

# Boletín de Sociedades

---

Sección elaborada por el Área Mercantil de GA\_P



# Sumario

<b>Análisis .....</b>	<b>4</b>
▶ Algunas cuestiones sobre conflictos de interés de socios y administradores .....	4
▶ Cláusulas atípicas de las cuentas en participación .....	11
<b>Práctica Societaria .....</b>	<b>17</b>
▶ Autocartera .....	17
— Dos apuntes del Tribunal Supremo en relación con la autocartera y la asistencia financiera ...	17
▶ Estatutos .....	18
— Prestación accesoria consistente en cumplir un pacto parasocial .....	18
— Se prohíbe constituir derechos reales sobre participaciones sociales .....	19
— La sociedad no puede invocar frente a un socio la transmisión de participaciones no formalizada en documento público .....	19
▶ Transmisión de participaciones sociales .....	20
— Ineficacia de la transmisión de participaciones sociales con infracción del régimen restrictivo ..	20
▶ Junta general .....	21
— La caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos sociales nulos no los convierte en inscribibles .....	21
▶ Administradores .....	23
— Juicio notarial de suficiencia de representación en administrador societario no inscrito .....	23
— Retribuciones de administradores contrarias al interés social: alcance del control judicial .....	24
— Seguro de responsabilidad civil de administradores de sociedades .....	25

# G A \_ P

— Acción de reembolso entre administradores solidarios.....	26
▶ Cuentas anuales.....	27
— Responsabilidad de los auditores por su actuación negligente.....	27
▶ Separación/exclusión de socios.....	29
— Modificación del régimen de transmisión de las participaciones y derecho de separación.....	29
▶ Disolución/liquidación.....	29
— Disolución de pleno derecho y cancelación registral.....	29
— Cuatro apuntes en relación con los deberes y responsabilidades de los liquidadores de sociedades de capital.....	30
— Quien contrata con una sociedad de capital nula no deja de ser tercero con respecto a los constituyentes de ésta.....	31
— El conocimiento de que la sociedad está incurso en causa de disolución no impide demandar ex artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital: hace falta «control».....	32
▶ Modificaciones estructurales.....	33
— Sobre el traslado a España del domicilio social de una sociedad panameña.....	33
▶ Sociedades cotizadas.....	34
— Circular 3/2018, de 28 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre información periódica de los emisores con valores admitidos a negociación en mercados regulados.....	34

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, 2018. Todos los derechos reservados.

**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.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Coordinadora: Estibaliz Aranburu Uribarri • Diseño y maquetación: Estudio Variable

## Análisis

# Algunas cuestiones sobre conflictos de interés de socios y administradores

**Fernando Marín de la Bárcena**

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid  
Consejero académico de GA\_P

---

### 1. Introducción

La reforma de la Ley de Sociedades de Capital (**LSC**) de 2014 introdujo en la práctica societaria española un sistema regulatorio completo de tratamiento de las situaciones de conflicto de interés de socios y administradores. Ese sistema incorpora cierta terminología que, si bien era conocida con anterioridad, ni estaba tan extendida ni había adquirido la importancia que ahora tiene.

La finalidad del presente documento consiste en aclarar algunas cuestiones conceptuales y, al hilo de las dos distinciones más importantes, tratar de ofrecer algunas claves que podrían ayudar a resolver alguno de los problemas de aplicación que nos parecen más conflictivos.

### 2. Conflicto posicional versus conflicto transaccional.

#### 2.1. Concepto y régimen jurídico.

La distinción entre los denominados conflictos «transaccionales» (traditional conflicts) y los denominados conflictos «posicionales» (positional conflicts) aparece ya en el informe del Comité de Expertos para la reforma de la Ley de Sociedades de Capital y, después, en el propio texto legal.

El conflicto «posicional» es reflejo de un deseo de conservar o incrementar una situación de poder sea en órgano de gestión de la empresa y representación de la sociedad (v.gr. nombramiento como consejero delegado), sea en el seno de la propia organización corporativa (v.gr. nombramiento o cese del socio como administrador). El conflicto «transaccional» existe cuando concurre un interés patrimonial (tenga naturaleza patrimonial o financiera) en una determinada decisión.

La diferencia de régimen jurídico entre uno y otro tipo de conflictos reside en que sólo los transaccionales generan deberes de abstención (art. 228 c) LSC) o prohibiciones de actuar salvo dispensa en casos singulares (arts. 228 e), 229 y 230.2 LSC) a cargo de los administradores o, en el caso de los socios, prohibiciones de voto (art. 190.1 LSC) o inversión de la carga de la prueba sobre lesión del interés social (art. 190.3 LSC).

Los problemas asociados a la existencia de conflictos «posicionales» no deben dar lugar a deberes de abstención ni de los administradores ni de los socios (vid. inciso 2º del art. 228 c) LSC), sino que han de resolverse mediante otro tipo de reglas: (a) atribución de competencia a la junta general para la disposición de activos esenciales de extraordinario valor (art. 160 f) LSC)); (b) aplicación ex post del régimen general de responsabilidad de los administradores, si hay daño y con desactivación de la regla sobre margen de discrecionalidad empresarial por existir interés personal (art. 226 LSC); y (c) impugnación de acuerdos de la junta o del consejo de administración, pero sin inversión de la carga de la prueba a favor de ninguna de las partes (vid. art. 190.3 LSC).

## **2.2. Ejemplos de conflicto posicional - transaccional.**

Todos los supuestos de operaciones vinculadas (transferencias patrimoniales de bienes o derechos de cualquier clase) entre la sociedad y un administrador (o un socio vinculado al administrador) generan conflictos transaccionales (v.gr. la decisión sobre la retribución a pagar al socio – administrador único) y ello sin perjuicio de que, además, pueda concurrir un conflicto posicional. Por ejemplo, en el contexto de una toma de control puede haber ambos tipos de conflicto si, en el caso de que la toma de control prospere, el administrador no sólo va a ser cesado (conflicto posicional), sino que va a percibir una indemnización por cese o, al contrario, tiene asegurada la continuidad con una retribución previamente establecida (conflicto transaccional).

Aunque hay opiniones en contra, y es una cuestión que puede resultar conflictiva, se reconoce normalmente que los acuerdos de ampliación o reducción de la cifra de capital social, con emisión de nuevas cuotas de socio o amortización de las existentes o las modificaciones estructurales con relación de canje y, por tanto, con atribución de acciones o participaciones a los socios de la sociedad resultante o beneficiaria del proceso de fusión o escisión son transacciones.

Por ejemplo, el socio que determina con su voto la adopción de un acuerdo de ampliación de capital con la compensación de un crédito de su titularidad contra la sociedad (que será

«pagado» en acciones), la aportación «in natura» de un bien de su titularidad, la cesión global de activos o pasivos en su favor o a favor de un tercero controlado por él o la aplicación de una determinada relación de canje en una fusión / escisión con otra sociedad, de la que es también partícipe de forma directa o indirecta, realiza una transacción con la sociedad. En consecuencia, el socio se encuentra ante un conflicto «transaccional» y no meramente «posicional», por lo que se aplicarán las reglas propias de este tipo de conflictos (inversión de la carga de la prueba en el proceso de impugnación de acuerdos sociales).

Si este conflicto se extiende al administrador o administradores designados por ese socio es una cuestión conflictiva. Conforme al modelo legal, la abstención de los administradores es requerida cuando los conflictos les afectan por cuenta propia o por cuenta ajena, incluido cuando se actúa por cuenta del socio que les designó (art. 228 c) LSC) y este tipo de conflictos no son susceptibles de dispensa (cfr. arts. 230.2 y 229 LSC). Se trata sin embargo de una regla que plantea serios problemas de aplicación ante los denominados conflictos transaccionales «horizontales» y en la implantación de políticas de grupo. Es necesario realizar cierto esfuerzo argumentativo en lo que se refiere a la definición del concepto de interés social de una sociedad integrada en un grupo y, por tanto, de la afirmación o negación de la existencia de un conflicto de intereses. Más adelante realizaremos algunas consideraciones al respecto.

### 3. Conflicto vertical versus horizontal

#### 3.1. Conflictos verticales

Se entiende por conflictos «verticales» aquellos que se dan entre los administradores o personas vinculadas con los administradores en el más amplio sentido, esto es, no limitado por el artículo 231 LSC y la sociedad. De este modo queda claro que se trata de conflictos que pueden ser directos o indirectos, esto es, pueden afectar directamente al administrador o afectar al socio que designó a ese administrador.

El caso paradigmático del conflicto por cuenta ajena es el que se produce con las denominadas operaciones vinculadas, esto es, transacciones a realizar entre el socio de control o un socio significativo y la sociedad (art. 229 LSC). Son situaciones en las que los consejeros designados por ese socio (denominados «consejeros dominicales») no sólo tienen deberes de abstención (art. 228 c) LSC), sino que puede existir además una prohibición de realizar la operación por ser el beneficiario de la misma una persona vinculada al administrador entendido este concepto en sentido amplio (art. 229.2 LSC). Este tipo de supuestos no se solventan con una mera abstención en la adopción del acuerdo estándar del consejo, sino que es necesario que se adopte un acuerdo de dispensa por el órgano competente (art. 230 LSC) que en algunos casos será la junta general (v.gr. operaciones por un valor superior al diez por ciento de los activos del balance).

Además, la intervención de este órgano puede resultar necesario por otros motivos (activos esenciales aún de escaso valor, prestación de servicios en la sociedad limitada, etc.) o simplemente porque la aplicación de los deberes de abstención en el acuerdo de dispensa impide que el consejo se pueda constituir o, cuestión conflictiva, adoptar acuerdos por computarse las abstenciones como votos en contra.

En todos estos casos en los que la intervención de la junta general resulta necesaria, para desbloquear la decisión en el consejo o porque la Ley lo exige (dispensa), es preciso tener en cuenta las reglas sobre prohibición del ejercicio del derecho de voto en los conflictos transaccionales (art. 190.1 LSC).

De conformidad con esta regla, el socio – administrador no puede votar en los acuerdos de dispensa de una transacción vinculada (art. 190 d) LSC). Sin embargo, en el caso de los conflictos indirectos, esto es, cuando la transacción no se realiza con la persona del administrador, sino con el socio no concurre tal prohibición. Es más, según la —controvertida— Sentencia del Tribunal Supremo (TS) 1ª de 2 de febrero de 2017 la prohibición de voto no se aplicará incluso cuando el socio sea una sociedad controlada por el administrador (y su familia), sin perjuicio de aplicar la regla sobre la inversión de la carga de la prueba sobre lesión del interés social en un hipotético proceso de impugnación de acuerdos sociales (art. 190.3 LSC).

