscal. En estas condiciones no procedía exigir responsabilidad por la omisión «deliberada» de llevar a cabo controles dirigidos a aminorar la exposición de la sociedad a verse implicada en la trama fraudulenta.
- En segundo lugar, porque, si bien se consideró probado que la decisión

de incrementar la facturación del área mediante la mejora de incentivos a los comerciales y los sistemas de pago aplicados a proveedores y clientes tuvieron una influencia causal en la producción del daño, ese daño no sería imputable a los administradores por aplicación del criterio de exclusión de la imputación objetiva de la «prohibición de regreso». La sentencia declaró que «medió la intervención de terceros dentro de la propia compañía que, son sus particulares componendas con los defraudadores, posibilitaron la actividad defraudatoria de estos últimos, aprovechándose de la operativa instalada en el área RIV y sin que dicha intervención no tendría por qué haberse producido una actividad defraudadora achacable a Cableuropa». De conformidad con este razonamiento, no era posible «apreciar el elemento causal imprescindible para el juicio de responsabilidad de los demandados» (apartados 34 a 37).

El razonamiento de la sentencia es aceptable, aunque todavía es posible alguna precisión que creemos puede servir para aclarar su alcance.

La omisión de un deber de evitar el daño es siempre una causa «mediata» de producción del daño (*ex nihilo nihil fit*) que se inserta en un proceso causal complejo en el que forman parte del curso lesivo otras circunstancias que «inmediatamente» son las que provocan la lesión (*v. gr.*, la intervención de trabajadores que de forma ilícita implicaron a la sociedad en el fraude del impuesto sobre el valor añadido que culminaría con la pérdida de la

deducibilidad de las cuotas y la consiguiente obligación de devolverlas). De este modo, cuando la responsabilidad se fundamenta en una omisión, como también ocurre cuando se aplica la «prohibición de regreso», lo importante es identificar si el sujeto responsable se encontraba en posición de garante respecto de la evitación de los daños causados en el momento en que se produjeron los hechos, en cuyo caso no procede atribuir la responsabilidad al comportamiento de los trabajadores, aunque éste sea ilícito e incluso delictivo. Como los administradores desconocían la existencia del riesgo de implicación de la sociedad en la trama fiscal, no podía afirmarse la existencia de dicha posición de garantía *ni*, por tanto, de la responsabilidad.

En todo caso, es preciso recordar que, si la responsabilidad se basaba en el dolo (no entendido como una intención de dañar, sino como consciencia de la antijuridicidad de la conducta), la falta de prueba del dolo excluye por sí sola la responsabilidad, sin necesidad de aplicar los criterios de exclusión de la imputación objetiva (del comportamiento o del resultado), que están pensados para resolver problemas de imputación negligente de daños en el marco de cursos causales complejos (*cfr.* la STS núm. 732/2014, de 26 de diciembre).

2.2. *Deberes de cumplimiento normativo y deber general de diligencia*

El Tribunal Supremo analiza la cuestión de modo distinto a como lo hizo la Audiencia Provincial porque en el recurso de casación interpuesto por la

sociedad demandante se insistió en que se revisara la sentencia de instancia tomando en consideración la infracción del deber de diligencia en el desempeño del cargo en lo que se refiere a la omisión del establecimiento de sistemas de control del riesgo fiscal, con independencia de que dicha omisión fuera o no «deliberada» (FD décimo noveno de la Sentencia del Tribunal Supremo). Con ello se trataba de orillar el tema del «conocimiento» por los administradores demandados de la implicación de la sociedad en el fraude fiscal que sólo aparecía acreditado, según la sentencia de apelación, a partir del mes de febrero del 2014, aunque el Tribunal Supremo retrasaría ese momento hasta el 30 de abril siguiente.

El recurrente afirmaba que en la fase previa a julio del 2013 (antes de la apertura de la inspección fiscal) y posteriormente (hasta febrero del 2014) ya eran insuficientes los controles de detección del riesgo fiscal implementados en el área de negocio de voz internacional. Durante ese periodo se había producido un incremento considerable de la facturación del área de negocio que no se correspondía con un incremento de la rentabilidad por tratarse de un fraude «masivo» del impuesto sobre el valor añadido. Esto debió llamar la atención de los administradores demandados, quienes, ya entonces, habrían infringido sus deberes de información y vigilancia: si los hubieran cumplido, habrían podido detectar los indicios de fraude y habrían establecido controles dirigidos a minorar la exposición al riesgo. Esto podría haber evitado que la sociedad se viera implicada en la trama que a

la postre determinó la obligación de devolver las cuotas deducidas.

La sentencia del Tribunal Supremo rechaza el recurso en un escueto párrafo donde afirma que, si bien el deber de diligencia de los administradores conlleva un deber de cumplimiento normativo «en este caso de orden fiscal o tributario», dicho deber «debe ir precedido del conocimiento de la posible infracción legal», por lo que el comportamiento de los demandados sólo resultaría relevante a efectos de responsabilidad «a partir del momento en que tuvieron algún conocimiento del riesgo fiscal en que estaba incurriendo la sociedad» (FD décimo noveno, apartado 3).

Se trata de un razonamiento que, cuando menos, presenta un déficit argumentativo o que al menos no está en la línea de lo que generalmente se conoce en la práctica como «deberes de cumplimiento normativo».

No cabe duda de que la diligencia en el desempeño del cargo exige a los administradores que cumplan la ley (deber de legalidad) y que también es exigible a los administradores que establezcan un sistema de control interno dirigido a que la sociedad cumpla con sus deberes legales (deber de control de la legalidad).

El establecimiento de este tipo de sistemas de control interno (*compliance*) que afectan al conjunto de la organización empresarial corresponde originalmente al órgano de administración, situado en la cúspide de la estructura de poder de la organización de empresarial y no puede ser delegado en

trabajadores subordinados. Contra lo que parece querer indicar la Sentencia del Tribunal Supremo, no es necesario que los consejeros conozcan la existencia de un riesgo de «posible infracción legal» para que surja el deber de cumplimiento normativo o deber de control de la legalidad. Al contrario, la disposición de un sistema organizativo interno que facilite la detección temprana de riesgos, incluso de riesgos de incumplimiento de la normativa tributaria, tiene por finalidad precisamente permitir que los administradores puedan llegar a conocer la existencia de los riesgos que puedan afectar a la sociedad y adopten de forma temprana las medidas que sean necesarias para que dicho riesgo no se actualice en un daño. En el caso se consideró probado que la empresa contaba con un «sistema multinivel de gestión de riesgos» (apartado 51 de la SAP Madrid), por lo que no se puede considerar infringido el deber genérico de cumplimiento normativo.

Dicho lo anterior, la responsabilidad de los administradores no se agota en el establecimiento de esos sistemas internos de control de riesgos, sino que además deben emplear cierta diligencia en la vigilancia y control constante de su debido funcionamiento. No es necesario para deducir la responsabilidad que los administradores conozcan del riesgo fiscal en que estaba incurriendo la sociedad, sino que tal responsabilidad puede derivar también del incumplimiento del deber de vigilancia sobre el correcto funcionamiento del sistema de control de riesgos.

Lo que ocurre es que, a diferencia de lo que sucede con el deber de implantar

el sistema, los deberes de vigilancia, al menos en parte, pueden ser delegados en terceros y, siempre que se delegan funciones en terceros, resulta de aplicación el principio de confianza en la cooperación con división del trabajo como criterio de exclusión de la imputación objetiva. De conformidad con esta idea, los administradores tienen derecho a confiar en que los empleados de la sociedad y los directivos encargados de su control están cumpliendo correctamente sus funciones, hasta que surjan indicios para la desconfianza.

Así adquiere sentido el razonamiento del Tribunal Supremo: según la declaración de hechos probados, los indicios de incumplimiento sólo fueron conocidos por los consejeros a partir del momento en que la Agencia Tributaria manifestó a la sociedad la existencia del fraude fiscal y, por tanto, el riesgo de incurrir en la sanción de pérdida del derecho a la deducción del impuesto sobre el valor añadido soportado.

