



Sociedades

Área de Mercantil de Gómez-Acebo & Pombo

2021 N.º 22

Contenido

Análisis 4

- Aportaciones no proporcionales y reservas personalizadas. Fernando Marín de la Bárcena, Consejero académico de GA_P 4
- Junta exclusivamente telemática: mayorías necesarias para modificar los estatutos autorizando su convocatoria (y posible contenido de la correspondiente cláusula estatutaria). Alberto Díaz Moreno, Consejero académico de GA_P 8

Práctica Societaria 13

• Constitución y estatutos.....13

- Aportación a sociedad por su titular, pero sin consentimiento del ex cónyuge, de un inmueble gravado con un derecho de uso del artículo 96 del Código Civil (RDGSJFP de 29 de septiembre de 2021) 13
- Límites legales al reforzamiento estatutario de las mayorías (RDGSJFP de 28 de julio de 2021) 15
- Objeto social que comprende una actividad cuyo desarrollo requiere autorización administrativa (RDGSJFP de 17 de noviembre de 2021) 16
- Las normas estatutarias sobre la forma y la antelación de la convocatoria de la junta deben redactarse de forma que quede claro que no contradicen el artículo 98 LME (RDGSJFP de 4 de octubre de 2021) 16

• Junta general17

- Únicamente se consideran fehacientes las notificaciones intervenidas por la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A. (RDGSJFP de 17 de mayo de 2021) 17

- Nombramiento y destitución de administradores y mayorías y *quórum*s reforzados (RDGSJFP de 8 de septiembre de 2021)..... 18

- Valor de la fotocopia del poder otorgado para asistir a la junta general (SAP Barcelona de 12 de noviembre de 2021)..... 20

• Administradores21

- Otro recorte (material) a la acción individual de responsabilidad (STS de 6 de octubre de 2021)..... 21

- Ejercicio de acción individual de responsabilidad contra los administradores y, subsidiariamente, de la acción social (STS de 24 de noviembre de 2021) 23

- Derecho transitorio en la responsabilidad de los administradores por deudas sociales (STS de 5 de octubre de 2021) 24

- El ejercicio contra el administrador de la acción de responsabilidad por deudas sociales no requiere demandar a la compañía deudora (SAP Valencia de 9 de febrero de 2021) 26

- Inscripción del cese de uno de los dos administradores solidarios (RDGSJFP de 28 de junio de 2021)..... 26

- Nulidad del contrato celebrado con infracción del deber de lealtad y responsabilidad por los daños causados (SAP Barcelona de 4 de febrero de 2021) 27

- Responsabilidad de los administradores por contratar con personas vinculadas infringiendo el deber de lealtad (SAP Barcelona de 4 de febrero de 2021)..... 29

- **Impugnación de acuerdos sociales30**
 - Nulidad de decisión de administrador único por abuso de derecho (SAP Barcelona de 4 de octubre de 2021)..... 30
- **Dividendos y cuentas anuales 31**
 - El informe del auditor debe acompañarse necesariamente a las cuentas anuales cuando la sociedad tenga nombrado e inscrito auditor con carácter voluntario (RDGSJFP de 21 de octubre de 2021)..... 31
 - Depósito de cuentas de ejercicios anteriores y reapertura del registro (RDGSJFP de 18 de noviembre de 2021) 32
- **Disolución y liquidación33**
 - Cómputo de las pérdidas de los ejercicios 2020 y 2021 a los efectos de valorar la concurrencia de causa de disolución 33
- **Modificaciones estructurales33**
 - No es inscribible una escisión sujeta a condición suspensiva (RDGSJFP de 8 de junio de 2021)..... 33
- **Separación y exclusión de socios.....34**
 - Derecho de separación y nombramiento de experto: el registrador mercantil no tiene competencia para determinar si se ha ejercitado correctamente el derecho de separación (SAP León de 2 de julio de 2021)..... 34
 - Aplazamiento del pago de participaciones transmitidas entre socios como consecuencia del ejercicio de un derecho de adquisición estatutario (RDGSJFP de 28 de julio de 2021) 35

Análisis

Aportaciones no proporcionales y reservas personalizadas

FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

El presente trabajo analiza la figura de las «reservas personalizadas» como instrumento para facilitar la realización de aportaciones no proporcionales a la cuenta 118 del Plan General de Contabilidad.

1. Introducción

La realización de aportaciones directas al patrimonio de las sociedades de capital, contabilizadas en la cuenta 118 del Plan General de Contabilidad y registradas en los fondos propios de la compañía, es relativamente frecuente en la práctica, ya que permite realizar transferencias patrimoniales a favor de la sociedad con un significativo ahorro de tiempo y costes respecto a las efectuadas en el marco de una ampliación de capital. Se utilizan a menudo, y no sólo con las finalidades de financiación o saneamiento, sino también, en otros ámbitos,

para facilitar operaciones de reestructuración y transmisión de empresas.

Se trata de atribuciones patrimoniales llevadas a cabo por los socios «actuando como tales» (no como terceros), sin recibir acciones o participaciones a cambio (no imputables a capital), pero sin ánimo de realizar una liberalidad. La aportación se efectúa para que sea recibida y empleada por el órgano de administración en la consecución del fin común mediante el desarrollo del objeto social y sujeto al riesgo común (*ex causa societatis*) y carecen de naturaleza de pasivo.

Las entregas que se anotan en la cuenta 118, como todas las aportaciones, no se pueden reclamar unilateralmente una vez que se han comprometido y la sociedad las haya aceptado. La sociedad no tiene por ello la obligación de reintegrarlas ni de pagar

intereses (son *capital riesgo*). Cosa distinta es que, de hecho, no se puedan recuperar: la sociedad beneficiaria de la aportación la contabilizará como una reserva de capital dentro de los fondos propios, en el epígrafe A-1.VI «otras aportaciones de socios», pero pueden ser distribuidas si se cumplen los requisitos legales, del mismo modo que la prima de emisión o la prima de asunción (arts. 9.1 y 9.5 de la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas —ICAC— de 5 de marzo del 2019).

2. Régimen jurídico

Este tipo de aportaciones pueden ser el resultado de una obligación asumida por los socios en la escritura de constitución, pueden configurarse como prestación accesoria en los estatutos sociales o ser el resultado de pactos parasociales suscritos entre uno o varios socios en beneficio de la sociedad. También es posible que resulte de la voluntad unilateral del socio o socios aportantes expresada frente al resto de los socios mediante su voto a favor en el acuerdo de la junta general de la sociedad beneficiaria de la aportación. En ausencia de ese consentimiento previo o de dicha voluntad unilateral, los socios no pueden ser obligados a realizar nuevas aportaciones a favor de la sociedad, decisión que excede de la propia competencia de la junta general como órgano de la sociedad (arg. ex art. 291 LSC).

En lo que se refiere al objeto de las aportaciones, éstas deben reunir los requisitos generales de determinación, licitud y posibilidad del objeto de cualquier prestación según las reglas generales de Derecho de obligaciones y deberán tener valor patrimonial y ser adecuadas para la consecución del fin social concretado en el objeto social. En el caso de las aportaciones *in natura*, en la

medida en que no integran el capital social, puede afirmarse con carácter general que no serán de aplicación las reglas de valoración por expertos o de «responsabilidad por la diferencia» que se aplican con carácter general para este tipo de aportaciones en las sociedades de capital. Tampoco resultarán de aplicación las reglas de responsabilidad por la solvencia del deudor en caso de aportación de un crédito a la cuenta 118.

Lo anterior encuentra algunas excepciones. Las normas que tratan de garantizar la integración debida del capital social deberán aplicarse si se advierte una coligación funcional entre la aportación y un aumento de capital con cargo a la reserva constituida como consecuencia de dicha aportación; también deberá procurarse el informe de expertos o serán de aplicación las reglas de responsabilidad por la diferencia de las aportaciones suplementarias *in natura* que se destinen a la reintegración del capital perdido por causa de pérdidas. Todo lo anterior es sin perjuicio de la obligación de los administradores de contabilizar este tipo de aportaciones según su valor razonable.

La competencia para recibir las aportaciones corresponde al órgano de administración, a menos que implique la adquisición de activos esenciales en el sentido del artículo 160f de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), en cuyo caso será necesario el acuerdo de la junta general. También será necesaria la aprobación de la junta general cuando las aportaciones tengan por finalidad evitar una reducción obligatoria del capital social por pérdidas o la disolución de la sociedad por idéntica causa. En otro caso, la mera aprobación del balance en el que aparezca imputada la aportación suplementaria se puede considerar una manifestación de voluntad suficiente por parte

de la sociedad de considerarla plenamente integrada en el patrimonio neto a todos los efectos.

3. Aportaciones no proporcionales y reservas personalizadas

El acuerdo de efectuar aportaciones al patrimonio de la sociedad, en cualquiera de sus posibles modalidades y finalidades, puede prever la entrega de cantidades o la cesión de bienes o derechos en proporciones distintas a las que corresponderían según la participación de los socios en el capital de la sociedad y puede que sólo sean realizadas por algunos socios o grupos de socios.

En estos casos, el artículo 9.2 de la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 9 de marzo del 2019 estableció que, cuando los socios efectúen una aportación en un porcentaje superior a su participación en el capital social de la sociedad, el exceso sobre dicho importe se reconocerá atendiendo a la realidad económica de la operación. En la medida en que la operación se califique de donación, se aplicarán los criterios indicados en el apartado 1 de la norma de registro y valoración sobre subvenciones, donaciones y legados recibidos del Plan General de Contabilidad o del Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas.