En algunos casos la regulación no es lo suficientemente clara. Por ejemplo, no está claro si la transacción vinculada entre un socio significativo y una filial de un grupo de sociedades debe ser tratada mediante la aplicación concurrente de las reglas sobre deberes de abstención (en su caso, en el pleno del consejo ex art. 529 ter h) LSC) y de las reglas sobre prohibición y dispensa por el propio consejo o por la junta general de la matriz, si la operación que tiene lugar en la filial representa más del diez por ciento de sus activos (arts. 229 y 230 LSC). Es cierto que el consejero representante de ese socio tiene un deber de adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones de conflicto de intereses (art. 228 e) LSC) que debe ser interpretado en los términos más amplios, pero lo cierto es que el tenor literal del artículo 229.1 LSC sólo sujeta al régimen de dispensa a las transacciones «con la sociedad» (no con las filiales). Además, una operación con la filial es gestión del grupo y esa gestión debe residir en el órgano de administración de la matriz y no en la junta general salvo que afecte a activos esenciales. Con todo, se trata de una cuestión que nuestra doctrina ha tratado de modo bien distinto y puede requerir una reflexión más detenida, todo ello a la espera de las necesidades que plantee la incorporación de la Directiva sobre fomento del ejercicio de los derechos de los accionistas.

### 3.2. Conflictos horizontales

Los denominados conflictos «horizontales» son aquellos que median entre los propios socios. Esto ocurre con operaciones societarias o modificaciones estructurales que plantean el riesgo de que la mayoría se beneficie indebidamente a costa de la minoría (v.gr. una ampliación de capital o una cesión global de activos y pasivos a favor de un socio, una reducción no paritaria del capital social mediante la adquisición de autocartera).

Está claro y en muchos casos se deduce del propio régimen legal que la guía de actuación del administrador debe ser el principio de igualdad de tratamiento de situaciones iguales (art. 97 LSC). Es sabido también cómo se tratan los conflictos verticales por cuenta ajena de los administradores: deberes de abstención y prohibiciones de actuar salvo dispensa.

Sin embargo, no está tan claro cómo tratar los conflictos horizontales transaccionales «por cuenta ajena» (v.gr. intervención de los consejeros designados por un socio mayoritario en la preparación de una ampliación de capital in natura a suscribir precisamente por ese socio). He aquí dos posibles soluciones: (a) no hay deberes de abstención, sino sólo remedios impugnatorios de los acuerdos de la junta general o (b) hay deberes de abstención, pero limitados a la negociación de la parte transaccional de la operación proyectada.

Conforme a esta última idea es preciso delimitar el alcance de los deberes de abstención y distinguir entre actos de carácter «procedimental» de aquellos otros que tienen carácter «sustantivo». Los administradores no están obligados a abstenerse, sino que están obligados a ejecutar aquellos actos jurídicos de naturaleza societaria que tengan carácter procedimental o formal (v.gr. aprobación del proyecto de fusión, escisión o cesión global, convocatoria de la junta general, elaboración de un informe de modificación estatutaria neutral, preparación del orden del día, elaboración —en su caso— de propuestas de acuerdos, información, etc.). Los deberes de abstención quedan limitados por tanto a actos de carácter sustantivo, es decir, que impliquen la necesidad de emitir una opinión o recomendación dirigida a los socios (v.gr. la de aceptar una oferta de compra) o tengan influencia en la determinación de las condiciones materiales que servirán de base a la operación societaria (v.gr. negociación de la relación de canje en un proceso de fusión – escisión, valoración de una aportación in natura o fijación de la contraprestación en una cesión global). En estos casos se plantea como recomendación práctica la de encomendar la negociación o la valoración a consejeros independientes, a expertos independientes o a comités de directivos no sujetos a los deberes de abstención propios de los administradores.

Con todo, lo anteriormente expuesto debe completarse con ciertas reflexiones relativas al tratamiento en general de los conflictos de intereses en supuestos de grupo y sociedades conjuntas.

#### 4. Supuestos especiales: grupos de sociedades y joint venture

En determinados casos, el régimen legal en materia de conflictos de intereses resulta problemático, no tanto por la determinación del alcance de las normas que lo integran, sino por el contexto en el que han de ser aplicadas.

Cada vez toma más fuerza la idea de que debe aceptarse una reducción teleológicamente fundamentada del ámbito de aplicación de las normas que imponen los deberes de abstención (pensadas para sociedades «isla») en el caso de los grupos. Conforme a esta idea, los administradores designados por el socio de control ( que ostenta una mayoría de los derechos de voto) podrán intervenir en la preparación – negociación de las transacciones intragrupo justificadas en la consecución de un interés del grupo (v.gr. sacrificio de la filial con ventajas compensatorias), aunque las decisiones que así se adopten no estarán amparadas por la regla de la discrecionalidad empresarial (art. 226 LSC) y estarán sujetas a un escrutinio judicial severo (aplicación analógica del art. 190.3 LSC).

Otra cuestión que suele resultar conflictiva es la aplicación de las normas sobre prevención de conflictos en el caso de sociedades constituidas en ejecución de un acuerdo de joint venture.

En el caso paradigmático, socios con intereses contrapuestos, con la finalidad de optimizar su posición en el mercado, en el marco de alianzas estratégicas o acuerdos de colaboración de muy distinto signo, acuerdan constituir una sociedad (generalmente una denominada «filial común») regida normalmente por un consejo de administración en el que cada socio (o grupo de socios) tiene «sus» representantes.

Esa sociedad suscribe o se compromete a suscribir uno o varios contratos con uno o varios socios (v.gr. contratos de distribución) cuyo clausulado suele quedar definido en el contrato base y en los que se produce una contraposición de intereses: el socio es al mismo tiempo contraparte contractual de la sociedad filial común en la que participa.

Además, suelen establecerse, en el contrato base, medidas de quórum y mayoría reforzados para la adopción de acuerdos en los órganos de la filial común, señaladamente en el consejo donde están representados todos los socios, de modo que ninguna decisión se pueda adoptar si los representantes de uno y otro socio (o de todos ellos) no se ponen de acuerdo en la gestión. Ese mismo resultado puede darse si el órgano no es capaz de adoptar acuerdos por su composición paritaria y votar de forma contradictoria los socios en conflicto o no poder constituirse el órgano.

El resultado es que, sea como fuere, la filial común suele constituir un centro de recontractación y conciliación de los intereses opuestos de sus socios en los contratos suscritos con la filial común de modo que ninguna de las partes pueda imponer a la otra sus intereses personales. Obviamente esto aconseja adoptar mecanismos antibloqueo, que pueden llevar incluso, si no hay resolución mediante la mediación o arbitrio de un tercero a activar mecanismos de compra y venta forzosa de participaciones que eviten la disolución. Todo ello se hace prevalecer, porque así las partes lo han querido, a lo previsto en los estatutos sociales que a menudo no son sino estatutos «tipo» que no recogen ninguna de las reglas que acabamos de enunciar.

Como en el caso de los grupos de sociedades, este tipo de situaciones no se pueden regir mediante la aplicación sin más de las normas de la Ley pensadas para una sociedad «isla» y que no está funcionalmente coligada a ningún contrato. La participación de todos los consejeros representantes de los socios con intereses contrapuestos en la adopción de decisiones relativas a los contratos está en la causa misma de la constitución de la sociedad filial común y en la configuración de su órgano de administración paritario y ello es obviamente querido por los socios en el contrato base de joint venture que cumple la función de un acuerdo «metaestatutario». La apelación en estos casos a un interés propio de la filial común, a los deberes legales de abstención de los consejeros por conflicto indirecto o al carácter imperativo de los deberes de lealtad para lograr controlar la filial común puede resultar discutible. Es más, aunque todo depende de las circunstancias de cada caso concreto, podría afirmarse que el socio que invoque tales deberes de abstención de los administradores, salvo que se trate de circunstancias no previstas en el momento de contratar, incumple el pacto de joint venture con las consecuencias asociadas.

# Cláusulas atípicas de las cuentas en participación

**Fernando Marín de la Bárcena**

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid  
Consejero académico de GA\_P

---

## 1. Introducción

En las líneas que siguen analizaremos la validez y alcance de sendas cláusulas atípicas de la cuenta en participación: la injerencia del partícipe en la gestión diaria (ámbito jurídico – administrativo) y la exclusión o limitación de su participación en las pérdidas (ámbito jurídico – patrimonial).

## 2. Pactos sobre injerencia en la gestión

### 2.1. Planteamiento

Las cláusulas sobre injerencia en la gestión (no confundibles con las que establecen meros derechos de información o control) permiten al cuentapartícipe intervenir en la gestión o administración de la empresa en común con mayor o menor intensidad mediante fórmulas diversas (derecho de veto u oposición, cláusulas de autorización, derecho a impartir instrucciones vinculantes, etc.).

Lo normal es que tengan un alcance limitado de modo cualitativo (determinado tipo de operaciones) o cuantitativo (volumen de riesgo, importe de la operación, etc.). En el apartado siguiente analizamos los casos de atribución genérica al partícipe de todas las decisiones en materia de gestión.

Este tipo de pactos sobre injerencia en determinados asuntos de gestión son lícitos, aunque sólo tienen eficacia *ad intra* y no impedirán que el gestor infractor quede vinculado válidamente frente a terceros. La mera existencia del pacto no genera la responsabilidad

personal del partícipe frente a terceros, siempre que no intervenga frente a ellos ni en su propio nombre ni representado por el gestor o en nombre de este, al margen de otras razones que puedan justificar tal responsabilidad personal (v.gr. se genera una apariencia protegible en el tráfico sobre la existencia de un mandato de crédito, una promesa de garantía, patrocinio o figuras afines).

Lo anterior se confirma a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En el caso de la STS 1ª de 30 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 7262) se declaró la responsabilidad del cuentapartícipe que otorgó escrituras de compraventa de viviendas en su propio nombre porque los inmuebles, aún aportados al gestor en la cuenta, figuraban en el Registro de la Propiedad a nombre de terceros. La remisión al caso resuelto por la STS de 4 de julio de 1980 (RJ 1980\2926) demuestra que tal responsabilidad no descansa en el mero ejercicio *ad intra* de competencias internas en materia de gestión, sino de su manifestación *ad extra*. El fundamento de su responsabilidad está en la protección de la apariencia suscitada en los terceros de su condición de socio colectivo, que se concreta por el Tribunal en la aplicación analógica del artículo 147 del Código de Comercio (**Cco**): «Si algún comanditario incluyese su nombre o consintiese su inclusión en la razón social quedará sujeto, respecto a personas extrañas a la compañía, a las mismas responsabilidades que los gestores (...)».

## **2.2. La gestión mancomunada o la sujeción a instrucciones en todos los asuntos de gestión**

El pacto de *gestión mancomunada o conjunta* (mediante una cláusula de autorización previa o derecho de oposición aplicable a todos los asuntos en materia de gestión) sería una cláusula atípica en un contrato de cuentas en participación, pero lícita.