3. Responsabilidad por incumplimiento de deberes de intervención diligente

3.1. Falta de diligencia en la evitación del daño

De conformidad con el relato de hechos probados por la sentencia de la Audiencia Provincial, el 8 de febrero del 2014 tuvo lugar una reunión entre la Agencia Tributaria y los responsables del área de negocio afectada en la que los inspectores de hacienda manifestaron que «se tenía que comprobar» que la sociedad «no conocía el fraude» porque, en caso contrario, sería «responsable del IVA dejado de ingresar».

En ese momento la sociedad adoptó medidas dirigidas a evitar que la sociedad continuara contratando con los proveedores implicados en la trama, pero los consejeros no observaron la diligencia debida para vigilar que esas medidas («corte del tráfico») fueran cumplidas efectivamente. También se objeta la posterior decisión, ya imputable directamente a los demandados, de revertir las medidas adoptadas para evitar que la clientela se fuera a la competencia o para proteger la imagen de la compañía.

En este contexto no hay lugar para aplicar el criterio de exclusión de la imputación objetiva de la prohibición de regreso porque los administradores ya están en posición de garante: «estamos ante hechos conocidos por los apelados, ante los que éstos tenían facultades de intervención directa, las cuales conscientemente dejaron de ejercitar o ejercitaron contrariando los deberes de diligencia» (apartado 51 de la sentencia). Esta es la razón por la que la acción de responsabilidad resulta parcialmente estimada y la Audiencia condenó solidariamente a los demandados a reintegrar el importe de las cuotas cuya deducción se consideró indebida durante el periodo comprendido entre el 8 de febrero y el 30 de agosto del 2014 (fin del periodo de deducibilidad del impuesto), cantidad que se determina en ejecución de sentencia (art. 219 LEC).

La sentencia del Tribunal Supremo (FD octavo, apartado 5) acepta en lo fundamental este planteamiento, pero corrige la apreciación realizada por el tribunal de instancia sobre el momento concreto en el tiempo en que los

consejeros tuvieron conocimiento de la existencia del fraude fiscal. El Tribunal Supremo afirma que en la reunión celebrada el día 8 de febrero del 2014 «no intervino ningún consejero» y que «sólo puede afirmarse con seguridad que los consejeros tomaron pleno conocimiento de los hechos cuando recibieron la presentación que prepararon el 28 de abril siguiente las responsables del departamento fiscal, en las que se les daba traslado de la intención de la AEAT de iniciar actuaciones contra Cableuropa», reunión que fue el antecedente inmediato de otra que tuvo lugar el 30 de abril del 2014 en la que la Agencia Tributaria requirió a los directivos de la sociedad para que «cortaran la línea de negocio con los proveedores investigados», requerimiento que no fue atendido por los administradores demandados o fue atendido de modo no diligente.

Por esta razón considera que «a tenor de los criterios de imputación objetiva señalados para evitar que el sujeto negligente responda de cualquier consecuencia remota, improbable o indirecta que pudiera derivarse de su conducta, consideramos que los consejeros incurrieron en la negligencia señalada por la Audiencia Provincial no el 4 de febrero, sino el 30 de abril del 2014» (FD décimo octavo, apartado 6, de la Sentencia del Tribunal Supremo) y estima el recurso de casación interpuesto por los demandados para reducir todavía más la condena que se limita al importe de las cuotas devengadas entre el 30 de abril y el 30 de agosto del 2014 (fecha final de devengo del impuesto), que se determinarán en ejecución de sentencia.

3.2. *Deberes de evitación de daños y «business judgement rule»*

Llegados a este punto, es preciso analizar la que puede considerarse la cuestión más novedosa de la sentencia, que consiste en determinar si las decisiones que adoptaron los demandados para evitar la causación del daño (el denominado "corte del tráfico") e incluso la decisión de revertir la anterior para proteger la imagen de la compañía o evitar un daño mayor por pérdida de clientela son decisiones estratégicas cubiertas por el margen de discrecionalidad empresarial (226 LSC).

Ésta es una cuestión que aborda la sentencia del Tribunal Supremo en el fundamento de derecho décimo octavo y que rechaza de plano por entender que este tipo de decisiones no son encuadrables en el ámbito de las «decisiones estratégicas y de negocio» y que la Audiencia Provincial no incurrió en ningún juicio *ex post facto* viciado por cierto sesgo retrospectivo.

En nuestra opinión, la decisión del tribunal es correcta. La responsabilidad de los administradores en este caso no deriva de la adopción de una decisión más o menos arriesgada en el marco del desarrollo de la actividad empresarial, sino de la infracción del deber de velar porque la sociedad cumpla con sus obligaciones legales. La participación de la sociedad en una trama de fraude tributario es una conducta ilegal y el daño que se reclama deriva de la sanción impuesta a la sociedad como consecuencia de dicha infracción.

No procede en estos casos aplicar la regla de la discrecionalidad empresarial, que sirve a la concreción del estándar de diligencia del ordenado empresario y ello sin necesidad de entrar a conocer si los consejeros salientes tenían o no un interés personal

en evitar que este escándalo fuera conocido en el delicado contexto de la toma de control de la compañía y que podría poner en peligro el derecho a cobrar sus retribuciones «a la salida» (apartado 43 de la sentencia de la Audiencia Provincial).

Práctica Societaria

Práctica registral

Modificaciones al Reglamento del Registro Mercantil en relación con la interconexión de registros (RD 442/2023, de 13 de junio)

El Real Decreto 442/2023, de 13 de junio (publicado en el *BOE* de 14 de junio) modifica el Reglamento del Registro Mercantil (RRM), para completar la transposición a nuestro ordenamiento —llevada a cabo por la Ley 11/2023, de 8 de mayo (publicada en el *BOE* de 9 de mayo)— de la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del derecho de sociedades.

Mediante este Real Decreto se completa la transposición de la citada Directiva en lo que se refiere a interconexión de registros de países de la Unión Europea.

Se introducen las siguientes modificaciones en el RRM, que entrarán en vigor el 9 de mayo de 2024:

- *Artículos 308 quinquies a 308 septies* en la nueva sección 3ª del capítulo XI del título II («Información societaria europea y su acceso mediante la plataforma central europea y el Identificador Único Europeo (EUID)»): regulan el intercambio de información a través del sistema de interconexión con la plataforma central europea.
 - El intercambio de información a través de este sistema, facilitará a los interesados la obtención de información sobre determinados datos registrales de

las sociedades, entre otros, (a) nombre, forma jurídica, domicilio, Estado miembro donde está registrada, número de registro y EUID, (b) escritura de constitución, estatutos y modificaciones estatutarias, (c) nombramiento, cese (incluido el cese por inhabilitación) e identidad de apoderados y administradores, (d) capital suscrito (si existe cifra de capital autorizado), (e) cuentas anuales (f) disolución (g) resolución judicial que declare la nulidad de la sociedad, (h) nombramiento, identidad y poderes de los liquidadores e (i) inscripción de la escritura de extinción de la sociedad.

- El intercambio de información a través de este sistema, facilitará a los interesados la obtención de información sobre determinados datos registrales de las sociedades, entre otros, (a) nombre, forma jurídica, domicilio, Estado miembro donde está registrada, número de registro y EUID, (b) escritura de constitución, estatutos y modificaciones estatutarias, (c) nombramiento, cese (incluido el cese por inhabilitación) e identidad de apoderados y administradores, (d) capital suscrito (si existe cifra de capital autorizado), (e) cuentas anuales, (f) disolución, (g) resolución judicial que declare la nulidad de la sociedad, (h) nombramiento, identidad y poderes de los liquidadores, e (i) inscripción de la escritura de extinción de la sociedad. El intercambio de información a través de este sistema, facilitará a los interesados la obtención de la siguiente información sobre sucursales de sociedades de otros Estados

miembros: (a) domicilio de la sucursal, (b) actividades de la sucursal, (c) número de Registro de la sociedad y su EUID, (d) denominación y forma jurídica de la sociedad y denominación de la sucursal (si no coinciden), (e) nombramiento, cese (incluido el cese por inhabilitación) e identidad de apoderados y administradores de la sociedad y representantes permanentes de la sucursal, (f) disolución de la sociedad, (g) nombramiento, identidad y poderes de los liquidadores, (h) extinción de la sociedad, (i) procedimientos de insolvencia, (j) cuentas anuales y, en su caso, cuentas consolidadas y (k) cierre de la sucursal.