La referencia a la donación deriva de que —como hemos señalado—, en caso de (posterior) distribución de la reserva constituida con una aportación no proporcional mediante la aplicación de la regla de distribución proporcional a la participación en el capital social, se producirá una atribución patrimonial en beneficio de los socios que no aportaron y a costa de quienes

sí lo hicieron o de quienes contribuyeron a ella en una participación superior a su parte de capital. Éste es el problema práctico que hace ya tiempo motivó la creación en Italia de las denominadas *riserve targate* (o reservas personalizadas), práctica contable que, aun sin reconocimiento legal expreso, se utiliza de modo generalizado en la praxis societaria italiana.

La personalización (*targatura*) de la reserva consiste en el reconocimiento contable de la existencia de un ligamen económico entre el socio que realizó la aportación suplementaria no proporcional y los fondos representados en la reserva. No impide que sea considerada parte del patrimonio neto porque no implica conferir a su titular ningún derecho frente a la sociedad en concurrencia con los acreedores sociales (no tiene naturaleza de pasivo) y su eficacia se manifiesta sólo en caso de *distribución* (durante la vida de la sociedad o en fase de liquidación) o en el momento de su *capitalización*, de modo que los socios que no hubieran contribuido a formarla no podrían participar ni de las sumas distribuidas ni de las acciones o participaciones emitidas o creadas con cargo a ella.

4. Régimen jurídico de las reservas personalizadas

La posibilidad de crear una reserva de este tipo en el ordenamiento societario y contable español no debe plantear dudas. Los socios que aportan de forma no proporcional no desean realizar una donación a los otros socios ni a la sociedad, sino que lo harán como regla con ánimo de lucro y en aras de lograr la consecución del fin común (*ex causa societatis*).

La personalización de la reserva no implica la concesión de ningún privilegio a

ningún socio, sino que, al reservar la distribución o capitalización de lo aportado a favor del socio que transfirió los fondos en mayor medida que aquella que le correspondería según su participación en el capital social, se evita un acrecimiento patrimonial de quienes no aportaron o lo hicieron en menor medida. Ésta es la razón por la que creemos que la «personalización» de una reserva requiere acuerdo de la junta general de la sociedad beneficiaria como órgano encargado de realizar disposiciones patrimoniales con cargo al neto patrimonial en favor de los socios. Como no hay concesión de un derecho ni atribución de un privilegio, sino que se pretende únicamente una distribución que no produzca una (no deseada) atribución patrimonial gratuita, creemos que el socio en cuyo favor se constituya esta reserva no estará sujeto a la prohibición del voto del artículo 190.1c LSC. No obstante, autorizada doctrina ha considerado necesario que se prevea esta posibilidad en los estatutos o incluso que se cree una clase especial de acciones o participaciones que expresamente contemplen este privilegio a favor de los titulares de una o varias participaciones o acciones.

En lo demás, el régimen jurídico aplicable a este tipo de reservas (dentro de su condición de reserva voluntaria de capital) presenta algunas especialidades propias de su condición de «personalizadas».

La *capitalización* (aumento de capital gratuito) de la reserva personalizada sólo podrá llevarse a cabo para la emisión o creación de acciones o participaciones a favor de su titular, lo que requiere, en principio, que el acuerdo se adopte por unanimidad de los socios. Es dudoso que este requisito se pueda eludir mediante un acuerdo mixto de aumento de capital

con aportaciones dinerarias que permita la participación de los demás socios y evite la dilución.

En cuanto a la *compensación de pérdidas*, la particularidad reside en que las reservas personalizadas sólo podrán ser utilizadas cuando la sociedad no disponga de otra clase de reservas, incluida la legal. Esta posposición encuentra su razón de ser en que el resto de las reservas (sean de capital o beneficios) se habrán formado mediante la contribución de todos los socios, por lo que resulta razonable que sean las primeras imputadas a la compensación de las pérdidas que afectan a la sociedad. En este caso, la reserva personalizada sólo se podrá repartir cuando la reserva legal vuelva a cubrir el diez por ciento del capital. Si la reserva se ha destinado a la compensación de pérdidas, no habría obligación de «reconstituirla», salvo que expresamente se haya previsto esta posibilidad, ya que ésa es una exigencia de la participación en las pérdidas inherentes a la propia actividad societaria.

Es dudoso si los derechos relativos a este tipo de reservas deben entenderse transmitidos, en su caso, con las acciones o las participaciones o si, en aras de determinar el valor razonable en caso de separación o exclusión, debe tenerse en cuenta la existencia de la reserva que, si bien no confiere un derecho de crédito, sí permite una distribución preferente de dividendos en caso de que la junta general así lo acuerde. En relación con la primera de las cuestiones planteadas nos parece razonable afirmar que, salvo pacto expreso, la personalización subsiste en tanto el socio permanece en la sociedad, pero a su salida la reserva debe quedar automáticamente transformada en una reserva de capital normal.

Análisis

Junta exclusivamente telemática: mayorías necesarias para modificar los estatutos autorizando su convocatoria (y posible contenido de la correspondiente cláusula estatutaria)

ALBERTO DÍAZ MORENO

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

El artículo 182 *bis* LSC dispone que los estatutos de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada podrán autorizar la convocatoria de juntas para ser celebradas sin asistencia física de los socios o sus representantes («juntas exclusivamente telemáticas»). La eventual inclusión en los estatutos sociales de reglas que recojan la referida autorización plantea inicialmente dos interrogantes. De un lado, se suscita la cuestión «procedimental» que, a la vista del texto del apartado 2 del referido artículo 182 *bis*, se centra en las mayorías precisas para proceder a la preceptiva modificación de los estatutos. De otro, surge el problema «material» del contenido de la correspondiente regla estatutaria. El primer asunto se analiza brevemente a continuación con el objeto de ofrecer unas primeras pautas que puedan resultar útiles. En cuanto al segundo se sugieren —con ánimo ilustrativo y siempre con sujeción a ulterior discusión— dos posibles modelos de cláusulas estatutarias que ya han sido calificadas favorablemente e inscritas en sendos Registros Mercantiles.

1. Antecedentes

La Ley 5/2021, de 12 de abril, introdujo un nuevo artículo 182 *bis* (relativo a la «junta exclusivamente telemática») en la LSC. El precepto resulta aplicable tanto a las sociedades anónimas como a las de responsabilidad limitada.

Pues bien, según el primer apartado del citado artículo 182 *bis*, los estatutos sociales podrán autorizar la convocatoria por parte de los administradores de juntas para ser celebradas sin la asistencia física de los socios o de sus representantes.

Naturalmente, la incorporación de tal autorización a los estatutos requiere de la modificación de éstos, que deberá llevarse a cabo siguiendo las normas legales (y, en su caso, estatutarias) aplicables con carácter general (arts. 285 y ss. LSC). Ahora bien, esta regla de principio encuentra una notable

excepción —en lo que se refiere específicamente a las mayorías necesarias para la adopción del correspondiente acuerdo— en el apartado segundo del mencionado artículo 182 bis, cuyo tenor es el siguiente:

«La modificación estatutaria mediante la cual se autorice la convocatoria de juntas exclusivamente telemáticas deberá ser aprobada por socios que representen al menos dos tercios del capital presente o representado en la reunión».

Resulta así que, en cuanto a las mayorías precisas para aprobar la pertinente modificación estatutaria, se ha dictado un régimen especial que difiere —en los términos que seguidamente se precisarán— del previsto en los artículos 199a, 201.2 y 288 LSC. En las páginas que siguen analizaremos esta particular disciplina; para ello se tratará primero —y por separado— lo relativo a la sociedad anónima y a la sociedad de responsabilidad limitada (*infra*, apartados 2 y 3, respectivamente); seguidamente, y para terminar, se formularán unas breves consideraciones que se pretenden comunes a ambos tipos sociales (*infra*, apartado 4).

2. Mayorías necesarias para introducir en los estatutos de las sociedades anónimas la autorización para convocar juntas exclusivamente telemáticas

Como es bien sabido, el artículo 201.1 LSC establece que para adoptar el acuerdo de modificación de los estatutos sociales se requerirá mayoría absoluta si el capital presente o representado en la junta supera el 50 % del capital social. Y se requerirá el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la junta cuando en segunda convocatoria concurren accionistas que representen el 25 % o más del *capital*

suscrito *con derecho de voto* sin alcanzar el 50 %.

En relación con el régimen general señalado, y para entender mejor el alcance de la regla que comentamos, debe recordarse lo siguiente: a) que la necesidad de una u otra mayoría viene determinada por el porcentaje que el capital asistente a la junta representa sobre el total *del capital suscrito con derecho de voto*; b) que la mayoría absoluta y la de dos tercios se alcanzarán, respectivamente, cuando la propuesta sometida a la decisión de la junta sea votada favorablemente por más de la mitad o por las dos terceras partes *del capital concurrente a la reunión* (de tal forma que, además de los votos en contra, las abstenciones y los votos en blanco también «jugarán en contra» del acuerdo); c) que la mayoría absoluta será la exigida, también en segunda convocatoria, cuando el capital concurrente *alcance* o supere el 50 % del capital social suscrito con derecho de voto.

Pues bien, a la luz de las anteriores observaciones, salta a la vista la peculiaridad recogida en el artículo 182 bis en lo concerniente al acuerdo de introducción en los estatutos de una sociedad anónima de la autorización para que la junta se celebre de forma exclusivamente telemática: su adopción requerirá siempre el voto favorable de, al menos, los dos tercios del capital presente o representado en la junta. Y ello con independencia del porcentaje del capital suscrito que asista a la asamblea (y, por supuesto, de si ésta se celebra en primera o en segunda convocatoria).