Otra cosa son las consecuencias. La injerencia continuada, sistemática y verdadera del partícipe en la gestión podría determinar la atribución de la condición de administrador de hecho del gestor (respecto al negocio relativo a la cuenta) con la consiguiente obligación de no competencia, responsabilidad civil extracontractual por daños causados a terceros (art. 1902 Código Civil) y, en el contexto del concurso del socio gestor, subordinación de créditos por *insider* (art. 93.2 2º Ley Concursal) o, quizá, responsabilidad concursal como administrador de hecho (arts. 164 y ss. Ley Concursal).

El caso extremo sería la sustitución total del gestor en sus funciones y su conversión en un mero ejecutor de las decisiones adoptadas por el partícipe (mediante instrucciones de obligado cumplimiento), que es un pacto que debe considerarse nulo. Un pacto de ese tipo implica una ruptura del principio entre poder y responsabilidad (como los partícipes no responden se tendería a adoptar decisiones más arriesgadas que las que adoptaría el socio gestor). Si a lo anterior ha de seguir, aparte de las consideraciones ya realizadas sobre su condición de administrador de hecho, responsabilidad externa del partícipe por las deudas contraídas por el socio gestor frente a terceros, esta es una cuestión a decidir mediante la teoría general. La injerencia total en la gestión puede apoyar la idea de que el gestor es

un mero mandatario de aquél que oculta la relación representativa y conllevaría la responsabilidad del mandante frente a terceros (art. 1717 II in fine Código Civil, art. 1459 Código Civil, etc.).

### 3. Pactos sobre participación en las pérdidas

#### 3.1. Planteamiento

La cuenta en participación, que consideramos una sociedad interna, aunque esta condición se ha cuestionado duramente, se caracteriza porque la aportación realizada por el partícipe o los partícipes (dineraria o de cualesquiera bienes o derechos susceptibles de valoración económica) se integra en el patrimonio del socio gestor (no hay patrimonio común o social) y se somete al riesgo común, de modo que no existe un derecho de crédito frente al gestor a la restitución de lo aportado (cfr. STS 1ª de 30 de mayo de 2008).

Es inherente a toda figura societaria la existencia de una comunidad de riesgos y de beneficios de modo que el partícipe lo será de los beneficios y de las pérdidas conforme a una regla de proporcionalidad (según el valor de las aportaciones respectivas) o la que se pacte. Si hay beneficios, el partícipe podrá lograr la devolución de lo aportado en la liquidación de la cuenta más su parte correspondiente en los beneficios. Si la cuantía total de las pérdidas que le corresponda asumir supera el valor nominal de lo aportado el resultado final del negocio será negativo. La pérdida se materializa en el importe final de la cuota de liquidación (que se será igual a 0), pero no surge una obligación de realizar aportaciones complementarias a menos que se haya pactado la asunción de un riesgo ilimitado y, lógicamente, con ciertas limitaciones.

Las partes pueden alterar la regla de la proporcionalidad en la participación de beneficios y pérdidas o establecer reglas distintas para diferentes situaciones liquidatorias, pero lo normal será que todos participen de las pérdidas.

#### 3.2. Distintos pactos para distintas situaciones.

En el caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial (**SAP**) de Madrid de 31 de marzo de 2011 las partes pactaron distintas reglas sobre participación en las pérdidas para dos situaciones *liquidatorias* diferentes. Terminada la promoción, si existían beneficios el partícipe tendría derecho al 60% de los mismos y si existían pérdidas contribuiría en un 60%, con un límite equivalente al importe de lo aportado. Sin embargo, en caso de extinción del contrato antes de la conclusión (mutuo acuerdo, incumplimiento de cualquier obligación por las partes, concurso del gestor o imposibilidad del objeto) se establecía que: «En caso de pérdidas, se imputarán las pérdidas a las aportaciones realizadas por el partícipe para la explotación del negocio, por lo que éste sólo tendrá derecho a la devolución de la parte de sus aportaciones que reste, una vez efectuada la correspondiente reducción por pérdidas», también con el límite máximo equivalente a la aportación dineraria efectuada.

Solicitada por el partícipe la extinción del contrato por incumplimiento del gestor, calculó las pérdidas y se negó a devolver nada porque las pérdidas excedían la cantidad aportada.

La Audiencia realizó una interpretación sistemática (1275 Código Civil) de las reglas establecidas para ambas situaciones liquidatorias: la voluntad de las partes no podía interpretarse en el sentido de que el partícipe quedaría en peor posición si la empresa concluía por extinción anticipada (total absorción de lo aportado por las pérdidas) que si tal extinción se producía tras la terminación de la promoción (participación en sólo el 60% de las pérdidas), pues se provocaría un desequilibrio económico entre las prestaciones de las partes. En consecuencia, declaró que sólo podía imputarse al cuentapartícipe el importe del 60% de las pérdidas según la situación existente en el momento en que se solicitó la extinción del contrato.

### **3.3. La exclusión total de las pérdidas**

La cuestión más conflictiva se refiere a los pactos de exclusión de las pérdidas a favor del cuentapartícipe, que tendrá derecho a la devolución por el gestor de todo o parte del capital aportado con independencia del resultado de la explotación.

El Código Civil (**CC**) proscribe este tipo de pacto en el caso del contrato de sociedad (sociedad leonina, art. 1691 CC) y es posible que un contrato de este tipo haya que calificarlo más bien como un contrato de financiación (préstamo) *parciario*, donde el socio gestor entregará como contraprestación al préstamo una parte de los beneficios que genere la cuenta (si los hay). En caso de que el acuerdo fuera la devolución de sólo parte de lo aportado habría que reconocer la existencia de un negocio jurídico mixto de cuenta en participación y de préstamo *parciario*.

Por su parte, la jurisprudencia ha llegado a admitir la posibilidad de atribuir al partícipe un derecho de denuncia unilateral ejercitable en cualquier momento con devolución de la aportación más intereses. Es el caso resuelto por la SAP Gerona de 28 de abril de 2011 en el que las partes acordaron que, una vez terminada la promoción inmobiliaria, el partícipe estaría al resultado económico de la promoción (cuenta en participación), pero que, en cualquier momento durante la vigencia del contrato, podría denunciarlo unilateralmente y recibir la cantidad aportada más un porcentaje del 5% anual desde la entrega de la aportación hasta el momento de su devolución (préstamo simple).

Además, la jurisprudencia ha deducido la obligación de restituir la aportación del incumplimiento por parte del socio gestor de sus obligaciones según el contrato de cuenta en participación suscrito por dos socios cuando dicho incumplimiento se ha configurado como causa de extinción - resolución.

Es el caso resuelto por la SAP Vizcaya de 16 de enero de 2012 y confirmado por la STS 1ª de 23 de mayo de 2014. Las partes habían acordado que en caso de terminación de la promoción inmobiliaria objeto de la cuenta se practicaría una liquidación de los beneficios o las

pérdidas, pero sin perjuicio de las causas de «extinción» anticipada (termino literal que la Sala identifica con el de «resolución») previstas en el contrato, entre las que se encontraba el incumplimiento por las partes de sus obligaciones.

El socio gestor incumplió sus deberes de información y llevanza de contabilidad separada y el cuentapartícipe solicitó la resolución (art. 1124 CC). La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por considerar que la cuenta en participación no es un contrato sinalagmático con obligaciones recíprocas a la que se pudieran aplicar las consecuencias jurídicas previstas para la resolución por incumplimiento, sino que debía practicarse una rendición de cuentas y una liquidación con reparto de los beneficios o de las pérdidas. La AP revocó la sentencia y el TS confirma la resolución dictada por la Sala *ad quem* porque considera que la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) permitiría a las partes incorporar «convenciones correspondientes a otras categorías jurídicas como el mutuo o préstamo participativo» e incorporar «figuras contractuales mixtas que son de aplicación subsidiaria al contrato que los interesados quieren celebrar y que pueden regular».

Nótese que, aunque se cita como precedente, el caso antes citado de la SAP Madrid de 30 de marzo de 2011 es diferente porque la participación en pérdidas se establecía no sólo para el supuesto de terminación del contrato por consecución del objeto, sino también para la extinción de la cuenta por otras causas y lo único discutido era el porcentaje de participación en las pérdidas.

La validez de una cláusula de este tipo, que no opera durante el período de vida del contrato, sino sólo en caso de incumplimiento del socio gestor, hay que analizarla desde el punto de vista de la posible infracción de una norma imperativa (prohibición del pacto leonino, art. 1691 CC), de los principios configuradores del tipo (art. 239 Cco) y resto de límites generales a la autonomía de la voluntad (cláusulas usurarias, art. 1255 CC).

En nuestra opinión será difícil combatir la validez de una cláusula de este tipo. Se dirá que no infringe la prohibición del pacto leonino ni es contraria a los principios configuradores de la cuenta en participación porque no se trata de un supuesto de exclusión injustificada e inmoral de la participación en pérdidas, sino sólo aplicable al caso de incumplimiento por parte del socio gestor (que además quedará bien «disciplinado» por ella). Por otro lado, en una cuenta de tan solo dos socios no hay inconveniente en aplicar las instituciones propias del Derecho de Obligaciones (como la resolución, art. 1124 CC) porque no hay necesidad de organizar una relación pluripersonal (como ocurre cuando hay sociedades de tres o más socios). El carácter *ex nunc* de la resolución de las relaciones obligatorias duraderas (como la derivada de la cuenta) tampoco resulta afectado porque no se niega la necesidad de una liquidación, sino que ésta se realice conforme a las reglas que han convenido las partes (*pacta sunt servanda*). Otra cosa es que, en determinados casos, pueda considerarse abusivo su ejercicio (art. 7.1 CC) o que los jueces puedan moderar su alcance si se considera que la atribución al gestor de la totalidad de las pérdidas en caso de incumplimiento (que es a lo que conduce la exclusión del partícipe) tiene en el caso carácter punitivo (art. 1153 CC).

#### 4. Conclusiones

La cuenta en participación constituye un mecanismo contractual eficaz para la instrumentación de acuerdos de colaboración empresarial, que además tiene la ventaja de contar con un régimen jurídico legal de referencia tanto en el Cco como en el CC, debidamente adaptado a la configuración de la sociedad como una sociedad interna.

La adaptación de sus pactos a las necesidades de cada caso requiere analizar su incidencia en ese marco legal (desarrollado por la jurisprudencia), así como en el contexto del Ordenamiento Jurídico en su conjunto.