- Los Registros Mercantiles notificarán (sin demora) a través del sistema de interconexión de registros mercantiles, las modificaciones de los datos de las sociedades matrices inscritas en España que tengan sucursales en otros Estados miembros, tales como denominación, domicilio, número de registro, forma jurídica de la sociedad, modificaciones relativas a al nombramiento, cese de funciones e identidad de apoderados y administradores y depósito de documentos contables, incluyendo la apertura y clausura de procedimientos de liquidación e insolvencia y extinción de la sociedad, así como notificación de la apertura, cierre y supresión del registro de las sucursales de sociedades de otros Estados miembros inscritas en España.

- *Disposición final séptima:* regula las tasas de acceso a documentación e información a través del sistema de interconexión de registros (que no serán superiores a su coste administrativo, incluido el coste de desarrollo y mantenimiento de los Registros), así como el

listado de documentos e información que se facilitará de manera gratuita: denominación y forma jurídica de la sociedad, domicilio y Estado en la que está registrada, número de registro y EUID, sitio web, estado de la Sociedad —si ha sido cerrada, suprimida del registro, disuelta, liquidada o está económicamente activa o inactiva—, objeto social, apoderados y administradores e información sobre cualquier sucursal de la sociedad en otro Estado miembro, que incluya la denominación, EUID y Estado miembro en que esté inscrita la sucursal.

El intercambio de cualquier información a través del sistema de interconexión será gratuito para los Registros.

En los casos de documentos remitidos al registro por correo, el asiento de presentación se practicará cuando se proceda a la apertura del correo recibido en el día (RDGSJFP de 12 de mayo de 2023)

Se rechaza la inscripción del nombramiento de un auditor voluntario resultante de una certificación emitida por el administrador de la sociedad y enviada por correo al Registro Mercantil de Madrid por considerar el registrador que, a la fecha de presentación, la hoja registral se encontraba cerrada por transcurso de un año desde la fecha del cierre del ejercicio social sin que se hubieran depositado las cuentas anuales debidamente aprobadas.

La sociedad recurre argumentando que remitió el certificado de designación del auditor por medio de correo certificado en fecha anterior al transcurso del año desde la fecha de cierre del ejercicio social.

El centro directivo, en su Resolución de 12 de mayo de 2023 (BOE núm. 130, de 1 de junio) recuerda

que según el artículo 52.3 RRM, en el caso de que el Registrador acepte extender asiento de presentación de títulos enviados por correo, dicho acto se realizará «al final del día». Esa es la razón por la que confirma la calificación registral y rechaza la inscripción, considerando que el recurso confunde, dentro del procedimiento registral, la fecha en que se remite un documento al Registro por medio de envío postal con la fecha de su asiento en el Libro Diario, siendo esta última la que determina el comienzo del procedimiento registral. Aclara que, tratándose de documentos remitidos al Registro por correo, el asiento de presentación sólo puede practicarse cuando el documento acceda a la oficina registral, practicándose el asiento de presentación en el momento en que se proceda a la apertura del correo recibido en el día (art. 418 del Reglamento Hipotecario, en conexión con el art. 80 del RRM).

Sucursales

Modificaciones al Reglamento del Registro Mercantil en relación con la constitución en línea y registro de sucursales de otros Estados miembros de la UE (RD 442/2023, de 13 de junio)

El Real Decreto 442/2023, de 13 de junio —citado en este mismo Boletín *supra*— introduce también cambios en el RRM en lo que se refiere a constitución en línea y registro de sucursales en España de otros Estados miembros de la Unión Europea (UE).

Los cambios más significativos, que entrarán en vigor el 9 de mayo de 2024, son los siguientes:

- *Artículo 94 bis*: regula el identificador único europeo (EUID) que se asignará a las sociedades de capital y a las sucursales de otros Estados miembros, para identificarlas de manera inequívoca en las comunicaciones a través del sistema de interconexión de registros mercantiles.
- *Artículos 308 bis a 308 quater* en la sección 2ª del capítulo XI del título II (que queda con la rúbrica «De la inscripción de los empresarios y sus actos»): regulan la creación y cierre en línea de sucursales de sociedades establecidas en otros Estados miembros de la UE.
 - Las sociedades de otro Estado miembro podrán crear una o varias sucursales en cualquier lugar del territorio nacional por el procedimiento enteramente *on line* previsto para la constitución de sociedades de responsabilidad limitada —sin perjuicio de poder seguir utilizando otros procedimientos ya previstos en la ley—, pudiendo presentarse asimismo *on line* cualquier información y documentación relativa a la creación primera o sucesivas, actos posteriores o cierre de la sucursal.
 - La inscripción de las sucursales se realizará en el plazo máximo de diez días laborales tras la recepción por el Registrador Mercantil de la siguiente información: (a) documentación que acredite la existencia de la sociedad y donde consten sus datos identificativos (denominación, forma jurídica, domicilio, datos registrales y EUID), así como los datos de los administradores y los cargos que ostentan; (b) documento por el que se establezca la sucursal; (c) cualquier mención que, en su caso, identifique a la sucursal; (d) domicilio de la sucursal; (e) actividades encomendadas a la sucursal; (f) identidad de los representantes permanentes, con expresión de sus facultades. No es de aplicación el artículo 302.3 RRM.

- El cierre en línea de la sucursal se registrará por el mismo procedimiento establecido para la extinción de la sociedad, debiendo aportarse el acuerdo de cierre de la sucursal adoptado por el órgano competente de la sociedad.

Sociedades profesionales

Para inscribir una sociedad profesional no es necesario acreditar la existencia de un seguro de responsabilidad a su favor (RDGSJFP de 24 de mayo de 2023)

Para inscribir la constitución de una sociedad profesional en el Registro Mercantil no es necesario acreditar la contratación del seguro previsto en el artículo 11.3 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales (las sociedades profesionales deben contratar un seguro «que cubra la responsabilidad en la que estas puedan incurrir en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social»).

Así lo afirma el centro directivo en su Resolución de 24 de mayo de 2023 (BOE núm. 148, de 22 de junio) pues, por lo que se refiere a la inscripción en el Registro Mercantil, esta viene regulada en el artículo 8.2 de la Ley de Sociedades Profesionales, que establece el contenido mínimo que el registrador debe exigir «sin perjuicio que se puedan hacer otras circunstancias que estime oportuno, pero sin que la omisión de estas pueda originar una calificación negativa que impida la inscripción. Y entre las circunstancias del artículo 8.2 no se incluye el seguro previsto en el artículo 11.3, y sin que este artículo haga mención alguna a su necesaria constancia en el Registro Mercantil»

Constitución y estatutos

Constitución enteramente *on line* de sociedades de responsabilidad limitada con aportaciones dinerarias (Ley 11/2023, de 6 de mayo)

La Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos introduce cambios en la Ley de Sociedades de Capital, para posibilitar la constitución de determinadas sociedades de capital mediante un procedimiento enteramente *on line*, sin necesidad de que los socios fundadores tengan que comparecer presencialmente ante notario.

Estos cambios son consecuencia de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del derecho de sociedades.

La LSC introduce las siguientes novedades en los nuevos artículos 22 *bis*, 40 *bis*, 40 *ter* y 40 *quater* y nuevo apartado tercero del artículo 213:

- Sin perjuicio de poder seguir utilizando los procedimientos ya previstos en la ley, las sociedades de responsabilidad limitada, y únicamente en aquellos casos en que las aportaciones de los socios sean dinerarias, podrán constituirse por un procedimiento enteramente *on line*.
- Estas aportaciones dinerarias serán efectuadas mediante un instrumento de pago

electrónico de amplia disposición en la Unión Europea, que permita la identificación de la persona que realizó el pago, y debe ser proporcionado por un prestador de servicios de pago electrónico o entidad financiera establecida en un Estado miembro.