Por lo demás, quizás sea oportuno formular un par de comentarios adicionales: a) el artículo 182 bis.2 LSC no incide sobre los *quorum* de constitución de la junta de la

sociedad anónima, que serán los fijados en el artículo 194 (o los superiores establecidos, en su caso, en los estatutos sociales); b) si la sociedad fuese cotizada y hubiera emitido «acciones de lealtad» (art. 527 *ter* LSC), en el término de referencia de la mayoría reforzada de dos tercios habrá que incluir —salvo disposición en contra de los estatutos— los votos dobles por lealtad (art. 527 *quinquies* LSC).

3. Mayorías necesarias para introducir en los estatutos de las sociedades de responsabilidad limitada la autorización para convocar juntas exclusivamente telemáticas

En una norma un tanto particular, el artículo 182 *bis.7* LSC —que en ningún apartado anterior se había expresado como especialmente dirigido a las sociedades anónimas— dispone que las previsiones contenidas en el propio artículo «serán igualmente aplicables a la sociedad de responsabilidad limitada».

Ahora bien, dada la forma en que está redactado, el apartado 2 del artículo 182 *bis* plantea con respecto a las sociedades limitadas cuestiones diferentes a las (posiblemente más sencillas) suscitadas respecto a las anónimas.

De un lado, parece que, tratándose de sociedades de responsabilidad limitada y a pesar de la dicción del precepto mencionado, la mayoría reforzada de dos tercios debe entenderse referida a los votos correspondientes a las participaciones sociales presentes o representadas en la reunión, y no propiamente al capital concurrente, dada la posibilidad de que existan privilegios en materia de voto (recuérdese a este propósito la letra de los artículos 198 y 199 LSC que, aunque refiere los porcentajes exigidos de votos favorables —un tercio, más de la

mitad o los dos tercios— al número de votos correspondientes a la totalidad de las participaciones sociales —y no a los atribuidos por las presentes o representadas en la reunión— responden a una lógica que —creo— no debería obviarse en la interpretación del artículo 182 *bis.2*). Es cierto, desde luego, que la ley se refiere explícitamente a los dos tercios «del capital» presente o representado en la junta, lo cual podría conducir a una interpretación diferente a la aquí propuesta, pero más ajustada a la letra de la norma. Sin embargo, seguramente debería preferirse una lectura del precepto que lo haga coherente —en la medida de lo posible— con el resto del sistema de mayorías previsto para las sociedades limitadas.

Por otro lado, cabe preguntarse si la mayoría indicada (según hemos visto, dos tercios de los votos presentes —física o virtualmente: art. 182 LSC— en la junta) es por sí sola suficiente para la adopción del acuerdo y elimina, por tanto, la necesidad de que dicha mayoría reforzada alcance más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social, según exige el artículo 199a LSC. En efecto, piénsese que podrían alcanzarse los dos tercios de los votos presentes en la reunión y que, sin embargo, no llegara a alcanzarse la mitad del global de los votos atribuidos por la totalidad de las participaciones sociales. Como lo razonable es pensar que el artículo 182 *bis.2* tiene *la finalidad* de «endurecer» o elevar los requisitos que, en el supuesto general, serían aplicables, parece que debe descartarse esa lectura (es decir, debe descartarse que baste con que el acuerdo se adopte por los dos tercios de los votos presentes en la junta y, por tanto, con independencia del porcentaje que esos votos representen sobre el total de los conferidos por las participaciones sociales). De este modo, el artículo 182 *bis.2*

no desplaza al artículo 199a LSC; ambos preceptos han de aplicarse «acumuladamente». Esto es además lo que directamente dispone la ley, que se ocupa únicamente de precisar el porcentaje necesario de votos favorables en relación con los concurrentes.

Obsérvese por lo demás que, si se comparte la idea señalada de que el apartado 2 del artículo 182 bis LSC concurre en su aplicación con el artículo 199, cabría plantearse si, en realidad, aquel precepto adolece de un defecto de expresión en relación con las sociedades limitadas y si, por ello, debería verse como el intento impreciso del legislador de introducir una regla equivalente a la del artículo 199b (lo que llevaría a considerar necesario que la mayoría obtenida en la junta alcanzara —como mínimo— los dos tercios de los votos correspondientes a todas las participaciones sociales, cosa que, de suceder, supondría siempre que se habrían alcanzado los dos tercios de los votos presentes o representados en la reunión). No obstante, esta interpretación no resulta, a mi juicio, convincente. Tal y como se viene apuntando, resulta más plausible estimar que el artículo 182 bis.2 exige que se logre en la junta una mayoría reforzada (dos tercios sobre el total de los votos asistentes) y que, además, esa mayoría habrá de suponer, como mínimo, la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en las que se divide el capital social (por la aplicación acumulada del artículo 199a LSC). Esta lectura es la que mejor se compadece, en mi opinión, con la dicción legal.

4. Observaciones comunes

Si los estatutos de la sociedad en cuestión exigieran mayorías *superiores* a la

requerida en el artículo 182 bis.2 para llevar a cabo modificaciones estatutarias (o para llevar a cabo la concreta modificación estatutaria que nos ocupa), serán aquéllas las precisas. Lo mismo sucederá si se exigen otros requisitos adicionales —de *quorum*, por ejemplo—.

La norma analizada no se ocupa de las mayorías necesarias para suprimir o modificar la autorización previamente incluida en los estatutos (téngase en cuenta, a este respecto, que la autorización puede tener diferentes alcances). Por ello serán aplicables, en principio, las reglas generales en esta materia (y, por tanto, salvo disposición estatutaria que las refuerce, las mayorías previstas en los artículos 199a y 201.2 LSC). Ahora bien, esta afirmación parece coherente con la idea de que el legislador ha considerado que un cambio de este tipo —que privará al socio del derecho a asistir a un lugar físico para ejercer sus derechos políticos— incrementa las cargas de los socios (cargas vinculadas con el uso de nuevas tecnologías) y que, por tanto, resulta lo suficientemente trascendente como para exigir una mayoría muy cualificada. De ahí que la vuelta a la situación estatutaria anterior, o su modificación sin alterarla en el sentido de aumentar esas «cargas», pueda hacerse con las mayorías ordinariamente exigidas para las modificaciones estatutarias. Pero esta misma reflexión parece llevar a concluir que, si se trata de modificar la autorización incluida en los estatutos para ampliar su ámbito (por ejemplo, para hacerla extensible a todas las juntas, y no sólo a las ordinarias a las que podía estar limitada inicialmente; o para imponer —si se admite esta posibilidad— dicha forma de celebración, y no sólo para autorizarla), debería exigirse esa misma mayoría de los dos tercios.

Finalmente, no parece haber obstáculo para que los estatutos sociales eleven las mayorías necesarias para suprimir o modificar la autorización a la que se refiere el artículo 182 bis.2 LSC.

5. Modelos de cláusulas estatutarias (ya inscritas)

EJEMPLO 1

Puede incluirse como nuevo apartado en la cláusula estatutaria ya existente sobre junta general o como cláusula estatutaria independiente:

«JUNTA EXCLUSIVAMENTE TELEMÁTICA

- a) *Se autoriza la convocatoria por parte de los administradores de la sociedad de juntas para ser celebradas sin asistencia física de los socios o sus representantes. Asimismo, se autoriza la celebración de juntas universales sin asistencia física de los socios o sus representantes.*
- b) *Las juntas exclusivamente telemáticas se regirán por las disposiciones de este apartado y en lo no previsto en el mismo, se someterán a las reglas generales aplicables a las juntas presenciales, en los estatutos sociales y en la Ley de Sociedades de Capital, adaptadas en su caso a las especialidades que derivan de su naturaleza.*
- c) *La celebración de la junta exclusivamente telemática estará supeditada en todo caso a que la identidad y legitimación de los socios y de sus representantes se halle debidamente garantizada y a que todos los asistentes puedan participar efectivamente*

en la reunión mediante medios de comunicación a distancia apropiados, como audio o vídeo, complementados con la posibilidad de mensajes escritos durante el transcurso de la junta, tanto para ejercitar en tiempo real los derechos de palabra, información, propuesta y voto que les correspondan, como para seguir las intervenciones de los demás asistentes por los medios indicados. A tal fin, los administradores deberán implementar las medidas necesarias con arreglo al estado de la técnica y a las circunstancias de la sociedad, especialmente el número de sus socios.

- d) *El anuncio de convocatoria, en su caso, informará de los trámites y procedimientos que habrán de seguirse para el registro y formación de la lista de asistentes, para el ejercicio por éstos de sus derechos y para el adecuado reflejo en el acta del desarrollo de la junta.*
- e) *La junta exclusivamente telemática se considerará celebrada en el domicilio social con independencia de dónde se halle el presidente de la junta».*

EJEMPLO 2

A incluir en la cláusula sobre convocatoria de junta general:

«[...] La junta general podrá ser convocada también para su celebración de forma exclusivamente telemática, sin la asistencia física o presencial de los accionistas o sus representantes, de conformidad con lo previsto en la Ley. En este caso, el anuncio de convocatoria informará de los trámites

y procedimientos que habrán de seguirse para el registro y formación de la lista de asistentes, para el ejercicio por éstos de sus derechos y para el adecuado reflejo en el acta del desarrollo de la junta».