En este sentido, con las limitaciones expuestas en el presente trabajo, son lícitos: (a) el pacto de injerencia en la gestión por el cuentapartícipe, que se puede llegar a configurar incluso como un pacto de gestión mancomunada, aunque es preciso tomar en consideración las consecuencias que ello puede tener, sobre todo, en un hipotético concurso de acreedores del socio gestor; y (b) el pacto de exclusión de la participación en las pérdidas plantea problemas de validez por infracción de la prohibición del pacto leonino, que pueden solventarse mediante la configuración del acuerdo como uno de financiación parciaria o mediante la limitación de tal exclusión al incumplimiento por el socio gestor de sus obligaciones según el contrato.

## Práctica Societaria

### Autocartera

#### Dos apuntes del Tribunal Supremo en relación con la autocartera y la asistencia financiera

En su Sentencia de 1 de octubre de 2018 [JUR 2018\265369] la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha abordado dos cuestiones relativas a los negocios sobre las propias participaciones. Las manifestaciones del TS se pueden sintetizar en torno a las siguientes ideas:

1. Es válida la transmisión de las participaciones sociales mantenidas en autocartera una vez transcurrido el plazo de tres años previsto en el artículo 141 LSC.

Según el referido precepto, las participaciones propias adquiridas por una sociedad de responsabilidad limitada deberán ser amortizadas o enajenadas en el plazo de tres años. De tal forma que si no fueran enajenadas en ese tiempo la sociedad deberá acordar inmediatamente su amortización y la correspondiente reducción de capital. Ahora bien, según el TS, nada de ello obsta a la eficacia de la transmisión de las participaciones una vez transcurrido el referido plazo legal (con independencia de que, por supuesto, debe considerarse ilícito el mantenimiento de la autocartera más allá de ese plazo máximo, lo que puede derivar en sanciones administrativas —art.157 LSC—). En rigor, no resulta exigido por la ratio de la norma legal que la única alternativa abierta a la sociedad, una vez expirado el plazo de tres años, sea proceder a la amortización de las propias participaciones (aunque ésta es la única solución que puede imponerse coactivamente: arts. 141.2 LSC y 124 Ley Jurisdicción Voluntaria). En efecto, si la finalidad de la disciplina legal es asegurar el carácter temporal de la autocartera, no parece que quepa discutir la validez de la enajenación de las propias participaciones efectuada después de transcurridos tres años. Antes bien, como explica el TS, constituiría un contrasentido estimar nula la transmisión de las participaciones sociales efectuada en esas condiciones porque las consecuencias serían el retorno a la situación de autocartera excedida en el tiempo y la reducción del patrimonio social (al tener que restituirse el precio obtenido por las participaciones transmitidas), sin obtener con ello ventaja alguna desde el punto de vista de los objetivos perseguidos por el régimen legal de la autocartera.

2. La existencia de asistencia financiera comporta la nulidad de la financiación concedida, pero no necesariamente de la propia transmisión de las participaciones.

En el caso planteado, la sociedad creadora de las participaciones (mantenidas antes en autocartera) había concedido crédito a algunos de sus socios para su adquisición (había consentido en el aplazamiento durante varios años del pago de una parte del precio, sin devengo de intereses y sin que los socios compradores prestaran garantía alguna).

Pues bien, el TS sostiene que la finalidad de la norma que prohíbe la asistencia financiera para la adquisición de las propias participaciones (art. 143.2 LSC) no exige que, en caso de contravención, se anule la transmisión que ha sido financiada con la asistencia de la propia sociedad. Para satisfacer tal finalidad basta, por el contrario, con que se anule y se deje sin efecto la operación de financiación. De este modo, el crédito concedido por la sociedad al socio (concretado en la concesión de plazo para el pago) quedará sin efecto, pudiendo la sociedad exigir de forma inmediata el pago de la totalidad del precio (con lo que se pone fin a los efectos perniciosos —vid. SSTs 20.7.2010 y 2.7.2012— que la asistencia financiera tiene para la propia sociedad, para los demás socios y para los acreedores sociales, y que su prohibición trata de combatir).

## Estatutos

### **Prestación accesoria consistente en cumplir un pacto parasocial**

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 26 de junio de 2018 (BOE núm. 166/2018, de 10 julio) ha declarado inscribible una prestación accesoria —no retribuida y aplicable sólo a un determinado tipo de socios «miembros de la familia»— consistente en el «cumplimiento y observancia» de un pacto parasocial documentado en escritura pública y en las modificaciones de dicho pacto realizadas conforme a lo dispuesto en esa escritura. Asimismo, se considera válida la cláusula en virtud de la cual el incumplimiento voluntario de la prestación accesoria (es decir, el incumplimiento del pacto) será causa de exclusión y que atribuye al órgano de administración valorar si tal incumplimiento se ha producido.

Frente a las objeciones expresadas por el registrador mercantil, respecto a la necesidad de que el contenido de una prestación accesoria esté «determinado» en los estatutos, la Dirección General considera que el requisito legal queda también cumplido cuando el contenido de la prestación es determinable sin necesidad de nuevo acuerdo entre las partes, como es el caso del cumplimiento del pacto parasocial (y sus modificaciones) cuyo contenido consta en una escritura pública identificada por su fecha y número de protocolo.

La importancia de esta resolución es evidente. No se trata sólo de establecer como prestación accesoria la obligación de suscribir el pacto parasocial (bastante habitual en la práctica), sino que se configura como prestación accesoria el propio cumplimiento del pacto y su incumplimiento voluntario como causa de exclusión del accionista.

Cosa distinta es que esta doctrina registral sea admitida por los Tribunales. No tanto por la oponibilidad – inoponibilidad de los pactos parasociales, sino porque resulta dudoso que una prestación accesoria pueda consistir en algo distinto que realizar una prestación de dar, hacer o no hacer algo a favor de la sociedad. Como no sabemos en qué consiste lo pactado en la escritura, poco más se puede decir.

### **Se prohíbe constituir derechos reales sobre participaciones sociales**

La DGRN en su resolución de 31 de julio de 2018 (BOE núm. 223/2018, de 14 septiembre) ha declarado inscribible una cláusula estatutaria que limita la injerencia de terceros en la vida societaria mediante dos prohibiciones: 1) «constituir derechos reales» sobre las participaciones sociales o 2) «utilizarlas de otro modo como garantía o para cualquier otro objeto, que pudiera dar como resultado una transmisión de dichas participaciones».

El registrador entendía que el pacto suponía una limitación excesiva de las facultades de disposición del socio sobre sus participaciones sociales. La Dirección General considera, por el contrario, que la prohibición de disponer responde a un interés digno de protección como es evitar que el titular del derecho real pueda resultar legitimado para el ejercicio de los derechos de socio que «le permitan influir en la vida corporativa de la sociedad» (sin embargo, no se prohibía constituir una reserva de dominio).

En conclusión, se considera que, como la cláusula de adquisición preferente a valor nominal, se trata de una prohibición que no perturba la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva que sea prácticamente insalvable ni rebasa los límites generales de la autonomía de la voluntad.

### **La sociedad no puede invocar frente a un socio la transmisión de participaciones no formalizada en documento público**

Una socia de una sociedad de responsabilidad limitada solicitó del registrador mercantil el nombramiento de auditor para que procediera a la revisión de las cuentas anuales de la compañía (art. 262.5 LSC). Ésta se opuso a tal petición alegando que la socia solicitante había transmitido previamente sus participaciones sociales a su cónyuge. El registrador acordó acceder a lo solicitado por entender que la socia había aportado un principio de prueba de su titularidad (escrituras de constitución y de aumento de capital) y que la sociedad no había alcanzado, sin embargo, a probar su falta. La DGRN confirmó la decisión del registrador. La correspondiente resolución fue impugnada judicialmente; el Juzgado de lo Mercantil desestimó la demanda y la Audiencia Provincial de Madrid desestimó a su vez el recurso de apelación (SAP de Madrid, Sección 28.ª, de 9 de julio del 2018 [JUR 2018\229649]).

La Audiencia, después de advertir que no cabía convertir la impugnación de la resolución administrativa en un juicio declarativo sobre la titularidad de las participaciones sociales, vino a respaldar el criterio del registrador y de la DGRN por cuanto la compañía no había presentado instrumento probatorio alguno capaz de desvirtuar la titularidad que, como principio de prueba, acreditó la solicitante (sin que resultara suficiente a estos efectos que se acreditara el embargo de las participaciones por la Agencia Tributaria, puesto que ello no supone pérdida de titularidad).

Pero, además, la Audiencia no dejó de hacer referencia, *obiter dicta*, a la afirmación de la DGRN acerca de que la transmisión de las participaciones debería haber constado en documento público. A este propósito, manifestó —siguiendo el criterio de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero del 2011— que «la exigencia formal de documento público ha sido entendida en el sentido de que no tiene carácter esencial —*ad substantiam o solemnitatem*— y sólo cumple la función de medio de prueba —*ad probationem*— y de oponibilidad de la transmisión a los terceros —*ad exercitium o utilitatem*—, en sentido similar al que atribuye a la misma forma el artículo 1279 del Código Civil». Así, la Audiencia Provincial coincidió con la Dirección General en destacar que la sociedad no podía fundar la falta de legitimación del solicitante como socio en un mero documento privado de venta, sino que habría sido necesario acreditar la transmisión aportando la correspondiente copia de la escritura (art. 106 LSC).

Con respecto a esta conclusión, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que, en realidad, el asunto que había que debatir no era la oponibilidad frente a la sociedad de la transmisión de las participaciones sociales no documentada públicamente (como habría sido el caso si un adquirente hubiera pretendido ejercer los derechos inherentes a la titularidad de las participaciones adquiridas en documento privado). Antes bien, el problema era de «invocabilidad» por la sociedad del contrato celebrado entre las partes (y, por tanto, en definitiva, un problema de prueba de la realidad jurídica). Pero ni la Dirección General ni la Audiencia se preguntaron si, planteada la cuestión en esos términos, resultaba igualmente exigible algún requisito formal para que la sociedad pudiera invocar la realidad material de la transmisión de las participaciones (sin que, por otra parte, el sentido desestimatorio de la sentencia de segunda instancia hubiera de quedar afectado por la respuesta, dado que la demanda debía circunscribirse a las alegaciones efectuadas y a la prueba practicada en el expediente registral). Piénsese, por ejemplo, en los acreedores del *accipiens*; ¿habrían de asumir que las participaciones todavía pertenecen al *tradens* por haberse transmitido en documento privado?

## Transmisión de participaciones sociales

### Ineficacia de la transmisión de participaciones sociales con infracción del régimen restrictivo

Cuando es de aplicación el régimen restrictivo previsto en el artículo 107 LSC, es imprescindible que se respete el procedimiento allí establecido. Ello supone, ante todo, que el socio que pretende transmitir sus participaciones ha de comunicarlo por escrito a los administradores (art. 107.2a LSC).