- La documentación, valoración y transmisión de las aportaciones dinerarias serán instrumentadas electrónicamente, correspondiendo al notario, cuando sea necesario, la comprobación de que se ha acreditado la realidad y, en su caso, la valoración de las aportaciones (sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 62.2 LSC).
 - Los otorgantes podrán utilizar en la escritura pública notarial el modelo de constitución con estatutos tipo, cuyo contenido se determinará reglamentariamente.
 - El Ministerio de Industria, Comercio y Turismo junto el Ministerio de Justicia, procederán a introducir las modificaciones necesarias en los modelos electrónicos para la constitución electrónica (Documento Único Electrónico, estatutos tipo y escritura pública estandarizada) e incluirlos en su respectiva sede electrónica. El otorgamiento de la escritura pública y su inscripción se realizará conforme a la normativa notarial y registral, respectivamente.
 - Cuando se utilicen escrituras en formato estandarizado con campos codificados y estatutos tipo, la inscripción (por el Registro Mercantil correspondiente al domicilio social) se llevará a cabo en el plazo de las seis horas hábiles contadas desde el día siguiente al de la fecha del asiento de presentación o, en su caso, al de la fecha de devolución del documento retirado; a estos efectos se consideran horas hábiles las que queden comprendidas dentro del horario de apertura fijado para los registros. En los demás casos, la calificación e inscripción se llevará a cabo en un plazo máximo de cinco días laborables contados desde el siguiente al de la fecha del asiento de presentación o, en su caso, al de la fecha de devolución del documento retirado.
 - Aunque en la constitución enteramente *on line* no se requiere la comparecencia presencial de los socios fundadores ante notario, por razones de interés público y en orden a evitar cualquier falsificación de identidad, el notario podrá, a los efectos de comprobar la identidad exacta del fundador, requerir la comparecencia física del interesado por una sola vez. Del mismo modo, dicha comparecencia física podrá ser exigida por el notario en orden a la completa comprobación de la capacidad del otorgante y, en su caso, sus efectivos poderes de representación. En estos supuestos, el notario deberá anexar a la escritura los motivos por los que se ha exigido la presencia de los comparecientes.
 - Podrá tomarse en consideración cualquier inhabilitación o información pertinente a efectos de inhabilitación vigente en otro Estado miembro de la Unión Europea.
 - También podrán realizarse *on line* las demás operaciones inscribibles y las dirigidas al cumplimiento de obligaciones legales de la vida de las sociedades que se constituyan por este procedimiento.
- Si bien las modificaciones a la LSC anteriormente mencionadas entraron en vigor el 10 de mayo — el día siguiente a su publicación en el *BOE*—, las modificaciones a la Ley del Notariado, reguladas en el artículo 34 de la Ley 11/2023, de 8 de mayo, sobre la digitalización de actuaciones notariales (incluyendo la constitución telemática de sociedades), entrarán en vigor a los seis meses de su publicación en el *BOE*. Por esta razón y dada la necesidad de desarrollar reglamentariamente

determinadas modificaciones en los modelos electrónicos para la constitución enteramente *on line*, en la práctica cabe esperar que este procedimiento esté listo cuando entren en vigor las citadas medidas sobre digitalización de actuaciones notariales.

No es inscribible la disposición estatutaria que prevé la convocatoria de la junta general mediante correo ordinario (RDGSJFP de 10 de mayo de 2023)

Se presentó a inscripción la escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada cuyos estatutos preveían que la junta general sería convocada «por conducto notarial, correo ordinario, burofax o correo electrónico con acuse de recibo o cualquier otro procedimiento de comunicación individual o escrito, siempre que el medio elegido asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio señalado al efecto».

El registrador mercantil acordó no practicar la inscripción de la referida disposición estatutaria porque, según su criterio, el correo ordinario no constituye un procedimiento que garantice la recepción de la convocatoria por los socios, según exige el artículo 173 LSC, por lo que debe preverse que la comunicación se efectúe con «acuse de recibo». La nota de calificación fue confirmada en cuanto a este punto por la RDGSJFP de 10 de mayo de 2023 (BOE núm. 130, de 1 de junio).

La Dirección General señaló que el artículo 173 LSC pretende garantizar al socio una publicidad de la celebración de la junta que le permita conocer, con la suficiente antelación, las cuestiones sobre las que es llamado a pronunciarse y reflexionar detenidamente sobre el sentido del voto a emitir. De ahí que, para enjuiciar la admisibilidad de los procedimientos individuales de convocatoria de la junta general establecidos estatutariamente en sustitución de la publicación en la

página web corporativa o en el *BOE* y en un diario, deba examinarse si tales procedimientos satisfacen las exigencias legales.

Pues bien, según recuerda el centro directivo, la doctrina registral ha venido manteniendo que el envío de la convocatoria por correo certificado con acuse de recibo cumple dichas exigencias. Lo mismo sucede con el envío de la convocatoria mediante burofax con certificación de acuse de recibo; e incluso con el correo electrónico, siempre que se combine con un mecanismo de verificación de su recepción por los socios destinatarios del anuncio de convocatoria. Pero en el caso objeto de la Resolución de 10 de mayo de 2023, la cuestión que se planteaba era diferente: se trataba de determinar si el correo ordinario (sin más añadidos) puede considerarse como uno de los sistemas de convocatoria de juntas generales admisibles a la luz del artículo 173.2 LSC.

La Dirección General respondió a esta cuestión negativamente basándose en que, según se deduce de la Ley 43/2020, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, no existe garantía de entrega para el correo ordinario. En este sentido, la resolución reseñada apuntó que el servicio de entrega certificada se presenta como un servicio adicional al mero correo ordinario (art. 16 Ley 43/2020), de tal manera que, del servicio de envío de correspondencia ordinario, se distingue el servicio de envío certificado en el que se facilita al remitente de un envío «a petición del mismo y previo pago del importe que corresponda, resguardo acreditativo de su admisión, donde conste la fecha y hora de su presentación, y asimismo de su recepción por el destinatario...».

De todo lo cual deduce el centro directivo que el correo ordinario «no comprende, por determinación legal, la posibilidad de asegurar la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad» en los términos establecidos por el artículo 173 LSC. Con la

precisión complementaria de que, como sucedió en este caso, no cabría siquiera recurrir a establecer estatutariamente que el envío se haría con acuse de recibo por cuanto el correo ordinario carece, por disposición legal, de la posibilidad de gozar de tal servicio adicional (esto es, de la acreditación de la recepción por el destinatario), que sólo se presta en los supuestos de envíos certificados.

Cabe observar, por último, que la Dirección General sigue sin aclarar la razón por la cual la remisión de la convocatoria mediante una carta certificada, un burofax o un correo electrónico con acuse de recibo (o con un mecanismo análogo de verificación de la entrega) garantiza la recepción de la convocatoria en mayor medida que su remisión sin contar con este servicio adicional (siendo así que, en rigor, el acuse de recibo se limita a proveer la prueba de que la convocatoria ha llegado a su destinatario —cuando ha llegado—, pero no parece asegurar la recepción más allá de lo que lo hace, por sus propias características, el propio sistema de comunicación elegido).

Junta general

Salvo situaciones extremas de falta de autenticidad, todos los títulos que satisfagan los mínimos formales del procedimiento registral han de tener acceso al mismo (RDGSJFP de 8 de junio de 2023)

Se solicita la inscripción de unos acuerdos adoptados en junta general universal de cese de administradores mancomunados y nombramiento de nuevos administradores. Accede asimismo al Registro Mercantil una solicitud de convocatoria presentada por el administrador mancomunado cesado, quien alega ser titular del 50% de las participaciones de la sociedad y, para acreditarlo, acompaña copia de la escritura de aceptación y adjudicación de la herencia de su madre.

El registrador, a la vista de la escritura de herencia, duda sobre si pudo haberse realizado una junta universal porque no concurrió a esa reunión el administrador cesado, quien se arroga la titularidad del 50% del capital social en esa escritura (que acompañaba a la solicitud de convocatoria de la junta general). Dado que califican conjuntamente todos los documentos, se decide denegar la inscripción de los acuerdos por entender que son «incompatibles» entre sí (en realidad sus dudas se refieren al carácter «universal» de la junta general celebrada).