A incluir en la cláusula que regula la junta universal:

«[...] Igualmente, se podrá celebrar una junta universal de forma exclusivamente telemática, siempre que: (i) la totalidad del capital social, presente o representado, acepte la celebración de la junta universal de forma exclusivamente telemática; (ii) la identidad y legitimación de los accionistas y de sus representantes se halle debidamente garantizada, el secretario de la junta general reconozca su identidad y así

lo exprese en el acta, que remitirá de inmediato a las direcciones de correo electrónico de los asistentes; (iii) todos los asistentes puedan participar efectivamente en la reunión mediante medios de comunicación a distancia apropiados, como audio o vídeo, complementados con la posibilidad de mensajes escritos durante el transcurso de la junta, tanto para ejercitar en tiempo real los derechos de palabra, información, propuesta y voto que les correspondan, como para seguir las intervenciones de los demás asistentes por los medios indicados.

La junta universal exclusivamente telemática se considerará celebrada en el domicilio social, con independencia de dónde se halle el presidente de la junta general».

Práctica Societaria

Constitución y estatutos

Aportación a sociedad por su titular, pero sin consentimiento del ex cónyuge, de un inmueble gravado con un derecho de uso del artículo 96 del Código Civil (RDGSJFP de 29 de septiembre de 2021)

En marzo de 2021 se presentó a inscripción escritura de elevación a público de los acuerdos adoptados en la junta general de una sociedad limitada. Dichos acuerdos se referían a un aumento de capital contra la aportación dineraria de una vivienda, perteneciente con carácter privativo a un divorciado y que se encontraba gravada con un «derecho de uso y disfrute» a favor de los hijos comunes y de la que fue

cónyuge del aportante. En la escritura se hizo constar expresamente que la existencia de este derecho de uso había sido tenido en cuenta al fijar el valor de la aportación.

La registradora mercantil resolvió no practicar la inscripción solicitada argumentando que, de conformidad con el artículo 96 del Código Civil (CC), para la disposición de la vivienda se requería el consentimiento de los titulares del derecho de uso o, en su caso, autorización judicial (debe observarse que el art. 96 CC recibió nueva redacción por la Ley 8/2021, de 2 de junio, si bien no parece que deba comportar cambios en cuanto a la doctrina sentada en la Resolución reseñada). Mediante Resolución de 29 de septiembre de 2021 (BOE núm. 258, de 28 de octubre), la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) estimó el

recurso interpuesto por la sociedad y revocó la nota de calificación de la registradora.

Para alcanzar tal conclusión la Dirección General partió de la doctrina recogida en su Resolución de 9 de agosto de 2019 (BOE núm. 261, de 30 de octubre¹). En ella se abordó el problema de la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada unipersonal cuyas participaciones fueron desembolsadas mediante la aportación de determinados bienes muebles de carácter ganancial sin el consentimiento del cónyuge del socio único. Y se señaló que el objeto propio de la inscripción en el Registro Mercantil no está constituido por los singulares negocios de asunción de las nuevas participaciones creadas; tampoco se inscriben en él las titularidades jurídico-reales que se derivan de ellos. Según el Centro Directivo, el objeto de la publicidad registral mercantil es el hecho de que la aportación cubre la cifra del capital social, y no la transmisión del dominio. En consecuencia, tratándose de un supuesto de anulabilidad y no de nulidad de pleno derecho, el registrador no está facultado para denegar la inscripción de la sociedad al no producirse la nulidad originaria de ésta (art. 56 LSC), ya que el capital fue desembolsado (cuestión distinta es que la transmisión del dominio de los bienes aportados fuera finalmente anulada, en cuyo caso la sociedad podría seguir funcionando —si el capital no quedara reducido por debajo del mínimo legal— o bien que debiera liquidarse —si sucediese lo contrario—, pero sin que se produjera su nulidad sobrevenida).

La Resolución ahora reseñada siguió estos razonamientos y vino a afirmar: (i) se trataba de un supuesto de negocio (el de aportación) anulable

a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se omitió, por lo que la transmisión, aunque con eficacia claudicante, desplegó sus efectos; (ii) la eventual anulación posterior podría dar lugar a la responsabilidad de aportante y socios en los términos previstos en los artículos 73 a 76 LSC y haría procedente la «reconstitución de capital», de reflejarse pérdidas sobrevenidas, como sucede en los casos de «rectificación» de la valoración de la aportación; (iii) nada hay en el derecho de sociedades de capital que impida la aportación de derechos contingentes, anulables o litigiosos, siempre que tales bienes y derechos tengan un contenido patrimonial evaluable económicamente (arts. 58 y 59 LSC). Es necesario, eso sí, que no exista duda sobre la naturaleza del derecho aportado (pleno dominio o dominio limitado), de tal forma que la posible existencia de gravámenes o limitaciones del dominio hayan sido tenidas en cuenta en su valoración; (iv) no obsta a las conclusiones anteriores el hecho de que el objeto aportado fuera un bien inmueble y que la adquisición por la sociedad pudiera encontrar obstáculos para ser inscrita en el Registro de la Propiedad, pues el sistema registral inmobiliario español descansa, con carácter general, en los principios de rogación y de inscripción voluntaria.

En consecuencia, la Dirección General entendió, a la vista de las circunstancias, que en el caso resuelto la transmisión del inmueble cumplió con las condiciones exigidas por el artículo 58 LSC para las aportaciones sociales. Tanto más cuando de la escritura presentada resultaba con claridad que los socios y el administrador fueron conscientes de la existencia del derecho de uso y disfrute en favor de terceros, extremos que fueron tomados en consideración para la valoración

¹ <https://www.ga-p.com/publicaciones/inscripcion-de-sociedad-constituida-con-aportaciones-de-bienes-gananciales-sin-constar-el-consentimiento-del-conyuge-del-socio/>

de la aportación *in natura* y la cobertura de la cifra de capital (y en su caso de la reserva por prima de asunción).

Límites legales al reforzamiento estatutario de las mayorías (RDGSJFP de 28 de julio de 2021)

Se presentó a inscripción escritura de elevación a público de acuerdos de modificación de los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada. La modificación afectaba, entre otros extremos, al *quórum* y a las mayorías precisos para la constitución y adopción de acuerdos en junta general.

En cuanto a esta cuestión se venía a establecer que *«para la adopción de cualquier acuerdo por parte de la Junta General, deberán concurrir presentes o representados, como mínimo, un número de socios que representen más de la mitad de las participaciones sociales en que se divide el capital social. En caso contrario, se entenderá que la Junta General no ha quedado válidamente constituida, no estando legitimada para la adopción de ningún acuerdo»*. A lo cual se añadía que *«los acuerdos ordinarios se adoptarán por mayoría simple, es decir más votos a favor que en contra de votos válidamente emitidos siempre y cuando representen al menos más de la mitad de las participaciones sociales en que se divide el capital social, sin computar las abstenciones o votos en blanco. Se entiende por acuerdos ordinarios aquellos para los que la Ley o los presentes estatutos sociales no reserven expresamente una mayoría especial reforzada»*.

La registradora mercantil denegó la inscripción de los referidos preceptos estatutarios argumentando que habían de dejarse a salvo

aquellos supuestos en que la LSC exige de forma imperativa que los votos favorables al acuerdo alcancen un tercio de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social, esto es, un porcentaje inferior al previsto en las reglas estatutarias objeto de calificación. En concreto, se hizo referencia en la nota de calificación a los casos recogidos en los artículos 238 —para el ejercicio de la acción social de responsabilidad— y 364 LSC —en relación con el acuerdo de disolución de la sociedad por concurrir causa legal—.

La DGSJFP desestimó el recurso interpuesto en cuanto a este punto por la sociedad mediante su Resolución de 28 de julio de 2021 (BOE núm. 187, de 6 de agosto). A este propósito recordó (siguiendo muy de cerca la RDGRN de 3 de abril de 2019 [BOE núm. 98, de 24 de abril]) que, según la doctrina registral, pueden establecerse mayorías reforzadas siempre que no afecten al acuerdo de ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores ya que éste ha de poder ser adoptado, siempre, con la mayoría ordinaria (es decir, con la indicada en el art. 198 LSC). Por otro lado, es admisible que los estatutos requieran una concreta mayoría, reforzada con respecto a la legal (cfr. art. 368 LSC), para la adopción del acuerdo puramente voluntario y discrecional de disolución que adopte la junta general (art. 200 LSC). Pero no son lícitos los acuerdos que consisten en una mera constatación o corroboración de la existencia de una causa legal de disolución, en cuyo caso habrá de estarse al régimen ordinario de mayorías (art. 364 y, nuevamente, art. 198 LSC), que no puede ser modificado por afectar a los derechos individuales de los socios (*vid.* RDGRN de 4 de mayo de 2005 [BOE núm. 160, de 6 de julio]). Por tanto, la normativa estatutaria debe ser suficientemente clara en cuanto a que quedan al margen de las mayorías reforzadas los acuerdos mencionados.

Objeto social que comprende una actividad cuyo desarrollo requiere autorización administrativa (RDGSJFP de 17 de noviembre de 2021)

Se presentó a inscripción escritura pública de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada en la que se enumeró, entre las actividades integrantes del objeto social, el «comercio al por mayor de productos farmacéuticos». La correspondiente cláusula estatutaria establecía la salvedad de que, antes de ejercitar las actividades sujetas a licencia o autorización (entre ellas, la mencionada), se obtendrían los permisos necesarios.

El registrador mercantil excluyó de inscripción la referida actividad porque no se acreditó contar con la autorización exigida para su ejercicio por la legislación especial aplicable. La DGSJFP desestimó el recurso interpuesto por la sociedad en su Resolución de 17 de noviembre de 2021 (BOE núm. 289, de 3 de diciembre).