Así lo ha manifestado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 24 de abril del 2018 [JUR 2018\188854] en la que, confirmando la sentencia de primera instancia, se consideró ineficaz frente a la sociedad la transmisión efectuada sin haberse producido la preceptiva comunicación en los términos legalmente previstos (art. 112 LSC). Ello quiere decir que la comunicación ha de realizarse en todo caso (sin excepción alguna cuando resulten aplicables las limitaciones legales)

con carácter previo (no puede salvarse la validez de la transmisión mediante una comunicación a posteriori) y con un contenido concreto, referido a operaciones realmente proyectadas y completo en cuanto a las condiciones de éstas (no cabe entender cumplido este requisito mediante comunicaciones abstractas, incompletas o incorrectas).

La Audiencia recuerda que la comunicación previa es la piedra angular del régimen de transmisión. Sólo siendo previa y reuniendo las condiciones que se acaban de mencionar estarán los socios en condiciones de conocer las características de aquélla y, por tanto, de ejercer —si fuera el caso— su derecho de adquisición preferente con pleno conocimiento de causa y con posibilidad de discernir sobre la cuestión para acordar el rechazo o la autorización de la transmisión.

## Junta general

### **La caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos sociales nulos no los convierte en inscribibles**

Presentados a inscripción acuerdos de disolución y liquidación de una sociedad de responsabilidad limitada, el registrador la denegó por no haberse respetado el quórum estatutario y por haberse celebrado la junta en ciudad distinta a aquella en la que la compañía tiene su domicilio social.

El notario autorizante interpuso recurso alegando que había transcurrido ya el plazo de un año sin que se hubieran impugnado los acuerdos sociales, por lo que estos habrían devenido inimpugnables convirtiéndose en actos válidos susceptibles de desplegar todos sus efectos y, por tanto, inscribibles en el Registro Mercantil.

Mediante resolución de 30 de mayo de 2018 (BOE núm. 145, de 15 de junio) la DGRN desestimó el recurso y confirmó la nota de calificación del registrador. Los argumentos del Centro Directivo se ubican en dos planos distintos. De una parte y desde el punto de vista de la técnica registral, se razona en torno a la imposibilidad de que el registrador pueda determinar si, efectivamente, la acción de impugnación de un concreto acuerdo se encuentra o no caducada. De otro lado, y ya en el terreno de los principios sustantivos, se afirma que la no impugnabilidad de un acuerdo no lo convalida, de tal manera que pase por ello a ser inscribible.

1. En cuanto a lo primero, la DGRN recuerda que la apreciación de la existencia de caducidad de la acción para la impugnación de los actos societarios no es, en absoluto, automática, al depender su apreciación de un conjunto de factores que derivan de la situación de hecho, de la posición relativa del actor y de la valoración de la conducta de las partes (y cuya concurrencia sólo pueden determinar los tribunales). A este respecto la resolución reseñada recuerda que la fijación del *dies a quo* es una cuestión que ha de ser valorada por el juzgador (teniendo en cuenta que, a la vista de la jurisprudencia anterior y de la nueva redacción del art. 205.2 LSC,

se trata de un asunto que puede suscitar dudas). En suma, no cabe pretender que, en el estrecho ámbito del expediente registral, caracterizado por la exclusiva aportación de la documentación pública que le sirve de sustento, pueda el registrador apreciar y valorar una serie de circunstancias extracartulares de las que depende la efectiva caducidad de la acción y que, por su naturaleza, están reservadas al conocimiento de los tribunales.

A ello hay que añadir la posibilidad de que el supuesto sea de aquellos en los que la Ley considera que no cabe caducidad de la acción por ser el acuerdo contrario al orden público. Y es que, como observa el Centro Directivo, el concepto de orden público es indeterminado y sólo a los tribunales corresponde decidir si, en el caso concreto, se ha producido su violación. Por ello, determinar si una junta celebrada en un domicilio distinto al legalmente previsto y con la asistencia de un porcentaje de capital inferior al preciso para la adopción de acuerdos supone una infracción del orden público no está al alcance de la sociedad (la mera afirmación del administrador de la compañía de que no se ha interpuesto acción de impugnación en un año no permite tenerla por caducada). Ni, por supuesto, del registrador. Todo lo cual supone que no es posible afirmar, con ocasión del trámite de calificación registral, que los acuerdos adoptados no puedan ser objeto de impugnación (y, en su caso, de declaración de nulidad por los tribunales).

Menos adecuadas resultan en el contexto de esta discusión otras consideraciones formuladas por la DGRN. En concreto aquellas en las que se señala que no sólo la determinación del *dies a quo* es una cuestión de hecho que ha de ser valorada por el juzgador, sino que la concurrencia de otras circunstancias como la lesión del interés social, la existencia de abuso de derecho, o la eventual legitimación de un tercero, escapan por completo de la competencia del registrador al tratarse de circunstancias que no pueden resultar de la documentación aportada por implicar un juicio de valor sobre una situación de hecho ajena al contenido del procedimiento registral. Incluso se apunta, más adelante, que la mera afirmación de que no se ha ejercitado la acción de impugnación ni excluye que pueda ejercitarse ni la existencia de circunstancias que lo permitan por causas ajenas a las meramente formales o procedimentales de constitución y desarrollo de la junta.

La cuestión estriba, a nuestro juicio, en que la discusión (en sede registral) se ha de plantear en torno a la caducidad de la acción para impugnar el acuerdo por los defectos apreciados por el registrador (en este caso defectos relativos a la correcta celebración de la junta general), no por cualquier otro que pudiera existir. Esto es: no basta con aducir la posibilidad de que concurran otros motivos de impugnación (ajenos al ámbito de apreciación del registrador) para concluir que no cabe la inscripción porque no puede afirmarse que la acción para hacerlos valer ha caducado (de la misma manera que el registrador no puede denegar la inscripción por razones de ese tipo —por ejemplo, por considerar que el acuerdo se ha adoptado con abuso de derecho—). El argumento así enunciado no es convincente porque, como se ha apuntado, debería circunscribirse a los defectos puestos de relieve por el registrador para denegar la inscripción (cuestión diferente es que se considere preferible plantear el problema en otros términos). Por el contrario, a estos efectos sí pueden construirse argumentos, como hemos visto que hace la DGRN,

alrededor de la dificultad para determinar el *dies a quo* del plazo de caducidad (y, por tanto, para saber si la acción ha caducado) y de la imposibilidad de definir si el acuerdo se opone o no al orden público.

Finalmente, y en relación con lo dicho, cabe recordar que el registrador mercantil debe calificar todos los extremos concernientes a la celebración de la junta que afecten a su validez. Entre otros, los relativos a los requisitos de la convocatoria, a la persona legitimada para convocar, al cómputo del plazo para su celebración, al lugar de celebración, al quórum de asistencia, a la representación de los asistentes, a la validez de los acuerdos y la aprobación del acta...

2. En lo que concierne al segundo nivel de argumentación, la DGRN aclaró que la eventual caducidad de la acción no convierte en válidos los acuerdos tachados de nulidad (simplemente los hace inatacables en vía de impugnación). La determinación de si concurre o no tacha de nulidad no depende del transcurso del tiempo, sino de la debida acomodación a los presupuestos legales y estatutarios. No puede confundirse, por tanto, la limitación temporal derivada del principio de seguridad jurídica en materia mercantil o las exigencias derivadas de la eficiencia empresarial con las consecuencias derivadas de nulidad.

De esta forma, no cabe sostener que el transcurso del tiempo transforma lo nulo en válido, ni que lo nulo queda integrado en la realidad jurídica como si la tacha no existiese. Ni siquiera cuando el acto accede al Registro Mercantil ocurre así. Con independencia de las consecuencias que puedan derivarse de la inimpugnabilidad, lo cierto es que el acto nulo continúa siéndolo, lo que impide su acceso al contenido del Registro.

## Administradores

### Juicio notarial de suficiencia de representación en administrador societario no inscrito

La RDGRN de 18 de septiembre de 2018 (BOE núm. 241, de 5 de octubre) trata del alcance de las funciones del notario y del registrador en materia de juicio de capacidad de sociedades.

La redacción actual del artículo 98 de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y el artículo 18 de la Ley Hipotecaria ha provocado diferencias sobre el alcance de las funciones del notario y del registrador al calificar los títulos de compraventa de fincas en los casos en que el poder del otorgante no está inscrito en el Registro Mercantil como es preceptivo, aunque no constitutivo (excepto la delegación en el consejero-delegado cuya inscripción si es constitutiva). Cuando el nombramiento no esté inscrito, no basta con que el notario autorizante reseñe el documento auténtico aportado para acreditar la representación alegada con la expresión de que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato de que se trate.

La DGRN concluye que, para que el nombramiento de administrador produzca efectos desde su aprobación, háyase o no inscrito dicho nombramiento, en el Registro Mercantil, es preciso justificar que dicho nombramiento es además válido por haberse realizado con los requisitos, formalidades y garantías establecidas por la legislación de fondo aplicable.

Por tal razón, si el nombramiento de administrador no figura inscrito en el Registro, la reseña identificativa del documento notarial del que resulta la representación acreditada al notario autorizado de la escritura, debe contener todas las circunstancias que legalmente sean procedentes para entender válidamente hecho el nombramiento de administrador por constar el acuerdo válido del órgano social competente para su nombramiento debidamente autorizado, la aceptación de su nombramiento y, en su caso, notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos en términos que hagan compatible y congruente la situación registral con la extra registral; todo ello para que pueda entenderse desvirtuada la presunción de exactitud de los asientos del Registro Mercantil.

### **Retribuciones de administradores contrarias al interés social: alcance del control judicial**

La SAP de Barcelona [15ª] de 10 de mayo de 2018 [JUR 2018\134323], reiterando la doctrina ya sentada en la Sentencia de la misma sección de 12 de septiembre de 2017, ha recordado que las retribuciones de los administradores fijadas por la junta general pueden ser controladas judicialmente desde la perspectiva de su oposición o incompatibilidad con el interés social.

En este sentido recuerda la resolución comentada que la mayoría no puede, con fundamento en el principio de libertad de empresa, adoptar los acuerdos que considere más adecuados a sus propios intereses cuando los mismos puedan resultar gravemente perjudiciales o lesivos para la minoría. Por ello la Ley encomienda al juez el control de los excesos en los que se hubiera podido incurrir.

En suma, se parte de que los socios de una sociedad mercantil tienen un deber de fidelidad frente a la sociedad y frente a sus consocios (deber que se justifica porque las decisiones del socio pueden repercutir sobre los consocios sin necesidad de que estos lo consientan). De ahí la relevancia que en este campo adquiere la noción de abuso de derecho que, trasladada a este ámbito, permite concluir que abusa de su derecho de voto el socio mayoritario que adopta decisiones sociales con clara desconsideración de los intereses de los demás socios. Esto puede suceder con los acuerdos de fijación de la remuneración del administrador (STS 13 de junio de 2012), particularmente cuando el cargo de administrador es ostentado por el socio mayoritario (hipótesis en la que la fijación de una retribución excesiva puede convertirse en instrumento para imponer de facto a los socios una participación en beneficios distinta a la que determina la respectiva participación en el capital).