La Dirección General, en su resolución de 8 de junio de 2023 (BOE núm. 154, de 29 de junio), recuerda que, aun cuando en principio el presidente de la junta es la persona llamada a declarar válidamente constituida la misma, el registrador no queda vinculado siempre y en todo caso por la actuación del presidente cuando la declaración de éste resulte contradicha por la documentación aportada y los asientos del Registro Mercantil en términos tales que aquella no puede mantenerse. Para que así sea es preciso que de los hechos derive una situación de conflicto tal que resulte patente la falta de legalidad y acierto de la declaración de la mesa. Así ocurre cuando existen juntas contradictorias, o cuando existen dos listas de asistentes diferentes o dos Libros Registros diferentes o cuando se prescinde de la legitimación que como socios corresponde a los herederos del socio fallecido mientras no se haya consumado el ejercicio por los socios sobrevivientes del derecho de adquisición preferente establecido en su favor por los estatutos, circunstancias todas ellas que impiden tener por debidamente realizada la declaración de válida constitución de la junta.

En todo caso la Dirección General se muestra especialmente cautelosa con esta cuestión y llama la atención de esta forma: «el sesgo interpretativo para hacer uso de esta excepción ha de ser especialmente riguroso, pues no se trata de que la actuación de la mesa de la junta ofrezca alguna duda en cuanto a su acierto, sino que, justo

al revés, es su equivocación la que debe resultar indudable por evidente. En la duda, es decir, si puede haber razones que justifiquen su actuación, por mucho que al registrador le parezcan poco atendibles, se ha de pasar por la declaración de aquélla. A partir de ahí, ya es cometido judicial anular el acuerdo».

Dicho lo anterior, analiza el caso concreto: existe un conflicto entre el testamento de la madre (que sirvió de base a la escritura de la adjudicación de herencia) y un «doble contrato de matrimonio y herencia» del que resultaría que el usufructuario de todos los bienes (incluidas las participaciones sociales de la sociedad en cuestión) sería su cónyuge hasta el fallecimiento de este.

Concluye el centro directivo que no puede afirmarse que la mesa de la junta hubiera acertado al aceptar para su constitución con carácter universal la presencia de alguien distinto del heredero nudo propietario, pero que pudo tener razones para ello, por mucho que resulten discutibles y aunque finalmente no se acepten por un juez en caso de impugnación. Y en estas condiciones considera que debe prevalecer el criterio del presidente de la Junta General:

«Esa mera apariencia ha de ser suficiente para aceptar su inscripción, al menos, por este motivo, dando así a la sociedad la posibilidad de superar una aparente situación de bloqueo de su órgano de administración, y con ello de defensa de sus intereses ante las acusaciones —quizá, infundadas— que lanza contra el administrador cesado. Al no inscribir un título con el argumento de que el registrador no debe tomar partido en el conflicto revelado se olvida que así se está resolviendo dicho conflicto, de momento, a favor de quien esté interesado en el mantenimiento de la situación registral existente, puesto que consigue su objetivo, sin necesidad de impugnar el acuerdo cuestionado. Por ello, salvo situaciones extremas de falta de autenticidad, todos los títulos que satisfagan

los mínimos formales del procedimiento registral han de tener acceso al mismo».

En igual sentido, varias resoluciones de la misma fecha.

Administradores

Infracción del deber de lealtad y actos propios (SAP Madrid 209/2023, de 3 de marzo)

Un socio minoritario de una sociedad anónima de carácter familiar ejercitó la acción social de responsabilidad contra los administradores de la compañía (sus hermanos) alegando la infracción por éstos de sus deberes de lealtad. Básicamente argumentaba que la compañía había concedido una serie de préstamos a sus socios y administradores (incluido el propio demandante), sin que se hubiera instado su restitución ni el cobro de intereses y sin que los administradores se hubieran abstenido al decidir sobre la concesión de dichos préstamos en la medida en que les favorecían.

El recurso de apelación interpuesto por el actor frente a la sentencia desestimatoria de primera instancia fue igualmente desestimado por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28ª) 209/2023, de 3 de marzo [ECLI:ES:APM:2023:2761]. La decisión de la Audiencia se fundamentó, en sustancia en las siguientes consideraciones:

- a) En el momento de la concesión de los préstamos en cuestión, los prestatarios (todos ellos hermanos) no eran administradores de la sociedad, sino meramente socios. La administración estaba en aquellas fechas encomendada a la madre de los beneficiarios por lo que, formalmente, la decisión de conceder aquellos préstamos no resulta imputable a los demandados en calidad de

tales administradores, exigencia primordial para que prospere la acción del artículo 238 LSC. En efecto, no es posible —como pretendía la demanda— imputar a los demandados la infracción de los deberes de lealtad recogidos en el artículo 229 LSC (en particular, del deber de abstenerse de realizar transacciones con la sociedad y del deber de no hacer uso de los activos sociales a su favor) por la sencilla razón de que, cuando se produjeron los hechos enjuiciados, los demandados no eran administradores sociales, por lo que no pesaban sobre ellos dichos deberes.

- b) Aunque lo anterior habría bastado para desestimar la demanda en la forma en la que fue articulada, la sentencia ahora reseñada puso de manifiesto una segunda circunstancia que impedía —igualmente de manera radical— la estimación de la demanda: el actor había sido administrador de la compañía —junto con los demandados— entre abril de 2015 y julio de 2016 sin que en ningún momento elevara objeción o protesta alguna en relación con la situación contable y financiera de la compañía. Y, al igual que sus restantes hermanos (socios), antes de esas fechas había recibido anticipos de la compañía.

A la vista de estos hechos, la Audiencia entendió que quién se había beneficiado de la concesión por la sociedad de préstamos y adelantos de manera continua (tal y como ocurría con los demás socios y hermanos desde antiguo) y había recibido entregas en concepto de reparto del haber social resultantes de la venta de activos inmobiliarios siendo, no ya socio, sino administrador de la misma (al igual que los demás demandados), «no puede luego reprochar ese mismo comportamiento frente a los demás miembros del Consejo, sin que dicha reclamación suponga venir contra los actos propios del demandante, reveladores de la asunción pacífica y expresa de aquellos hechos».

En suma, no es solo que el actor hubiera consentido el comportamiento que ahora denuncia, sino que participó activamente en el mismo. De un lado, al favorecerse también él de préstamos y adelantos de la sociedad (como el resto de hermanos y socios). De otro, y en cuanto administrador, al haber acordado y obtenido la entrega de bienes sociales, al igual que el resto de hermanos y socios. Por ello, exigir en estas condiciones responsabilidades a los demás miembros del consejo de administración supone un comportamiento contrario a la confianza creada en el seno de esa sociedad por sus previos actos, constantes y mantenidos a lo largo del tiempo.

Dos apoderados mancomunados pueden conferir a un tercero parte de sus facultades para ser ejercidas de forma solidaria (RDGSJFP de 27 de abril de 2023)

Es inscribible una escritura de poder conferido por dos apoderados mancomunados de una sociedad a favor de una tercera persona para que, en nombre y representación de la compañía, pueda hacer uso parcial de las facultades que ellos mismos tenían conferidas (sustitución), disponiendo que algunas de dichas facultades puedan ser ejercitadas de forma solidaria. El Registrador rechaza la inscripción porque considera que, si bien estaban facultados para sustituir el poder, dicha sustitución sólo podría ser mancomunada y no solidaria. Desde este punto de vista, el juicio de suficiencia del notario habría sido erróneo.

El recurso es estimado. La RDGSJFP de 27 de abril de 2023 (BOE núm. 115, de 15 de mayo), dispone que la forma de ostentar el poder los apoderados, significa que se les impone una «determinada forma de ejercicio, en este caso mancomunada, que únicamente condiciona la validez de las declaraciones de voluntad que emitan en ejercicio del poder, como la sustituyente, que habrán de ser de consumo, pero en nada restringe el diseño del poder que otorguen por vía de la sustitución».