La Dirección General partió de que el desarrollo de la actividad de distribución mayorista de medicamentos se encuentra sujeta a previa autorización administrativa. Seguidamente, entró a valorar los argumentos esgrimidos por la recurrente, que se sintetizaban en la idea de que la inclusión de una determinada actividad en el objeto social no implicaba su efectivo desarrollo, por lo que no debía impedirse su acceso al Registro, sin perjuicio de que si, posteriormente, fuera a llevarse a cabo, habría de obtenerse la preceptiva licencia, tal y como se dejaba establecido en los propios estatutos.

Frente a ello, la Resolución reseñada señaló que, desde el punto de vista del derecho de sociedades, la inclusión de una actividad en el objeto implica la vinculación de presente de quienes han prestado su consentimiento (y, entre otras

cosas, delimita el ámbito del poder de representación que ostenta el órgano de administración: art. 234 LSC). Precisamente por eso ha de ser la definición estatutaria del objeto social, y no el efectivo desenvolvimiento posterior de las actividades comprendidas en él, lo que determina la aplicabilidad de las disposiciones especiales que prevean el cumplimiento de ciertos requisitos administrativos por razón del ámbito de actuación fijado. Lo que supone que desde el momento fundacional —o desde la modificación del objeto—, la sociedad ha de reunir todos los requisitos que hagan viable el completo desarrollo de todas y cada una de las actividades que integran el objeto social. En ese sentido, el artículo 84 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM) impide la inscripción en el Registro Mercantil del sujeto que pretenda realizar actividades cuya inclusión en el objeto requiera autorización administrativa si no se acredita su obtención. A lo que la Dirección General añade que la ausencia del título habilitante no puede quedar suplida por el hecho de que los estatutos prevean que si la ley exige una autorización o licencia administrativa no se podrá iniciar dicha actividad sin su obtención (lo contrario llevaría al absurdo de poder comprender en el objeto social cualquier actividad con la simple previsión de que, de ser precisos requisitos especiales, se llevarían a cumplimiento, dejando vacíos de contenido principios registrales esenciales, como los de veracidad y exactitud y publicidad frente a terceros).

Las normas estatutarias sobre la forma y la antelación de la convocatoria de la junta deben redactarse de forma que quede claro que no contradicen el artículo 98 LME (RDGSJFP de 4 de octubre de 2021)

Se presentó a inscripción escritura de constitución de una sociedad limitada en cuyos

estatutos se establecía que la convocatoria de la junta general se efectuaría «mediante carta remitida por correo certificado con acuse de recibo» y se fijaba para ello un plazo de antelación mínimo de «quince días, salvo para los casos de transformación, fusión, cesión y escisión en los que la antelación mínima será de un mes».

El registrador mercantil estimó que tal previsión no resultaba inscribible por cuanto no dejaba a salvo lo establecido en el artículo 98 de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LME), precepto que impone que la convocatoria de la junta se lleve a cabo mediante publicación en el BORME y en un diario y con un mínimo de dos meses de antelación a la celebración de la asamblea. El recurso interpuesto por la sociedad afectada fue desestimado por la RDGSJFP de 4 de octubre de 2021 (BOE núm. 263, de 3 de noviembre), que confirmó la nota de calificación impugnada.

La Dirección General empezó por indicar que, según su doctrina, la exigencia de precisión y claridad en el Registro exige la eliminación de cualquier ambigüedad o incertidumbre; así, es necesario que las normas estatutarias no den cobijo, en su tenor literal, a interpretaciones que puedan considerarse *contra legem*. Tal cosa puede suceder, unas veces, por la utilización de términos ambiguos; otras, por la ausencia de las necesarias aclaraciones (incluso de aquellas que se podrían considerar implícitas por pura exigencia legal); en ocasiones, por la omisión de la mención de alguna excepción legal imperativa; e, incluso, porque se reproduce el régimen legal aplicable sin que dicha reproducción haya sido completa o exacta. Con todo, hay casos en los que estas dificultades pueden ser salvadas, al amparo del artículo 1284 CC, mediante una interpretación razonable de la regla estatutaria en cuestión. En suma, será necesario valorar en cada caso el alcance de la duda

generada por la cláusula estatutaria incompleta o ambigua.

En el caso resuelto la regla estatutaria controvertida contenía el régimen convencional —sustitutivo del legal— relativo a la forma y la antelación de la convocatoria de la junta general. Pero la norma, al resultar expresada con absoluta generalidad, hacía plausible interpretar que se había pretendido establecer un régimen único, aplicable sin distinguir en función del contenido de los acuerdos a adoptar. Lo mismo ocurría con respecto al plazo de antelación de la convocatoria (en este caso con el agravante de que, al haberse previsto expresamente unos supuestos en los que dicho régimen estatutario quedaba exceptuado, se generaban dudas en relación con su aplicabilidad a otros supuestos particulares omitidos). De esta manera, la previsión estatutaria, en cuanto no recogía salvedad alguna, podía ser interpretada razonablemente como contraria a la Ley.

En consecuencia, dado el carácter inderogable de la previsión del artículo 98 LME, así como dada la exigencia de claridad y precisión de los asientos registrales, no debe acceder al registro la cláusula discutida que, al no contener excepción alguna, generaría —en conexión con la presunción de exactitud y validez del contenido del Registro— dudas sobre cuál sería la forma y la antelación requeridas para convocar una junta general que deba decidir sobre el traslado internacional del domicilio social.

Junta general

Únicamente se consideran fehacientes las notificaciones intervenidas por la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A. (RDGSJFP de 17 de mayo de 2021)

El objeto del recurso resuelto por la RDGSJFP de 17 de mayo de 2021 (BOE núm. 133, de 4 de junio) consiste en determinar si puede practicarse anotación preventiva de la solicitud de la publicación de un complemento de convocatoria, cuando se acredita que dicha solicitud fue realizada mediante correo electrónico, recibido por la sociedad dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria y mediante burofax, que, aunque enviado en plazo, fue recibido por la sociedad transcurridos siete días desde la publicación de la convocatoria.

La Dirección General confirma la nota de calificación negativa del registrador mercantil, manifestando que no se cumplen los requisitos previstos en el artículo 172 LSC (*la solicitud debe hacerse mediante notificación fehaciente que habrá de recibirse en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria*), pues el burofax —que sí se considera notificación fehaciente— fue recibido por la sociedad habiendo transcurrido más de cinco días desde la publicación de la convocatoria y, respecto al correo electrónico, no puede considerarse notificación fehaciente por no intervenir una entidad prestadora de servicios de certificación (y en concreto Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A).

El centro directivo se refiere a la distinción entre los conceptos de autenticidad y fehaciencia, destacando que «únicamente el operador postal universal [*Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.*] goza de la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehusa o imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales (y por ende también de las que hayan de surtir efecto en la esfera notarial y registral), tanto las realizadas por medios físicos como telemáticos; (...) esta fehaciencia es cosa distinta de la autenticidad, la cual podrá ser admitida y valorada en el seno de un procedimiento

judicial, pero que se torna en inequívoca exigencia en el ámbito en el que desenvuelven sus funciones tanto registradores como notarios».

Nombramiento y destitución de administradores y mayorías y quórum reforzados (RDGSJFP de 8 de septiembre de 2021)

La junta general de una sociedad anónima, celebrada con carácter de universal, acordó, con el voto favorable del 75% del capital concurrente, el nombramiento de administradores mancomunados. En los estatutos sociales se establecía un *quorum* de asistencia reforzado del 85% del capital suscrito con derecho de voto en primera convocatoria y del 80% en segunda. Igualmente se establecía que los acuerdos se adoptarían «*por una mayoría de más de un 75% de los votos emitidos, excepto en aquellos casos en que la Ley exigiera otro número determinado de votos*».

El registrador mercantil decidió no inscribir el nombramiento por no haberse alcanzado la mayoría exigida en los estatutos. Los administradores designados interpusieron recurso que fue desestimado por la DGSJFP en su Resolución de 8 de septiembre de 2021 (BOE núm. 249, de 18 de octubre).

La cuestión principal giró en torno a la relevancia que había de atribuirse, en sede de resolución del recurso gubernativo, a una sentencia firme (SAP Barcelona [15^a] de 26 de septiembre de 2005 [ECLI:ES:APB:2005:16024]) recaída en segunda instancia en un proceso de impugnación de los acuerdos adoptados por la misma compañía relativos a la destitución de un administrador mancomunado y al nombramiento de otro en su sustitución. La junta en cuestión se celebró con asistencia de «solo» el 77,25 del

capital, por lo que los acuerdos fueron impugnados por socios minoritarios al no haberse alcanzado el *quorum* estatutario. La Audiencia Provincial entendió —bajo el régimen vigente en aquel momento— que requerir un *quorum* del 80 % del capital suscrito con derecho de voto para adoptar el acuerdo de destitución de un administrador resultaba incompatible con el régimen legal. En sustancia, se consideró que existe una prohibición expresa de elevar estatutariamente las mayorías ordinarias legales para el ejercicio de la acción social de responsabilidad (que comporta la separación de los administradores: actualmente, art. 238 LSC), y una prohibición implícita de hacerlo para el simple cese (actualmente, el art. 223 LSC parece apoyar esta conclusión en relación con las sociedades anónimas al contener norma específica para las limitadas). Y se indicó, además, que aun cuando la Ley se refiera sólo a las mayorías, debe extenderse el mismo principio a los *quorums* de constitución de la junta. Más aún: la sentencia citada mantuvo (aunque sin argumentarlo) la inaplicación del *quorum* de constitución más allá del estricto caso de la destitución *ad nutum* de un administrador, extendiéndolo a la subsiguiente designación del que haya de sustituirle, contemplando así implícitamente —según afirma la Dirección General— la vinculación entre la decisión de revocar al administrador y el nombramiento del sustituto como mecanismo para evitar la acefalía de la compañía.