Por ello está al alcance de los tribunales analizar si la retribución atribuida al administrador social resulta proporcionada (y ello con independencia de cuál sea el sistema de remuneración establecido en los estatutos). Ahora bien, el control judicial no debe alcanzar a determinar cuál es la retribución razonable, sustituyendo a la voluntad de la junta general, sino que se debe limitar a examinar si el acuerdo de la junta supone o no un abuso de derecho (se trata, por tanto, de un control de «mínimos de razonabilidad»).

Entre los elementos que pueden tenerse en cuenta para realizar este juicio de razonabilidad se encuentran la práctica seguida en ejercicios anteriores (sin que éste sea un elemento determinante si las circunstancias han cambiado), la retribución que para funciones semejantes se fijan habitualmente en el mercado y la relación que la remuneración guarda con los ingresos o con los beneficios de la compañía.

### **Seguro de responsabilidad civil de administradores de sociedades**

La compañía tomadora de un seguro de responsabilidad civil de administradores de sociedades mercantiles ejercitó (argumentando su condición de perjudicada) acción directa (art. 76 LCS) contra la aseguradora, reclamando el abono de las cantidades que (en su opinión) debía abonarle el administrador único de una filial íntegramente participada en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados con su comportamiento contrario a los deberes inherentes al desempeño del cargo.

La demanda fue desestimada en la primera instancia pero estimada en la segunda. Mediante Sentencia de 11 de septiembre de 2018 [JUR 2018\241697] el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación formulado por la compañía aseguradora y confirmó la inicial desestimación de la demanda (aunque por motivos diferentes a los recogidos en la sentencia del juzgado).

En términos sintéticos, la argumentación del Tribunal Supremo se apoyó en las siguientes consideraciones:

1. La viabilidad de la acción directa (que permite dirigirse directamente contra la aseguradora) exige acreditar la responsabilidad del asegurado (en el caso resuelto, del administrador de una sociedad por actos realizados en el ejercicio de su cargo). Por ello debe justificarse, declararse y cuantificarse esta responsabilidad.
2. La acción de responsabilidad ejercitada por la tomadora/perjudicada fue la acción individual (art. 241 LSC) y no la social (art. 238 LSC). Así se deduce del hecho de que la actora no era la compañía gestionada por el administrador en cuestión, de manera que solicitaba una indemnización para ella y no para la primera (la filial participada). Recuérdese que el ejercicio de la acción social resulta procedente cuando el daño se causa directamente a la sociedad administrada (de ahí que persiga indemnizarla por el perjuicio sufrido, al margen de quién, de entre los legitimados, ejercite la acción). Por el contrario, la acción individual procede cuando el acto hubiera lesionado directamente (no de manera «refleja», derivada —por ejemplo— de su participación en la compañía) los intereses de algún socio o de un tercero, estando legitimado para su ejercicio el directamente perjudicado.
3. En consecuencia, no cabe que mediante la acción individual pueda el socio exigir al administrador social responsabilidad por los daños que se produzcan de modo indirecto en su patrimonio como consecuencia del perjuicio causado directamente a la sociedad. Para que la acción individual de responsabilidad tenga éxito se requiere la existencia de un daño directo a los socios

o a terceros. Si el daño al socio es reflejo del daño al patrimonio social sólo puede ejercitarse la acción social de responsabilidad. En tal caso, la indemnización que se obtenga reparará el patrimonio social y, mediatamente, el individual de socios o terceros.

4. En el caso concreto resuelto por la STS de 11 de septiembre de 2018 se constató que la actuación del administrador causó daños directamente a la sociedad administrada (filial) y no a la demandante (que sólo sufrió daños indirectos en cuanto socia/matriz de aquella compañía). Por tanto, al no existir responsabilidad inmediata del administrador asegurado frente a la actora no concurría uno de los presupuestos esenciales del ejercicio de la acción directa contra la aseguradora de la responsabilidad civil, lo que condujo a la desestimación de la demanda. Quizás la solución habría sido distinta si hubiera sido la sociedad administrada la que hubiera ejercitado la acción (en este caso social) de responsabilidad.

### **Acción de reembolso entre administradores solidarios**

La SAP Madrid de 18 de mayo de 2018 (JUR/2018/214570) versa sobre la procedencia del reintegro interesado por un administrador solidario que se vio obligado a atender una derivación de responsabilidad tributaria, frente al otro administrador solidario de la misma compañía. En particular, se plantea la cuestión de si la petición de reintegro encuentra su fundamento en la responsabilidad extracontractual del administrador solidario demandado —contra quién no se derivó la responsabilidad tributaria— o en la acción de reintegración o regreso que en el ámbito interno asiste a los obligados solidariamente (deudores solidarios) frente a terceros, de conformidad con el artículo 1145 del Código Civil.

En el caso de autos, demandante y demandado eran los administradores solidarios de una mercantil que se vio inmersa en expedientes administrativos por impago de diversos tributos (IVA e Hidrocarburos). Dichos expedientes culminaron en la derivación de responsabilidad a los administradores solidarios, que se concretó en un acuerdo administrativo que declaró a uno de ellos responsable subsidiario del pago de las obligaciones tributarias pendientes de la sociedad, procediendo el mismo a efectuar el pago.

Posteriormente, el administrador solidario frente al que se derivó la responsabilidad reclamó al otro administrador el 50% de la suma abonada, con los correspondientes intereses legales, al entender que era corresponsable en su condición de administrador al tiempo de generarse la deuda y de derivarse la responsabilidad tributaria frente al que atendió el pago.

Alejándose totalmente del debate suscitado entre las partes, con un evidente error de enfoque, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil consideró que la insolvencia de la sociedad deudora no era motivo suficiente para considerar que debía prosperar una acción individual de responsabilidad frente al administrador social, lo que fue cuestionado por el administrador demandante y apelante, que sin alegar formalmente incongruencia, sí puso de manifiesto en el recurso de apelación que lo que se había ejercitado era una acción de repetición entre administradores solidarios. Tal criterio es compartido por la Audiencia Provincial de Madrid al indicar que no procedía enjuiciar de modo separado una imputación merced a una acción individual de responsabilidad por la realización

de un conducta dañosa para tercero, puesto que no consistía en ello la causa petendi, y afirmando que la acción de reembolso del artículo 1145 del Código Civil es aplicable en este caso, pues «opera, precisamente, entre quienes ostentan la condición de deudores solidarios y en la medida en que alguno de ellos experimenta el beneficio de verse liberado de la responsabilidad externa frente al acreedor puede verse obligado a tener que soportar luego una posterior reclamación, en vía interna, por parte de aquél que, al efectuar el pago completo, satisfizo también la parte de deuda que correspondería a aquél».

En aplicación de la normativa tributaria (art. 40.1 luego 43.1º de la Ley General Tributaria) la Administración Tributaria pudo haberse dirigido frente a cualquiera de los administradores por negligencia grave por culpa in vigilando, derivada de su comportamiento omisivo al no atender los impuestos, que gravaban a la sociedad. Dicho comportamiento omisivo se considera por lo general imputable a ambos administradores que eran deudores solidarios, y en particular al demandado quien, al alegar ser ajeno a la iniciativa en la gestión social, ponía de manifiesto su propia imputación por inacción o aquietamiento, que no puede oponer quien con su aceptación del cargo de administrador asume la responsabilidad inherente al mismo. Se puede llegar a la conclusión de que una defensa del tipo «yo no me encargaba de la gestión» (salvo que responda a una verdadera dimisión) nunca prospera.

## Cuentas anuales

### Responsabilidad de los auditores por su actuación negligente

Una sociedad anónima demandó a una compañía auditora y a una persona física solicitando que se declarara el incumplimiento del contrato de auditoría suscrito en diciembre de 2007 y prorrogado hasta el ejercicio de 2010. Reclamó, además, una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por tal incumplimiento que se concretaban, sustancialmente, en el «diferencial» existente entre el patrimonio inicial de la sociedad actora a 31 de diciembre de 2007 y su patrimonio neto a fecha 31 de diciembre de 2010.

La demanda fue desestimada en primera instancia. La Audiencia Provincial revocó la sentencia del juzgado y, estimando en parte la demanda, declaró incumplido el contrato de auditoría que vinculaba a las partes desde el año 2007; y, habida cuenta de la responsabilidad contractual de los codemandados, los condenó a indemnizar solidariamente a la entidad demandante en la cantidad de 2.200.000 € (SAP de Madrid [Sección 10ª] de 27 de enero de 2015 [JUR 2015/82793]). Los demandados interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, que fueron desestimados por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de septiembre de 2018 [JUR 2018\251406].

En síntesis, en su recurso de casación los recurrentes vinieron a negar la existencia de un nexo causal entre la acción ilícita y el daño producido. Básicamente adujeron que: 1) el daño reconocido (la pérdida patrimonial evidenciada por la comparación entre los estados contables de 2007 y 2010) se hubiera producido en todo caso porque fue consecuencia de la crisis económica padecida con carácter generalizado; 2) el comportamiento negligente de los socios, administradores y personal de alta dirección de la sociedad actora (que eran los mismos) debió impedir la apreciación de la existencia de una relación de causalidad (porque si se hubieran comportado diligentemente el daño no se habría producido).

El TS comenzó por constatar los numerosos y reiterados incumplimientos de la *lex artis* en que incurrió la entidad demandada (como, por ejemplo, la ausencia de comprobación de la necesaria coincidencia formal entre los originales y las copias de los albaranes examinados; la falta de cotejo con sus correspondientes facturas; la ausencia de comprobación de la cantidad o número de unidades de los productos; la expedición de facturas y entrega de mercancías a clientes distintos a los que figuran en los albaranes; la inadvertencia de las notables diferencias en los estados contables de la empresa —particularmente las relativas a «facturas pendientes de emitir» e «ingresos anticipados» —; la falta de fiabilidad de la aplicación informática de gestión de cuentas de la empresa).

A lo cual el TS añadió, por una parte, que la Audiencia había tenido en cuenta adecuadamente la posible incidencia de la crisis económica en la producción del daño (por lo que la argumentación de los recurrentes en este punto se consideró carente de fundamento). Y, por otra, que si bien la Audiencia había reprochado a los administradores la falta de medidas preventivas para evitar disfunciones en la organización interna de la empresa, también entendió que dicho comportamiento no produjo una quiebra del nexo causal apta para liberar de responsabilidad a la compañía auditora. El TS apuntó finalmente, en línea con la sentencia recurrida, que el hecho de que el deber legal de formular las cuentas anuales corresponda a los administradores no comporta, según las propias normas técnicas de auditoría, la exoneración del auditor de su obligación de efectuar las verificaciones oportunas que permitan detectar la existencia de irregularidades. De hecho, la empresa auditora, pese a las deficiencias que presentaba la documentación de la sociedad auditada, emitió los cuatro informes correspondientes al periodo 2007 a 2010 sin hacer constar salvedades relevantes. Por último, la sentencia reseñada recuerda que la circunstancia de que los socios y administradores sean las mismas personas (lo que no resulta infrecuente en las pequeñas y medianas empresas) tampoco comporta, por sí sola, que la compañía auditora quede eximida de su responsabilidad profesional.