Nombramiento como consejero de una persona jurídica y de la persona física designada por la primera para el ejercicio de las funciones propias del cargo (RDGSJFP de 23 de mayo de 2023)

La junta general de una sociedad de responsabilidad limitada acordó nombrar, como integrantes de su consejo de administración, a dos personas físicas (Sres. A y J) y a una persona jurídica que, a su vez, decidió designar como su persona física representante, precisamente, al Sr. J (art. 212 bis LSC).

El registrador mercantil acordó no practicar la inscripción del nombramiento efectuado en los términos expuestos y la DGSJFP resolvió confirmar su nota de calificación en la Resolución de 23 de mayo de 2023 (BOE núm. 143, de 16 de junio).

La cuestión estribaba, por tanto, en decidir si, en relación con un consejo de administración compuesto por tres miembros, resulta inscribible el nombramiento de dos consejeros personas físicas y de un tercero persona jurídica cuando ésta hubiera designado, para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo, a una persona natural que ya había sido elegida para ejercer el cargo de administrador en su propio nombre.

Pues bien, para la Dirección General resultó determinante que, en esta concreta situación, la adopción de acuerdos en el seno del consejo de administración requeriría siempre y necesariamente el voto favorable del consejero (Sr. J), que había de ejercer el cargo en su propio nombre y, además, en representación de otro administrador (se trataría, en rigor, de la emisión de dos votos en el mismo sentido por dos consejeros y no, como apunta la Resolución reseñada, de «*la anuencia del consejero designado en una doble condición*»). Según el centro directivo, esta situación vendría a equivaler a otorgar un derecho de veto a uno de los integrantes del órgano colegiado de

administración, contradiciendo así el principio mayoritario.

De acuerdo con esta doctrina parece que no habría obstáculo de principio para que una sociedad consejera designase como su persona física representante a otro consejero, siempre que con los dos votos no se alcanzara una mayoría en el consejo. Ni tampoco para que una persona jurídica administradora mancomunada nombrara como representante al otro administrador mancomunado persona física. Pero, en cambio, parece que, conforme con este criterio, sería inadmisibles que un grupo de personas jurídicas consejeras que conformasen una mayoría en el consejo designaran a un mismo representante persona física.

En todo caso, se echa de menos que la Dirección General no haya razonado de manera más detenida y matizada para introducir en la argumentación la consideración de que, en el supuesto, no se trataba propiamente de que un consejero pudiera bloquear la toma de decisiones, sino de que una mayoría de consejeros pudiese hacerlo cuando la voluntad de todos ellos (dos en este caso) se manifestara en sentido coincidente (lo que no necesariamente habría de suceder) por un mismo sujeto actuando en diferentes condiciones (en nombre propio y en nombre ajeno). También quedan por analizar las implicaciones de esta doctrina en cuanto a la representación y adopción de acuerdos en la junta general, órgano que también se rige por el principio mayoritario.

Para provocar el cierre registral, la oposición del anterior titular de la facultad certificante al nombramiento del nuevo (art. 111 RRM) sólo puede basarse en acreditar su falta de autenticidad (RDGSJFP de 8 de junio de 2023)

De conformidad con el artículo 111 RRM, la certificación del acuerdo por el que se nombre al titular

de un cargo con facultad certificante, cuando haya sido expedida por el propio nombrado, sólo tendrá efecto si se acompaña de notificación fehaciente del nombramiento al anterior titular, y el registrador no practicará la inscripción de estos acuerdos en tanto no transcurran quince días desde la fecha del asiento de presentación; en este plazo, el titular anterior podrá oponerse a la práctica del asiento si justifica haber interpuesto querrela por falsedad en la certificación o si acredita de otro modo la falta de autenticidad.

La Dirección General, en su resolución de 8 de junio de 2023 (BOE núm. 154 de 29 de junio) aclara que solo la oposición fundada en la justificación de la falta de autenticidad del nombramiento, y no en la mera manifestación contradictoria realizada por el anterior titular, puede servir de base al cierre registral de dicho acuerdo. Además, la interposición de la querrela o la acreditación de la falta de autenticidad del nombramiento no son incompatibles entre sí. Para que se produzca el cierre registral se exige no sólo que se «alegue», sino que se acredite directa e inmediatamente la falta de autenticidad del nombramiento. La interposición de querrela lo único que provoca es una anotación al margen, pero no impide el acceso al registro.

La oposición no puede basarse en cuestiones sustantivas, la nulidad de los acuerdos adoptados, sino en la falta de autenticidad formal del documento presentado. Esta distinción es importante porque el oponente no tiene abierto un trámite de audiencia para expresar su parecer sobre si los acuerdos adoptados son o no conformes a Derecho.

Aumento y reducción de capital

El certificado bancario acredita la realidad de la aportación dineraria

en la fecha de adopción del acuerdo de ampliación de capital —y no en la fecha de emisión del certificado— (RDGSJFP de 30 de mayo de 2023)

Se presenta a inscripción una escritura de ampliación de capital de una SL por importe de 100 euros, más prima de emisión en la cantidad de 99.900€, con aportaciones dinerarias, a la que se acompaña certificación bancaria acreditativa de la realidad de las aportaciones. Dicha certificación, después de especificar los diversos ingresos de los socios, indica que en la fecha de emisión del certificado (dos días después de la fecha del acuerdo de aumento del capital) el saldo de la referida cuenta bancaria abierta a nombre de la sociedad es inferior al que resulta de la suma de la cantidad en que se ha aumentado el capital social y la prima de emisión acordada. La registradora rechaza practicar la inscripción por considerar que a la fecha de emisión de la certificación bancaria no existe la cantidad aportada, por lo que, a su juicio, conforme al artículo 62.1 LSC, el aumento de capital no puede realizarse con aportación dineraria.

El centro directivo, mediante Resolución de 30 de mayo de 2023 (BOE núm. 153, de 28 de junio), revoca la calificación registral y confirma la inscripción, pues considera que la referida certificación bancaria acredita inequívocamente que, en la fecha de adopción del acuerdo cuestionado, la cantidad de la aportación en concepto de aumento de capital social (100 euros) estaba a disposición de la sociedad en la cuenta a su nombre. De este modo, la garantía de la integridad del capital social queda razonablemente satisfecha. Por lo demás, respecto de la prima acordada (y dejando al margen el hecho de que bien pudiera haberse dispuesto por la sociedad de parte de la cantidad a que asciende en el lapso de tiempo transcurrido entre la fecha de adopción del acuerdo de aumento del capital y la de expedición de la certificación bancaria) se cumple lo establecido tanto en el artículo 298.2 LSC [«la prima

deberá satisfacerse íntegramente en el momento de la asunción de las nuevas participaciones sociales (...)»] como en el artículo 198.4 RRM, según el cual, en la escritura se debe expresar: «3.º Que el pago de la prima, si se hubiera acordado, ha sido íntegramente satisfecho en el momento del desembolso».

Audidores y cuentas anuales

Una vez inscrito el nombramiento de auditor, el informe de auditoría debe acompañarse a las cuentas anuales de los ejercicios para los que inicialmente fue designado (incluso si no existe obligación de verificación contable ex art. 263 LSC) (RDGSJFP de 27 de marzo de 2023)

Se rechaza el depósito de cuentas por no acompañarse informe de auditoría cuando existe auditor inscrito para el ejercicio correspondiente.

La sociedad impugna la calificación argumentando que, para el ejercicio correspondiente, no rige el deber de auditar las cuentas anuales por no superar la sociedad, tanto en ese mismo período como en el precedente, los criterios cuantitativos fijados en el artículo 263 LSC.

El centro directivo confirma la calificación y rechaza el depósito de cuentas alegando que, una vez incurso la sociedad en la causa legal de obligación de verificación contable que regula el artículo 263 LSC, para quedar exceptuada de tal obligación es necesario reunir durante dos ejercicios consecutivos dos de las circunstancias que señala la indicada norma. No obstante, se mantiene la obligación de verificación contable, con el consiguiente deber de presentación del informe de auditoría al depositar las cuentas, durante todo el tiempo que dure el nombramiento

inicial, a no ser que el mismo quedase revocado, revocación que, de conformidad con el artículo 264.3 LSC, no puede tener lugar «antes de que finalice el periodo inicial para el que fue nombrado, o antes de que finalice cada uno de los trabajos para los que fue contratado una vez finalizado el periodo inicial, a no ser que medie justa causa».