En relación con el valor que había de atribuirse a la sentencia referida, la Resolución ahora reseñada estimó que su autoridad de cosa juzgada (invocada por los recurrentes) no había de extenderse imperativamente al ámbito administrativo (la Administración no fue parte en el proceso, ni existe disposición legal que le impute sus efectos). No obstante, la Dirección General entendió igualmente que el respeto a la seguridad jurídica desaconseja seguir un

razonamiento decisorio desconectado de una resolución judicial firme cuya eficacia afecta a todos los socios y a la propia sociedad y que podría constituir un antecedente lógico del asunto sobre el que ha de decidirse.

Ahora bien, en este caso había de tenerse en cuenta que la fundamentación de la Sentencia considerada se centró en la inadmisibilidad de una supuesta elevación «indirecta», vía *quorum* de asistencia, de la mayoría requerida para la separación de administradores. Conclusión que extendió al acuerdo de nombramiento del sustituto del destituido cuando el acuerdo de revocación y el de subsiguiente designación se encontraran vinculados por la necesidad de evitar el vacío en las funciones gestoras. Pero, en el supuesto concreto sobre el que debía resolver la Dirección General, se trataba de un acuerdo social de nombramiento de administradores mancomunados que se encontraba desligado de un acuerdo previo de destitución de los que ocupaban el cargo, por lo que los argumentos de la sentencia alegada por los recurrentes, referidos en exclusiva a unos antecedentes que en este caso no concurren, no resultaban aplicables, ni podían tener el efecto prejudicial o positivo de la cosa juzgada (art. 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [LEC]).

Por tanto, procedía confirmar la calificación negativa del registrador, dado que, si bien es cierto que no cabe imponer la unanimidad para la adopción de acuerdos por la junta (tampoco en una sociedad anónima), esto no es lo que sucedía en el caso, en el que los estatutos reforzaron las mayorías exigidas sin llegar a la unanimidad. Y nada impide en la Ley que, en el supuesto general, se eleven en los estatutos el *quorum* de asistencia o las mayorías precisas para designar administradores. Sin que el hecho de que, en una determinada situación de distribución del capital, la adopción de acuerdos requiera de hecho del respaldo de todos los

socios afecte a la validez de las mencionadas disposiciones estatutarias.

Valor de la fotocopia del poder otorgado para asistir a la junta general (SAP Barcelona de 12 de noviembre de 2021)

En junio de 2017 se celebró junta general de una sociedad de responsabilidad limitada en la que se aprobaron las cuentas anuales del ejercicio anterior y se fijó la remuneración de los administradores para ese año. El presidente de la junta impidió la asistencia a la asamblea del representante voluntario de una compañía socia (los estatutos permitían la representación por no socios) argumentando que únicamente se aportaba una fotocopia del documento en el que constaba la autorización, lo que comportaría —a su juicio— «*la imposibilidad de asegurar la autenticidad y originalidad de la delegación invocada*».

La compañía socia a cuyo representante no se permitió asistir formuló en marzo de 2019 demanda en la que solicitó que se declarasen nulos los acuerdos adoptados por, entre otras razones, haber concurrido defectos en la constitución de la junta. En primera instancia se consideró, efectivamente, que a la actora se le había denegado indebidamente la asistencia, por lo que se declararon nulos los acuerdos impugnados. La resolución del juzgado fue confirmada por la Audiencia Provincial de Barcelona (15^a) en su Sentencia 2304/2021, de 12 de noviembre.

En dicha sentencia se descartó, en primer término, que la acción de impugnación hubiese caducado. Resultó determinante a estos efectos que la demandante no pudiera obtener copia del acta de la junta hasta marzo de 2018, cuando le fue entregada por el juzgado en el marco de unas diligencias preliminares. Y así, con base en la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 28 de mayo de 2021 (ECLI: ES:TS:2021:2192²), la Audiencia entendió, con respecto al acuerdo de aprobación de cuentas anuales, que la falta de prueba de la fecha del depósito o del conocimiento de los acuerdos antes del referido 12 de marzo de 2018 debía perjudicar al demandado, a quien incumbía probar —según la sentencia reseñada— los hechos sobre los que basaba su alegación de caducidad de la acción. Y con respecto al acuerdo sobre la remuneración de los administradores —no inscribible— la Audiencia entendió que, si bien *en principio* habría que tomar como *dies a quo* la fecha de su adopción, las circunstancias concurrentes conducían a computar el plazo de un año también desde marzo de 2018, fecha de efectivo conocimiento del acuerdo.

Seguidamente, la Audiencia Provincial, ya en relación con el asunto de la acreditación de la representación, recordó que no resultaba discutida en el litigio la realidad del otorgamiento de un poder especial por la compañía socia. Y que, sin embargo, el presidente de la junta negó la asistencia al representante por no haberse exhibido el documento original sino una mera fotocopia, soporte que —según su criterio— es manipulable y no permite asegurar la autenticidad del documento en cuestión.

² <https://www.ga-p.com/publicaciones/dies-a-quo-del-computo-del-plazo-de-caducidad-de-la-accion-de-impugnacion-de-acuerdos-sociales-inscribibles/>

Frente a esta argumentación, la sentencia reseñada mantuvo que ni la Ley ni los estatutos sociales exigen que la representación se acredite mediante un documento original. Tanto más cuando la presentación de copias simples o de meras fotocopias se ha generalizado en todo tipo de actividades, estando aceptada, incluso, su aportación en juicio (art. 267 LEC). A ello había que añadir que en ningún momento se denunció que el poder hubiera sido falseado o que no existiera, de manera que la eventual falta de autenticidad o la posible manipulación se esgrimieron sólo como simples hipótesis y, por tanto, no podían constituir razones suficientes para fundamentar una decisión tan grave como la de privar al socio de su derecho de asistencia a la junta.

Administradores

Otro recorte (material) a la acción individual de responsabilidad (STS de 6 de octubre de 2021)

1. El caso

Una sociedad de responsabilidad limitada, por conducto de su administrador, realiza varios pedidos a un proveedor. El pago del precio (más de 200.000 euros) se aplaza (60 ó 90 días), como se hace constar en las facturas. Está probado, según la Audiencia, que la perfección del contrato de compraventa («los pedidos») se realiza en un momento de «crisis económica irreversible» (una «situación económica límite») conocida por el administrador («a sabiendas»). Esta situación se deduce de un análisis de la negativa evolución de la compañía según las cuentas anuales aportadas al proceso: al cierre de 2013 el patrimonio neto no llega a 8.000 euros, el pedido se hace en el

segundo semestre de 2014 y en diciembre de 2014 tiene un patrimonio neto negativo de más de 68.000 euros, con margen de maniobra negativo, dado que, en ese ejercicio tuvo que vender «a pérdida»). En septiembre de 2015 se solicita un 5 bis y, fracasado éste, se solicita el concurso voluntario de la entidad. Todos estos hechos aparecen descritos en la Sentencia núm. 398/2018 de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 27 de septiembre (ECLI:ES:APT:2018:1139) (muy bien fundamentada, merece la pena leerla) que estimó la acción individual promovida por el proveedor contra el administrador de la sociedad insolvente.

2. Todavía no está claro qué es un «daño directo»

Creemos que el Tribunal Supremo (Sala 1ª), en su sentencia de 6 de octubre de 2021 (ECLI: ES:TS:2021:3606) admite en términos generales que éste es un caso de acción individual de responsabilidad, pero alude al requisito del daño directo (el «directamente») del artículo 241 LSC) de forma que nos parece confusa. En primer lugar, dice que esta acción requiere que: «v) el daño que se infiere sea directo al tercero que contrata, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad». Sin embargo, no es lo mismo el «interés social» que el patrimonio social y siempre se ha dicho que un daño directo es el que no deriva de una lesión al patrimonio social.

En segundo lugar, afirma la sentencia que es presupuesto de la acción individual «que este daño sea directo, no indirecto como consecuencia de la insolvencia de la sociedad». Sin embargo, no queda del todo claro lo que se quiere decir porque no hace falta que el administrador haya causado la insolvencia o la insuficiencia

patrimonial para producir un daño «indirecto». Siempre que se lesione el patrimonio social (aunque existan reservas de sobra) se produce un daño «indirecto» a los acreedores. Otra cosa (distinta) es cuándo los acreedores están legitimados para ejercer una acción social por daño al patrimonio social de forma subsidiaria: eso requiere, lógicamente, que tengan interés porque existe una situación de insuficiencia patrimonial (art. 240 LSC).

En nuestra opinión, sería preferible que el Tribunal Supremo se expresase de forma más clara: es daño directo el daño que no deriva (que no sea un «mero reflejo») de una lesión del patrimonio social. Dicho de otro modo: un acreedor no puede promover una acción individual por lesión del derecho de crédito en su faceta de poder de ejecución del patrimonio del deudor, más que en los casos en que el Tribunal Supremo lo haya autorizado (desaparición de sociedades, etc.).