En suma, el TS vino a entender, de acuerdo con la jurisprudencia relativa a los criterios de imputación causal de los auditores, que la negligente actuación de la sociedad auditora fue idónea para producir, por sí sola, un perjuicio patrimonial a la entidad auditada (que debe ser, lógicamente, reparado).

## Separación/exclusión de socios

### Modificación del régimen de transmisión de las participaciones y derecho de separación

La modificación de los estatutos sociales en las sociedades de responsabilidad limitada requiere el cumplimiento de reglas especiales en algunos casos, como el consentimiento de los socios afectados cuando la modificación implica nuevas obligaciones para éstos o cuando afecta a sus derechos individuales (no lo tiene el derecho de adquisición preferente de las participaciones sociales, según la jurisprudencia). En el caso concreto de la modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales, la protección del socio se canaliza sin embargo mediante el reconocimiento legal de un derecho de separación a los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo. Como este derecho a separarse de la sociedad equivale a la figura de la denuncia extraordinaria de los contratos de duración propia del Derecho de Contratos, se admite generalmente que no cualquier modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales activaría tal derecho a separarse de la sociedad (v.gr. plazo de ejercicio de un derecho o forma de realizar una notificación), sino que para activarlo sería preciso que la modificación fuera sustancial.

La RDGRN de 4 de julio de 2018 (BOE núm.174/2018, de 19 julio) reconoce que no procedería la separación ante «ligeras modificaciones de aspectos no sustanciales del régimen de transmisión de las participaciones». En el caso, sin embargo, se trataba de ampliar el régimen estatutario previsto en el sentido de permitir la transmisión libre de las participaciones no sólo a descendientes, sino también a ascendientes del socio persona física. Aunque la finalidad sea permitir las transmisiones en el ámbito familiar, no parece que sea una cuestión accesorio.

## Disolución/liquidación

### Disolución de pleno derecho y cancelación registral

La resolución de la DGRN de 28 de mayo de 2018 (BOE núm. 147, de 18 de junio) ha recordado algunas ideas en torno al significado y efectos de la disolución de pleno derecho de una sociedad (en el caso resuelto, de una sociedad profesional) y del alcance de la cancelación de los correspondientes asientos registrales.

1. La expresión «disolución de pleno derecho» significa que la sociedad entra en disolución por la concurrencia del supuesto previsto en la Ley, sin que sea precisa una previa declaración (acuerdo) social al respecto. De este modo se distingue la disolución de la sociedad derivada de un acuerdo societario (meramente voluntario —art. 368 LSC — o provocado por la concurrencia de causa de disolución —art. 362 LSC —), de aquellos otros supuestos en que la disolución se produce *ipso iure* al concurrir el supuesto previsto legalmente (cfr., por ejemplo, la disposición transitoria primera de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales).

2. La operatividad automática de la disolución no implica, sin embargo, que el período de liquidación que se abre seguidamente haya de revestir características distintas de las propias de aquellos supuestos en los que la disolución se produce a consecuencia de un acuerdo social. De forma que la apertura de la fase de liquidación a consecuencia de la disolución de pleno derecho de la sociedad no afecta a la persistencia de su personalidad jurídica hasta que se produzca la conclusión ordenada de las relaciones jurídicas pendientes (de acuerdo con el régimen jurídico recogido en los arts. 371 y siguientes de la LSC).
3. En los supuestos «ordinarios» la cancelación de los asientos registrales relativos a la sociedad seguirá a la conclusión del proceso liquidatorio y a la aprobación del balance final de la sociedad (cfr. arts. 395 y 396 LSC). Pero de ello no cabe inferir que la cancelación de asientos implique la extinción de la personalidad jurídica, ni que tal extinción pueda anticiparse al agotamiento de todas las relaciones jurídicas pendientes de la sociedad (cfr. arts. 383 a 400 LSC y 228 CCo). En suma: la cancelación de los asientos registrales de una sociedad (que no es sino una fórmula de mecánica registral para consignar una vicisitud de la sociedad —por ejemplo, que se considera concluida la liquidación o la propia disolución de pleno derecho en ciertos casos— vid. disp. transitoria 1ª Ley 2/2007) puede preceder a la definitiva extinción de la personalidad de la sociedad. En consecuencia, tal situación registral (cancelación) no puede constituir obstáculo a la práctica de eventuales asientos posteriores (que sean compatibles con la transitoriedad y finalidad liquidatoria de la subsistencia de la personalidad jurídica). De ahí que la pervivencia de la personalidad de la sociedad disuelta de pleno derecho no sea contradictoria con la imposición al registrador del deber de cancelar inmediatamente y de oficio los asientos registrales de la sociedad profesional que no se hubiera adaptado en tiempo a la Ley 2/2007.

### **Cuatro apuntes en relación con los deberes y responsabilidades de los liquidadores de sociedades de capital**

La Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 4.ª) de 12 de marzo del 2018 (JUR 2018\130159) ha formulado algunas interesantes consideraciones en torno a los deberes y responsabilidad de los liquidadores de sociedades de capital.

1. Aunque la letra de la rúbrica del artículo 397 LSC y la ubicación sistemática del precepto parecen contraer la responsabilidad de los liquidadores a los daños derivados de una liquidación ya concluida y consumada con la cancelación de la sociedad, debe sostenerse que dicha responsabilidad no está condicionada necesariamente a la finalización de las operaciones de liquidación. Antes bien, aquélla podrá exigirse con sujeción a las reglas generales cuando con su conducta los liquidadores hayan causado un daño o perjuicio directo o indirecto a la sociedad, a los socios o a terceros con interés legítimo. De hecho, la remisión contenida en el artículo 375.2 LSC permitiría invocar en este ámbito los artículos 236 y siguientes de dicha ley, relativos a la responsabilidad de los administradores sociales.

2. Conforme a los principios comunes, para que pueda afirmarse la responsabilidad de los liquidadores, es precisa la existencia de una relación de causalidad entre la conducta ilícita o indebida desarrollada y el daño directo ocasionado a quien acciona. Ahora bien, cuando está acreditado el incumplimiento de los deberes que incumben al liquidador, la carga de la prueba de la relación de causalidad no puede desplazarse sobre los acreedores. Así, corresponderá al liquidador —que es quien cuenta con mayor facilidad probatoria en este contexto— demostrar que la situación económico patrimonial de la sociedad habría impedido, en cualquier caso (esto es, al margen de su comportamiento), el cobro total o parcial del crédito reclamado.
3. No resulta admisible que el liquidador defina unilateralmente una estrategia puramente pasiva para realizar los activos de la compañía (aguardar a que una eventual mejora en las condiciones del mercado procurara la presentación por terceros de ofertas de compra de los activos de la sociedad por un precio que permitiera cubrir en mayor medida los pasivos). Al actuar de esta forma el liquidador incumple los deberes inherentes a su cargo.
4. El liquidador, en tanto órgano de representación de la sociedad deudora, está afectado por el deber de solicitar el concurso en cuanto conozca o deba conocer (bien inicialmente, bien en el marco de las operaciones de liquidación) la imposibilidad de atender al cumplimiento regular de las obligaciones exigibles. En todo caso, conviene precisar que, en el marco de una liquidación societaria, por cumplimiento regular de las obligaciones exigibles debe entenderse el que puede efectuarse con el producto de la realización de los bienes y del cobro de los créditos sociales (de modo que el concepto mismo de «insolvencia» del artículo 2 de la Ley Concursal debe matizarse cuando la sociedad se encuentra en liquidación).

### **Quien contrata con una sociedad de capital nula no deja de ser tercero con respecto a los constituyentes de ésta**

En un asunto en el que todavía resultaba de aplicación la normativa sobre quiebras del Código de Comercio (y, en concreto, el hoy derogado art. 878), se planteó el problema del alcance de la protección del artículo 34 Ley Hipotecaria con respecto del subadquirente de un derecho real de hipoteca.

Los hechos relevantes, sintéticamente expuestos, fueron los siguientes: la sociedad quebrada (IM-SIDEX) había constituido en su momento, junto con una compañía participada por ella y un tercero, la compañía ZOMOTE (a la cual aportó determinadas fincas posteriormente agrupadas). Posteriormente, esta sociedad constituyó hipoteca sobre la finca resultante de dicha agrupación a favor de la mercantil MITRE (después NEWGATE). Todas estas actuaciones se produjeron con posterioridad a la fecha a la que se retrotrajeron los efectos de la quiebra.

La cuestión, en términos simples, pasaba por determinar si MITRE reunía las condiciones necesarias para ser un tercero protegido por el referido artículo 34 Ley Hipotecaria. La SAP de Madrid [28ª] de 26 de enero de 2018 [JUR 2018\51724] respondió afirmativamente a esta pregunta (revocando la sentencia de primera instancia). Para ello se basó, de un lado, en el principio de que el artículo 878 CCo no impide la aplicación del artículo 34 Ley Hipotecaria a las

adquisiciones realizadas de quien, a su vez adquirió, del quebrado (esto es, la ineficacia proclamada por el art. 878 CCo no alcanza al acto de disposición que no ha realizado el quebrado, sino el adquirente de éste, de forma que, dándose las condiciones para ello, se protege al subadquirente); y, de otro, la Audiencia partió de la base fáctica de que, en el caso concreto, la adquisición se realizó por MITRE (subadquirente) a título oneroso y de buena fe.

Lo que ahora interesa poner de manifiesto es que la Audiencia Provincial consideró irrelevante a los efectos de su decisión el hecho de que la sociedad ZOMOTE había sido declarada nula en un pronunciamiento de la sentencia apelada que había devenido firme. Técnicamente, el criterio de segunda instancia está bien fundado: la declaración de nulidad de una sociedad de capital comporta la apertura de su liquidación (como si concurriera una causa de disolución), pero en nada afecta por sí misma a la validez de los actos realizados antes de la declaración de nulidad (o incluso a los efectuados después, ya en período de liquidación), si dichos actos se sujetan a los preceptos legales aplicables. En suma, la nulidad de la constitución de *Secundus* no afecta por sí misma a la condición de tercero protegido de *Tertius* porque dicha nulidad no se resuelve en la desaparición de *Secundus*, por lo que no permite atribuir el acto de constitución de la hipoteca directamente a *Primus* (esto es a IMSIDEX), lo que podría poner en discusión la entrada en juego del artículo 34 Ley Hipotecaria (aunque la Sentencia reseñada se inclina por su aplicabilidad también en este caso en una declaración *obiter dicta*).