Para inscribir el nombramiento de administrador único si la hoja registral está cerrada por falta de depósito de cuentas, es posible presentar una certificación del nuevo administrador acreditativa de la causa de la falta de aprobación de las cuentas (RDGSJFP de 8 de mayo de 2023)

Se rechaza la inscripción del nombramiento de administrador único de una sociedad anónima que tiene cerrada su hoja registral por falta de depósito de cuentas. La Dirección General confirma la calificación registral dado que el nombramiento del administrador no es una de las excepciones previstas en el artículo 282.2 LSC para el caso de cierre de la hoja por falta de depósito de cuentas.

No obstante lo anterior, ante el cierre de la hoja que impide la inscripción del nombramiento del administrador único, lo que a su vez impide que éste pueda formular las cuentas no depositadas para que puedan ser aprobadas por la junta general, la Dirección General señala que puede lograrse la inscripción del nombramiento del administrador a través del mecanismo previsto en el artículo 378.5 RRM, que prevé el levantamiento provisional de la sanción —el cierre registral— cuando las cuentas no estuvieren aprobadas por la junta general, siempre que se acredite esta circunstancia mediante certificación del órgano de administración con firmas legitimadas, en la que se expresará la causa de la falta de aprobación o mediante copia autorizada del acta notarial de

junta general en la que conste la no aprobación de las cuentas anuales.

Es necesario validar la firma electrónica en el depósito de cuentas, incluir en la certificación de acuerdos de aprobación de las cuentas la aplicación del resultado e incluir en la hoja de datos generales el periodo medio de pago a proveedores (RDGSJFP de 9 de mayo de 2023)

Se rechaza el depósito de cuentas anuales porque no consta en la certificación de acuerdos la aplicación del resultado del ejercicio (art. 366.1.2º RRM), en la hoja de datos generales no se incluye el periodo medio de pago a proveedores (Orden JUS/616/2022 de 30 de junio) y no puede verificarse la firma electrónica de la persona que firma el certificado.

La Dirección General confirma la calificación mediante Resolución de 9 de mayo de 2023 (BOE núm. 127, de 29 de mayo) en cuanto a la falta de inclusión de la aplicación del resultado y del periodo medio de pago a proveedores, en aplicación de las normas citadas. En cuanto a la falta de verificación de la firma electrónica, 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 consecuencia es que o bien se genera una nueva firma electrónica que pueda ser validada, o bien se presenta el certificado en formato papel y firmado de modo manuscrito por quien, según Registro, esté legitimado para ello.

Recuerda además que no es posible la inscripción parcial del depósito de cuentas.

El acuerdo social de revocación del nombramiento de auditor

debe identificar la causa que justifique la destitución, que debe constar también en la certificación a elevar a público (RDGSJFP de 11 de mayo de 2023)

Se deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos de socio único de revocación de auditor y nombramiento de nuevo auditor porque en tales acuerdos se manifiesta que existe justa causa para la revocación del auditor, pero sin expresar en qué consiste la misma, tal y como exige el artículo 60.3 del Reglamento de la Ley de Auditoría de Cuentas (aprobado por Real Decreto 2/2021, de 12 de enero).

El centro directivo, en su Resolución de 11 de mayo de 2023 (BOE núm. 130, de 1 de junio) confirma la calificación registral.

Es una resolución importante, dado que la práctica registral no era uniforme en el sentido de exigir que en las certificaciones de cese del auditor se especificase cuál era la concreta causa que justificaba ese cese, admitiéndose por la mayoría de los registros que se hiciera constar simplemente que se había producido el cese «por justa causa».

Efectivamente, hasta la aprobación del Reglamento de la Ley de Auditoría de Cuentas, las reglas aplicables eran el artículo 264.3 LSC y el artículo 153.3 RRM, siendo doctrina reiterada del centro directivo, con base en dichos artículos, que para la inscripción de la revocación únicamente era necesaria la manifestación por la sociedad de que el acuerdo de cese se producía por justa causa, sin necesidad de identificarla, y menos aún de justificarla.

Sin embargo, según la Dirección General, esto cambia con el «nuevo» artículo 60.3 del Reglamento de la Ley de Auditoría de Cuentas, que dispone que «En los supuestos de rescisión del contrato de auditoría o de revocación del nombramiento

de auditor, la comunicación de tal circunstancia al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas y al Registro Mercantil correspondiente se hará en un plazo de diez días hábiles desde que se haya producido. En dicha comunicación deberán figurar de forma expresa las causas que han motivado la rescisión del contrato o revocación del nombramiento.

En el caso de auditorías no obligatorias no será necesario realizar tales comunicaciones, salvo que el nombramiento de auditor se encuentre inscrito en el Registro Mercantil correspondiente al domicilio social de la entidad, en cuyo caso deberá remitirse la comunicación únicamente a dicho Registro».

Contra la opinión de la sociedad recurrente, que argumentó que el artículo 60.3 se refiere a las comunicaciones que deben realizar los auditores al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas y al Registro Mercantil, y no a las que debiera realizar la sociedad que adopta el acuerdo revocatorio, el centro directivo aclara que: «la competencia para decidir la revocación corresponde a la sociedad, que habrá de ejercerla mediante la adopción de un acuerdo asambleario, y es a ella a la que incumbe acreditar mediante la oportuna certificación la resolución tomada (artículos 109 y 112 Reglamento del Registro Mercantil), así como, en su caso, proceder a su elevación a público. En esta situación, resulta claro que el precepto no puede ir dirigido a quien carece de atribuciones para conformar los términos de la determinación oportuna ni para aseverar el acaecimiento de ese hecho. En consecuencia, es el acuerdo social de revocación del nombramiento de auditor el que, adicionalmente, deberá identificar las causas que justifican la destitución, y es quien ostente la potestad certificante el que deberá emitir el título idóneo para causar la oportuna inscripción».

En cuanto a qué ha de entenderse por justa causa (teniendo en cuenta que se pretende garantizar

la independencia del auditor), puede destacarse:

- a) La RDGRN de 6 de febrero de 1996 [BOE 23 de marzo de 1996] consideró justa causa un «cambio de accionistas».
- b) Infracciones de tipo administrativo (v.gr. el incumplimiento del deber de entregar en plazo el informe de auditoría; contenido del informe no conforme a las pruebas obtenidas; incumplimiento de normas sobre independencia o incompatibilidad; incumplimiento del deber de custodia o secreto; incumplimiento —no divergencias— de las normas sobre auditoría (el art. 22.2 de la Ley de Auditoría de Cuentas establece expresamente que las divergencias de opiniones sobre tratamientos contables o procedimientos de auditoría no son justa causa a efectos de revocación del auditor).
- c) Razones externas (la sociedad deja de estar obligada a auditar o es declarada en concurso, por ejemplo).

Nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales con posterioridad a 30 de mayo de 2023 (RRDGSJFP de 18 de mayo de 2023)

Mediante sendas Resoluciones de la DGSJFP de 18 de mayo de 2023 (BOE núm. 128, de 30 de mayo), se aprueban nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación, tanto individuales como consolidadas.

La utilización de estos nuevos modelos será obligatoria para las cuentas anuales formuladas y aprobadas por los sujetos obligados, que sean presentadas en el Registro Mercantil con poste-

rioridad a la publicación de estas resoluciones en el *BOE* (esto es, el 30 de mayo de 2023).

Destaca la obligación, en los modelos individuales, normal, abreviado y Pyme, de incluir en la hoja de identificación el porcentaje de mujeres en el órgano de administración. Asimismo, se incluyen cambios en la hoja de titularidad real y en la hoja medioambiental.

Se incluyen algunos cambios en el balance y la memoria de los distintos modelos (normal, abreviado y PYME).

En los modelos de cuentas anuales consolidadas, en las hojas de identificación se incorpora una nueva tabla para enumerar las empresas que pertenecen al grupo consolidable, con dos cambios fundamentales: (i) debe proporcionarse información de las participaciones directas, empresa a empresa a lo largo de la cadena de control y (ii) las entidades presentadoras deben informar, además de las entidades incluidas en la consolidación por integración global (indicando si se trata de dependiente o multigrupo) como hasta ahora, las incluidas por puesta en equivalencia (indicando si se trata de asociadas o multigrupo).