3. El fundamento de la acción individual frente a «nuevos acreedores» de empresas en crisis

La sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona consideró probado que: «en el momento en que realizó los pedidos y se perfeccionó la compraventa de los productos objeto de este juicio, justo antes de la declaración de concurso de la sociedad, el Sr. Aquilino no podía desconocer, con arreglo a parámetros básicos de lógica empresarial elemental, que la sociedad que él administraba no podría pagarlos». La antijuridicidad de la conducta del administrador aparece claramente expresada: «En este contexto empresarial el demandado no debió comprar género textil a la compañía actora en la cuantía en que lo hizo, o en su

caso debió informar a la sociedad demandante de su situación económica».

Es un caso «de libro» de acción individual. Se produce una interferencia lesiva en la fase de formación de las relaciones de la sociedad con terceros: el daño se produce en el momento de la contratación (no después, por la insuficiencia patrimonial). No hay daño al patrimonio social (al contrario), sino que es el proveedor el «directamente» perjudicado (hay daño directo). Nada de esto tiene que ver ni con una responsabilidad objetiva ni con una extensión (indebida) al administrador de la obligación de pagar las facturas que la sociedad no paga.

Sin embargo, no es suficiente para el Tribunal Supremo, que casa la resolución de la Audiencia Provincial porque: (i) «no consta que la operación que dio lugar a la deuda, aun siendo de un elevado importe económico, fuera fraudulenta, extraordinaria o se alejara de las pautas habituales de contratación de la sociedad»; (ii) el administrador cumplió con sus obligaciones legales «cuando tuvo noticia de la existencia de graves dificultades económicas» (presenta el 5 bis y el concurso voluntario); (iii) *obiter dicta*: el concurso se declaró fortuito (atención a la eficacia expansiva de la declaración del concurso fortuito).

4. Comentario

Esta resolución del Tribunal Supremo constituye una buenísima noticia para los administradores de empresas en crisis, ya que introduce unos requisitos para estimar la acción individual frente a nuevos acreedores que suministren a crédito en la proximidad a la insolvencia que normalmente no se darán («fraude»; «operación extraordinaria»; alejamiento de las «pautas

habituales de contratación»). Dicho eso, es una Sentencia que nos aleja de las soluciones que se ofrecen en el Derecho comparado y que esconde un razonamiento incompatible con el estándar de diligencia exigible a los administradores de empresas en situaciones de probabilidad de insolvencia (más aún si existía una probable situación de sobreendeudamiento a la vista de la exigua cifra de fondos propios con la que se cerró el ejercicio de 2013 en este caso). No se trata sólo de solicitar temporáneamente el concurso (ni mucho menos un 5 bis). El administrador que, en ese contexto, solicita una prestación con pago aplazado sabiendo —o debiendo haber sabido (con la diligencia de un ordenado empresario, margen de discrecionalidad incluido)— que la sociedad que no podrá pagar llegado el vencimiento causa un daño directo que debe ser indemnizado.

Otra cosa es que se den circunstancias como estas: 1) Que se realice el pedido en el marco de una operación de saneamiento-reestructuración que permita la continuidad de la actividad empresarial (viable) promovida en un contexto de probabilidad de insolvencia y con la finalidad de evitar precisamente que esa situación derive en una insolvencia (en cuyo caso hay deber de secreto frente a terceros sobre la situación patrimonial o financiera). Evidentemente no es el caso si existía una crisis económica «irreversible» como dice la (atinada) sentencia de la Audiencia Provincial; 2) En conexión con lo anterior, es relevante si existe un contrato de suministro «anterior» (a la crisis) que obligase al acreedor a realizar la prestación porque en este caso no hay «incremento del riesgo» por el administrador que acepta la entrega «debida» por el acreedor (falta la imputación objetiva del resultado de lesión); y 3) En fin, es discutible

que el «daño directo» sea identificable con el importe de la factura (el «interés contractual negativo» —que es el daño indemnizable en estos casos— podría identificarse con el coste de producción o adquisición y no, necesariamente, con el importe de las facturas).

Ejercicio de acción individual de responsabilidad contra los administradores y, subsidiariamente, de la acción social (STS de 24 de noviembre de 2021)

Los administradores de una sociedad limitada, que estaba inactiva desde hacía tiempo, liquidaron finalmente sus dos únicos activos (dos inmuebles) pocos días antes de que les fuera notificada la sentencia que, definitivamente, condenaba a la compañía a pagar determinadas cantidades. Lo particular del caso es que los inmuebles se vendieron apresuradamente por una cantidad notablemente inferior a la que podría haberse obtenido en una liquidación ordenada pero que venía a cubrir prácticamente con exactitud lo adeudado a otros acreedores, quienes sí vieron satisfechos sus créditos. En el procedimiento quedó acreditada la ilicitud de la conducta de los administradores y su relación de causalidad con el daño directamente sufrido por los acreedores cuyo crédito se vio reconocido en firme judicialmente con posterioridad a la venta, los cuales se vieron impedidos de cobrar su crédito como consecuencia de esta actuación.

Los acreedores perjudicados ejercitaron la acción individual de responsabilidad frente a los administradores sociales argumentando que la liquidación desordenada y apresurada de los activos de la compañía deudora había tenido por objeto impedirles cobrar su crédito íntegramente y les había ocasionado un daño directo.

Además, ejercitaron, con carácter subsidiario, la acción social de responsabilidad (art. 240 LSC) para el caso de que se entendiera que el daño se había causado directamente al patrimonio social. En primera instancia se estimó la acción individual y se condenó solidariamente a los administradores al pago de la parte de los créditos pendientes de pago con los intereses correspondientes. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación y redujo el importe de la indemnización concedida a lo que presumiblemente los demandantes habrían alcanzado a cobrar en un eventual procedimiento concursal.

Los actores interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. La Sentencia del Tribunal Supremo 809/2021, de 24 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4237) estimó el cuarto motivo del recurso de casación, lo que llevó a la confirmación de la sentencia de primera instancia.

Estas líneas se limitarán a llamar la atención sobre una cuestión abordada en la referida resolución al tratar el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal. En él se denunciaba que la sentencia de apelación había omitido pronunciarse sobre la acción social (pretensión subsidiaria). Obsérvese que el juzgado estimó íntegramente la pretensión principal, razón por la cual no realizó ningún pronunciamiento de condena respecto a la subsidiaria. Sin embargo, la Audiencia estimó en parte el recurso de apelación y, manteniendo la procedencia del ejercicio de la acción individual de responsabilidad, redujo la cuantía indemnizatoria en los términos antes apuntados. Se suscitó así la cuestión de si el tribunal de apelación debió, por congruencia, entrar a analizar la acción social.

El Tribunal Supremo consideró que no hubo incongruencia omisiva y desestimó el motivo

manifestando al respecto: (a) Si hubiera existido una desestimación total de la pretensión principal basada en la acción individual (porque el daño causado no se hubiera causado directamente a los demandantes sino a la sociedad) la Audiencia debería haber entrado a analizar la segunda pretensión basada en la acción social de responsabilidad. (b) Pero, en el concreto litigio planteado, con una estimación parcial de la pretensión principal, no estaba claro que la Audiencia estuviera obligada a pronunciarse sobre la pretensión subsidiaria. La razón estriba en la incompatibilidad existente entre la acción individual y la acción social cuando se juzga una misma conducta de los administradores sociales. Y es que lo que puede determinar que prospere la primera pretensión (acción individual) —esto es, el perjuicio directo para los acreedores— excluiría la segunda (acción social) —que supone que el daño se inflige a la sociedad administrada—. Nótese, en efecto, que los demandantes, como pretensión principal, pretenden ser directamente indemnizados, y, como pretensión subsidiaria, que esa indemnización vaya a parar a la sociedad, para luego satisfacer su crédito en la ejecución judicial abierta contra la sociedad con base en la sentencia que les reconoció su derecho. (c) Por tanto, desde la perspectiva de las exigencias de congruencia de la sentencia, tenía sentido que la Audiencia no se pronunciara sobre la acción social, porque había confirmado la procedencia de la acción individual, aunque hubiera reducido la suma indemnizatoria.

Derecho transitorio en la responsabilidad de los administradores por deudas sociales (STS de 5 de octubre de 2021)

En el caso de autos, una reclamación de responsabilidad de administrador por deudas

sociales con base en el artículo 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL) —hoy el vigente artículo 367 LSC—, se discute si es aplicable la redacción del citado artículo hasta su reforma por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, o si puede aplicarse retroactivamente la norma modificada por la citada Ley.

La redacción del artículo 105.5 LSRL antes de la citada reforma contemplaba la responsabilidad solidaria de los administradores, *por todas las deudas sociales*, en caso de incumplimiento de la obligación de convocar junta general o de solicitar la disolución judicial, o si procediera, concurso de acreedores, en los plazos previstos en dicha norma. Tras la reforma introducida por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, el citado artículo dispone que los administradores responderán solidariamente, en caso de incumplimiento de las obligaciones anteriormente citadas, *únicamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución*.

La Audiencia Provincial de Sevilla, en su sentencia 551/2018, de 9 de octubre (ECLI:ES:APSE:2018:2129), consideró: (1) el artículo 105.5 LSRL es una norma sancionadora; (2) la reforma introducida por la Ley 19/2005 establece un régimen menos riguroso para los administradores, por lo que ha de ser aplicada retroactivamente (con base en la disposición transitoria tercera del CC y art. 9.3 de la Constitución); y (3) puesto que la deuda de la sociedad se originó antes del acaecimiento de la causa de disolución, la aplicación retroactiva de la citada ley exonera al administrador de responsabilidad.