Cuestión distinta, pero que la sentencia comentada no discute, es que hubiera podido acreditarse que, en realidad, ZOMOTE era materialmente el mismo sujeto que IMSIDEX, en cuyo caso MITRE no sería un tercero subadquirente y no podría ampararse en la protección de las normas hipotecarias.

### **El conocimiento de que la sociedad está incurso en causa de disolución no impide demandar ex artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital: hace falta «control»**

#### 1. Hechos probados:

La Audiencia Provincial de Zaragoza declaró probado que el demandante de responsabilidad de los administradores por las deudas sociales: *«conocía perfectamente la situación de grave dificultad económica de la sociedad administrada por los demandados»* (conocía que la sociedad estaba en una situación de fondos propios negativos) y añade que *«quien contrató con conocimiento claro de un evidente riesgo, por la situación de la otra sociedad contratante, asume esa realidad. Pues contrata en base a ésta. No a expensas de una cobertura subsidiaria de los administradores sociales»*.

Parece obvio: si se suministra conociendo las graves dificultades económicas por las que atraviesa la compañía suministrada se asume el riesgo de impago y, por tanto, el «daño» (en este caso la realización de ese riesgo en el impago efectivo de la deuda) es imputable al comportamiento de la propia víctima y no al administrador que no promovió la disolución de la compañía.

## 2. Jurisprudencia del TS

La STS 1ª núm. 207/2018 de 11 de abril [RJ 2018\1735] es la segunda en la que el Tribunal Supremo se desmarca de su jurisprudencia anterior que consideraba contrario a la buena fe (art. 7 CC) interponer una acción de responsabilidad de administradores por no promoción de la disolución si en el momento de realizar la prestación a la sociedad se conocía que ésta se encontraba en causa de disolución.

El TS recalca que, como se dijo en la STS de 4 de diciembre de 2013, se entendería que el acreedor actúa de forma contraria a la buena fe cuando, además del conocimiento de la mala situación económica o insolvencia del deudor, concurren «otro tipo de circunstancias adicionales». Y añade: «Esas circunstancias van ligadas a que el acreedor demandante al conceder crédito a la sociedad gozaba no sólo de una situación de conocimiento, sino sobre todo, de control de la sociedad deudora que ponía en evidencia el riesgo que asumía de la insolvencia de esta. Lo que concurre, por ejemplo, cuando el acreedor es un socio dominante o relevante de la sociedad deudora. El mero conocimiento de la insolvencia del deudor, que es lo que ocurre en este caso, a tenor de los hechos acreditados en la instancia, no es suficiente».

## Modificaciones estructurales

### Sobre el traslado a España del domicilio social de una sociedad panameña

La RDGRN de 6 de junio de 2018 (BOE núm. 153, de 25 de junio) resuelve el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles de Burgos, por la que se suspende la inscripción de traslado internacional de domicilio social a España de una sociedad panameña. Aunque las cuestiones abordadas en la resolución son varias, hay dos que se plantean específicamente por el carácter transnacional de la operación:

1. En primer lugar, la DGRN interpreta de manera flexible la exigencia del artículo 309 del Reglamento del Registro Mercantil («1. Cuando un empresario o entidad extranjera inscribible con arreglo a la legislación española traslade su domicilio a territorio nacional, se harán constar en la primera inscripción todos los actos y circunstancias que sean de consignación obligatoria conforme a la normativa española y se hallen vigentes en el Registro extranjero. Dicha inscripción se practicará en virtud de certificación literal o traslado de la hoja o expediente del Registro extranjero. 2. Será preciso, además, el depósito simultáneo en el Registro Mercantil de las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio terminado»), al considerar que el precepto no exige la aportación de una certificación literal de la totalidad del historial jurídico de la sociedad, sino exclusivamente de aquellos actos que se encuentren vigentes en el Registro extranjero y que, además, sean de consignación obligatoria según la normativa española con la finalidad de practicar la inscripción de traslado.

Esa regulación debe interpretarse a la luz del artículo 94 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales, que exige que la sociedad trasladada debe «cumplir con lo exigido por la ley española para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente, salvo que dispongan otra cosa los Tratados o Convenios Internacionales vigentes en España». Por ello, en la medida en que se acredite la existencia de la sociedad extranjera por certificación o traslado del Registro extranjero y el cumplimiento de los requisitos del tipo social adoptado en términos coherentes con aquella se podrá practicar la inscripción en el Registro Mercantil español, siempre que se acompañe el ejemplar de las cuentas anuales a que se refiere el artículo 309.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

2. En segundo lugar, el registrador había señalado como defecto el incumplimiento de la legislación panameña por no haberse respetado el plazo de seis meses previsto por aquella para aportar al Registro panameño certificado de que se había producido la inscripción del traslado de la sociedad en el Registro del país de destino. La DGRN resuelve que el registrador español tiene competencia, en el ejercicio de su deber de calificación, para valorar la aplicación del Derecho sustantivo extranjero en todo aquello que se refiera a la válida adopción del acuerdo de traslado de domicilio, cambio de nacionalidad o de estatuto personal, en su caso, y adaptación de estatutos a la ley española, pero tal competencia no se extiende al cumplimiento de las reglas del Estado de origen para llevar a cabo las inscripciones que correspondan en sus libros al ser esta una cuestión sujeta a la ley de lugar. La competencia del registrador español se agota en la valoración de la validez sustantiva de los actos que desembocan en el traslado internacional del domicilio y de cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma española para su inscripción en el Registro Mercantil, sin alcanzar al cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación de origen para llevar a cabo los asientos que conforme a la misma correspondan en su propio sistema registral.

## Sociedades cotizadas

### **Circular 3/2018, de 28 de junio , de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre información periódica de los emisores con valores admitidos a negociación en mercados regulados.**

El objetivo de la *Circular 3/2018, de 28 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre información periódica de los emisores con valores admitidos a negociación en mercados regulados relativa a los informes financieros semestrales, las declaraciones intermedias de gestión y, en su caso, los informes financieros trimestrales*, es adaptar el contenido de los modelos de los informes financieros semestrales, individuales y consolidados, así como las declaraciones intermedias de gestión y, en su caso, los informes financieros trimestrales, a los cambios: a) de la normativa contable internacional, principalmente la entrada en vigor, a partir del 1 de enero de 2018, de la NIIF 9 Instrumentos Financieros y la NIIF 15 Ingresos de Actividades Ordinarias procedentes de contratos con clientes y b) de la normativa nacional, principalmente la Circular 4/2017, de 27 de noviembre, del Banco de España y el RD 583/2017, de 12 de junio, por el que se modifica

el Plan de contabilidad de las entidades aseguradoras y reaseguradoras y normas sobre la formulación de cuentas anuales consolidadas de los grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras, aprobado por el Real Decreto 1317/2008, de 24 de julio.

Esta Circular, que deroga la Circular 1/2008, y su modificación parcial por la Circular 5/2015, entró en vigor el 4 de julio de 2018 y resultará de aplicación a los informes financieros semestrales y a las declaraciones intermedias que se refieran a periodos que comiencen a partir del 1 de enero de 2018 y tengan que presentarse y publicarse a partir de su entrada en vigor.

De conformidad con su Disposición Transitoria, las entidades emisoras, a partir del 1 de enero de 2019, deberán utilizar los modelos de información periódica que establece la Circular para la remisión de los informes financieros semestrales y trimestrales. En relación con el primer informe financiero semestral del ejercicio 2018, la entidad emisora deberá utilizar el formato de la Circular 5/2015 (siguiendo las directrices indicadas en dicha Disposición Transitoria).

Dentro de los cambios introducidos por la Circular destacan:

- Se adaptan los estados financieros consolidados del modelo general a las modificaciones introducidas por la NIIF 9 (en particular, se adapta la clasificación de los activos financieros a los nuevos requisitos establecidos por la NIIF 9).
- Se modifican los estados financieros consolidados e individuales, del modelo de entidades de crédito, para adaptarlos a la Circular 4/2017 del Banco de España, y para incluir las modificaciones introducidas por la NIIF 9.
- Se adaptan los estados financieros consolidados del modelo de aseguradoras, en todos aquellos aspectos que no contravengan las normas internacionales de contabilidad adoptadas, al RD 583/2017.
- Respecto a la Información financiera semestral, se añade la obligación de incluir las cuentas semestrales resumidas o completas o, en su caso, las notas explicativas, junto con el informe de gestión intermedio individual y, en su caso, consolidado. Se incluirá, en su caso, el informe de auditoría completo o revisión limitada de dichas cuentas semestrales resumidas o completas. No obstante, se ha dejado un capítulo específico para la incorporación, en su caso, del informe especial de auditoría.
- Se modifica la información estadística a facilitar en el segundo semestre por los emisores de valores de deuda y emisores de acciones que remitan el informe financiero anual en los dos meses siguientes a la finalización del ejercicio al que se refieren, para que coincida con la información facilitada en el primer semestre, de modo que la información «normalizada» en ambos periodos sea la misma.
- En el apartado relativo a «Dividendos pagados», se incluye la información relativa a los pagos flexibles.

- Se simplifica la información a incluir en el apartado «Información segmentada», de manera que se deberá informar de: a) la distribución del importe neto de la cifra de negocios por área geográfica, diferenciando entre mercado nacional e internacional, distinguiendo en este caso entre Unión Europea (zona euro y zona no euro) y Resto; y b) el importe neto de la cifra de negocios y el resultado para cada uno de los segmentos.
- En el apartado relativo a «Remuneraciones devengadas por los consejeros y directivos», se modifican los conceptos retributivos sobre los que se informa para adaptarlos a los conceptos incluidos en el Informe Anual de Remuneraciones a los Consejeros.
- En el apartado relativo a «Transacciones con partes vinculadas», se incluye un tercer cuadro para recoger los saldos al cierre y se reduce el nivel de desglose a facilitar respecto de los gastos e ingresos y otras transacciones.
- En la cuenta de pérdidas y ganancias individual y en el estado del resultado consolidado, se eliminan las columnas de porcentaje sobre el importe neto de la cifra de negocios.
- Se incluye información del periodo corriente en el estado de «Otro resultado integral consolidado», lo que permitirá en la información del segundo semestre distinguir entre la información del segundo semestre y la del acumulado del ejercicio.

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

**Fernando Igartua**

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

**David González**

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

**Daniel Marín**

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

**Alfonso Areitio**

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

**Mónica Weimann**

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

**Francisco Fita**

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

Para más información, consulte nuestra web [www.ga-p.com](http://www.ga-p.com), o diríjase al siguiente e-mail de contacto: [info@ga-p.com](mailto:info@ga-p.com).