El depósito de las cuentas anuales consolidadas en formato electrónico único europeo, por aplicar las normas internacionales de contabilidad NIC/NIIIF, deberá realizarse mediante la generación del fichero correspondiente, que deberá cumplir las normas y especificaciones de acuerdo a la Taxonomía XBRL del formato ESEF, que se encuentra publicada en la siguiente página web de la European Securities and Markets Authority (ESMA).

Disolución y liquidación

Un caso en el que un administrador dimitido se convierte automáticamente en liquidador (RDGSJFP de 1 de junio de 2023)

Se presentó a inscripción la escritura de elevación a público, por quien decía actuar como liquidador, de diversos acuerdos adoptados por la junta general de una sociedad limitada. Por lo que ahora interesa, se trataba de la aceptación de la dimisión del administrador único (sin designación de otro que le sustituyera) y la disolución de la sociedad ex artículo 368 LSC sin nombramiento de liquidador.

El registrador mercantil decidió no inscribir la disolución ya que el otorgante de la escritura había dimitido como administrador único con anterioridad a la disolución sin que constara su nombramiento como liquidador. El recurso interpuesto por la compañía fue estimado por la RDGSJFP de 1 de junio de 2023 [*BOE* núm. 154, de 29 de junio].

La Dirección General comenzó por recordar (siguiendo doctrina reiterada: Res. de 26 de febrero de 2013 [*BOE* núm. 69, de 21 de marzo], 3 de agosto y 12 de septiembre de 2016 [*BOE* núm. 230, de 23 de septiembre y núm. 241, de 5 de octubre], y 7 de marzo de 2019) [*BOE* núm. 81, de 4 de abril], que la Ley (con la finalidad de evitar la situación de acefalia que puede derivar de la doble circunstancia del mantenimiento de la personalidad de la sociedad —artículo 371.2 LSC— y del cese de los administradores como consecuencia de la apertura del periodo de liquidación —art. 374.1 LSC—) dispone que, salvo nombramiento por la junta general o previsión estatutaria, «quienes fueren administradores al tiempo de la disolución de la sociedad quedarán convertidos en liquidadores» (art. 376.1 LSC).

El centro directivo admitió que la conversión automática de los administradores en liquidadores no entra en juego cuando aquellos tuvieran sus cargos caducados en el momento de acordarse la disolución (Res. de 3 de julio de 2017 [*BOE* núm. 182, de 1 de agosto]). Con todo, en esta decisión de la Dirección General resultó determinante el hecho de que la junta general universal de la compañía

acordara, en unidad de acto, aceptar la dimisión voluntaria presentada por el administrador único y disolverse sin nombrar liquidador por la falta de candidatos dispuestos a asumir el cargo. En efecto, dado que el mismo día de celebración de la junta el administrador dimitido expidió la correspondiente certificación de los acuerdos adoptados en concepto de liquidador y, días después, los elevó a público actuando igualmente en concepto de liquidador no cabía apreciar —en opinión de la Dirección General— ruptura del tracto en la gestión y representación de la sociedad, pues quien presentó su dimisión como administrador no fue sustituido por persona alguna al acordarse la disolución.

Partiendo de lo anterior, la Resolución reseñada insistió en que la finalidad de la norma legal es proteger a la propia sociedad de las consecuencias negativas de una eventual situación de acefalía. Por ello la Dirección General consideró que el artículo 376 LSC debe interpretarse del modo más adecuado para que se produzca el referido efecto. De tal modo que, al no haber expresado la junta general su voluntad de que la sociedad quedara sin persona que la representase y administrara, el centro directivo concluyó que procedía entender que el administrador dimitido quedó automáticamente convertido en liquidador (sin que fuera atendible la objeción de que la dimisión precedió al acuerdo de disolución dado que, como se ha apuntado, todos los acuerdos elevados a público se adoptaron en la misma junta).

Modificaciones estructurales

Es necesario que el acuerdo se pronuncie sobre el proyecto de fusión incluso en fusiones especiales: filial íntegramente participada absorbe a su matriz (RDGSJFP de 5 de junio de 2023)

Mediante Resolución de 5 de junio de 2023 (BOE núm. 154, de 29 de junio), el centro directivo se pronuncia sobre distintas cuestiones en el contexto de una fusión inversa simplificada por estar una de las dos sociedades íntegramente participada por la otra y haberse adoptado los acuerdos en junta general universal y por unanimidad.

- a) El recurrente afirma que no hace falta proyecto, porque es innecesario en caso de junta universal y unanimidad (según se deduce del artículo 42 de la Ley de Modificaciones Estructurales (LME).

El centro directivo rechaza ese argumento: una cosa es que no haya que publicar o depositar previamente el proyecto y otra que no sea necesario.

La literalidad de la LME parte de la existencia del proyecto de fusión y, por tanto, del necesario pronunciamiento sobre lo que constituye su contenido legal como integrante del acuerdo de fusión. Aún en los supuestos es que no exista proyecto de fusión como tal y los socios reunidos en junta general universal se pronuncien por unanimidad, el acuerdo de fusión debe contener las menciones del artículo 31 de la LME que sean aplicables al supuesto de hecho. Lo anterior queda confirmado si se tiene en cuenta que el artículo 52.1 LME contempla las salvedades al proyecto de fusión contenidas en el artículo 49.1.1.º LME, lo que confirma la exigencia de que el acuerdo de fusión se refiera al contenido exigido por el reiterado artículo 31.

- b) Por otro lado, se discute si la escritura debe contener necesariamente alguna manifestación sobre el hecho de que los balances utilizados como de fusión no han sufrido variación desde su aprobación por las respectivas juntas generales con fundamento en el artículo 39.3 LME.

La Dirección General concluye que el artículo 39.3 LME contempla la obligación de comunicación recíproca entre las sociedades intervinientes de cualquier alteración importante del activo o pasivo acaecida entre la fecha de redacción del proyecto de fusión y la de la junta general que se pronuncie sobre la misma. Dicha comunicación al órgano de administración de las demás sociedades intervinientes en el procedimiento agota sus efectos en la subsiguiente obligación de aquellos de informar a sus respectivas juntas, pero ni tiene trascendencia en la validez del procedimiento ni es exigible cuando el acuerdo de fusión se adopta por unanimidad de todos los socios como resulta del propio precepto.

- c) Por último, y sobre la importancia que la escritura pública refleje adecuadamente que los derechos de los trabajadores han sido debidamente respetados en el procedimiento de fusión, es necesario que la información sobre la fusión esté a disposición de los mismos también en los casos en que los acuerdos se hayan adoptado en cada una de las sociedades en junta general universal y por unanimidad de quienes puedan ejercer el derecho de voto (*cfr.* artículo 42.1 LME). En tales supuestos, por el hecho de que no se publique ni depositen previamente tales documentos

(ni haya convocatoria de la junta general), no podrán ser restringidos los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre la fusión, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo (art. 42.2 LME). En la elevación a público de los acuerdos de fusión debe hacerse referencia al cumplimiento de las referidas obligaciones de información, también respecto de los trabajadores y no vale cualquier fórmula para ello.

La escritura decía que: «En relación con los trabajadores de ambas entidades, manifiestan los comparecientes que ha quedado salvaguardado su derecho de información mediante la puesta a su disposición de los documentos de la fusión. Asimismo, dejan constancia de que la fusión formalizada en la presente escritura no tiene impacto sobre el empleo, quedando los trabajadores de la sociedad absorbida integrados en la sociedad absorbente».

Esa mención no es suficiente. Debe utilizarse una fórmula que resulte adecuada para garantizar, como exige el artículo 42.2 LME, que los derechos de información de los trabajadores, incluida la información sobre los efectos sobre el empleo no resulten restringidos.

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) 94 415 70 15
figartua@ga-p.com

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

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

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

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

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

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

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, 2023. Todos los derechos reservados.

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

ISSN 2951-8369