La Sentencia del Tribunal Supremo (sala 1.^a) núm. 669/2021, de 5 de octubre (ECLI:ES:TS:2021:3625), por el contrario, considera que el artículo 105.5 LSRL no es una norma de

naturaleza sancionadora y sus modificaciones no pueden aplicarse de forma retroactiva y, en consecuencia, hay que estar al texto vigente en el momento en el que se desarrollaron los hechos generadores de la misma.

Ratifica así el Tribunal Supremo la más reciente y uniforme jurisprudencia, que califica la naturaleza de la responsabilidad de los administradores por deudas sociales como *«responsabilidad por deuda ajena «ex lege» que no tiene naturaleza de «sanción» o «pena civil»*.

Manifiesta el Tribunal que *«no puede extenderse el concepto de "sanción" con la finalidad de obtener la aplicación de las garantías constitucionales propias de ese tipo de normas a medidas que no responden, verdaderamente, al ejercicio del ius puniendi del Estado y que una cosa es que las sanciones tengan, entre otras, una finalidad disuasoria de determinados comportamientos y otra distinta que toda medida con tal finalidad disuasoria constituya una sanción»*. Y concluye: *«El término sanción sólo puede admitirse, respecto del artículo 105.5 LSRL, en un sentido impropio, por más que la medida que impone sea aflictiva para el administrador social, dado que no persigue, más que remotamente, la protección de un interés general, al dirigirse a amparar los intereses de los acreedores sociales, los cuales ven con ella ampliada la esfera de sus facultades de satisfacción mediante el incremento del número de sus deudores, solidarios, ante el peligro que representa para sus créditos el que la sociedad, sometida a la regla de limitación de responsabilidad característica de las de su tipo, subsista sin disolverse y liquidarse»*. La norma, además, no impide al administrador subrogarse en la posición del acreedor y repetir contra la sociedad, con éxito, en el caso de que la misma, pese a estar incurso en causa de disolución, tenga bienes suficientes para atender su crédito.

El ejercicio contra el administrador de la acción de responsabilidad por deudas sociales no requiere demandar a la compañía deudora (SAP Valencia de 9 de febrero de 2021)

Un acreedor de una sociedad limitada reclamó al administrador de ésta el pago de una deuda social con base en el artículo 367 LSC. La demanda fue estimada en primera instancia; el recurso de apelación fue desestimado por la Audiencia Provincial de Valencia [9ª] en su Sentencia de 9 de febrero de 2021 (ECLI:ES:APV:2021:488).

La Audiencia abordó (de la mano de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2020 [ECLI: ES:TS:2020:1453]) la cuestión de la relevancia de la falta de depósito de las cuentas anuales como indicio de la existencia de una causa de disolución. Y lo hizo para concluir, de un lado, que el incumplimiento del deber de depositar las cuentas anuales, ni es una causa de disolución, ni es un hecho que, por sí mismo, permita presumir que concurre una causa de disolución (como la existencia de pérdidas cualificadas). Y, por otro, para recordar que, no obstante lo anterior, la falta de formulación de las cuentas anuales, aprobación y depósito priva a los terceros del conocimiento de la situación patrimonial y contable de la compañía, y que ello puede ser apreciado como un indicio que pudiera generar dudas sobre la existencia de pérdidas o de falta de actividad de la sociedad, lo que obliga a valorar la actividad probatoria desarrollada por el administrador demandado.

Pero, además, la Sentencia de segunda instancia señaló, frente a lo argumentado en el recurso, que para el ejercicio de la acción de responsabilidad por deudas (art. 367 LSC) no resulta necesario que la existencia de la deuda social que se reclama al administrador haya

sido previamente declarada en vía judicial. Antes bien, la Audiencia indicó que basta con que la deuda quede acreditada en el procedimiento que se dirige contra el administrador societario por cualquier medio probatorio. Ni siquiera es preciso dirigir la acción contra la sociedad administrada, bastando con que se dirija contra su administrador. En relación con ello, conviene apuntar que, para estimar la demanda, el juzgado de lo mercantil consideró acreditada la existencia del crédito reclamado, asunto del que conoció, según expresó, a efectos prejudiciales (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Valencia [1.ª] de 10 de febrero de 2020 [ECLI:ES:JMV:2020:1600]); *cfr.* a este respecto, por ejemplo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante [8ª] 287/2017, de 8 de junio [ECLI: ES:APA:2017:1695], y 869/2019, de 9 de julio [ECLI: ES:APA:2019:2121]).

Inscripción del cese de uno de los dos administradores solidarios (RDGSJFP de 28 de junio de 2021)

Se presentó a inscripción escritura de elevación a público del acuerdo de la junta general por el que se cesó a uno de los dos administradores de una sociedad de responsabilidad limitada. El registrador mercantil rechazó practicar la inscripción solicitada por considerar que para la inscripción del referido cese resultaba preciso, bien la inscripción simultánea del nombramiento de, al menos, otro administrador solidario, bien el cambio de estructura del órgano de administración.

Mediante Resolución de 28 de junio de 2021 (BOE núm. 173, de 21 de julio), la DGSJFP estimó el recurso interpuesto por la sociedad afectada y revocó la calificación del registrador.

La decisión adoptada tomó como punto de partida la doctrina registral acerca de las condi-

ciones y requisitos exigibles para la inscribibilidad de la renuncia de los administradores de sociedades de capital (*vid.* Resoluciones de la DGRN de 27 de mayo de 1992 [RJ 1992\5261], 23 de mayo ([BOE núm. 146, de 19 de Junio] y 30 de junio de 1997 [BOE núm. 176, de 24 de Julio], 6 de marzo de 2015 [BOE núm. 69, de 21 de Marzo] y 20, 21 y 22 de septiembre de 2000 [BOE núm. 254, de 23 de Octubre y BOE núm. 270, de 10 de Noviembre). Según señala el Centro Directivo, dicha doctrina se condensa en la idea de que una sociedad puede quedar acéfala —o, en cualquier caso, sin que conste para ella ningún administrador inscrito en el Registro Mercantil— *«por la renuncia de los integrantes del órgano de administración, o porque habiendo éstos renunciado ante la junta general, o habiendo sido cesados por ésta, los socios no quieran, o no se pongan de acuerdo en nombrar a quienes hayan de sustituirlos»*.

En el supuesto objeto de la Resolución, el acuerdo de cese se adoptó por unanimidad en una junta a la que asistió el 55% del capital social, sin que se acordara en ella designar otro administrador solidario en su sustitución. Además, los estatutos sociales establecían distintos modos de organizar la administración (concretamente los cuatro previstos en el art. 210.1 LSC), entre los cuales podía optarse por la junta sin necesidad de que concurrieran los requisitos precisos para proceder a una modificación estatutaria (art. 210.3 LSC).

Con base en las anteriores consideraciones, la Dirección General concluyó que el cese de uno de los dos administradores solidarios puede acceder al registro sin que sea necesaria la inscripción del nombramiento de uno nuevo que lo sustituya. Cuestión distinta, que no cabía entrar a discutir dado el objeto del recurso, era la referida a las consecuencias que sobre la vida corporativa podía tener el

hecho de que la sociedad quedara con un solo administrador solidario inscrito (de esta manera, se evitó entrar a discutir la idea, apuntada en el recurso, de que el administrador solidario que permanece en el cargo mantiene todas sus facultades de administración).

Nulidad del contrato celebrado con infracción del deber de lealtad y responsabilidad por los daños causados (SAP Barcelona de 4 de febrero de 2021)

Dos socios de una sociedad limitada ejercitaron la acción social de responsabilidad contra dos administradores, que lo fueron sucesivamente (y que eran padre e hijo; el primero ejerció el cargo hasta 2015 y el segundo a partir de ese año). Por una parte, se les reprochaba haber percibido durante varios ejercicios una remuneración superior a la prevista en los estatutos. Por otra, y esta es la cuestión en la que nos centraremos en estas líneas, se imputaba al padre la conclusión —en 2013, mientras ocupaba el cargo de administrador— de un contrato de arrendamiento sobre un inmueble de la compañía en favor de su hijo.

En particular, y por lo que interesa en esta nota, los actores alegaron que el contrato de arrendamiento de la vivienda propiedad de la sociedad se suscribió por el administrador infringiendo sus deberes de lealtad, pues fue concertado con una persona vinculada (su hijo y posterior administrador) en condiciones muy favorables (renta inferior a la de mercado, duración de cincuenta años y reconocimiento de un derecho de subrogación a favor de los herederos). Por ello se solicitó que se declarara la nulidad del contrato y que se condenara a los demandados al pago de la diferencia entre

la renta pactada y la que habría correspondido percibir según el mercado.

La demanda fue desestimada en primera instancia. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Barcelona [15ª] estimó el recurso en lo sustancial en su Sentencia de 4 de febrero de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:588). En síntesis, después de rechazar que los actores hubieran ido contra sus propios actos al formular la reclamación, efectuó las siguientes consideraciones:

1. El administrador infringió tanto el deber general de diligencia como su deber de lealtad; en especial, este último impone al administrador la obligación de abstenerse de intervenir en operaciones en las que exista una situación de conflicto, como son las realizadas con personas vinculadas (prohibición que no se respetó al arrendar el inmueble en nombre de la compañía a su propio hijo). Y el perjuicio, causalmente ligado al acto del administrador, se concretó en la diferencia entre la renta que habría obtenido la sociedad de un arrendamiento a precio de mercado y el alquiler efectivamente abonado por el arrendatario. De ahí la condena al administrador a indemnizar en esa cuantía.
2. Aunque la norma contenida en el actual artículo 232 LSC no estaba establecida de modo expreso cuando se firmó el contrato de arrendamiento, la posibilidad de anular los actos o contratos celebrados con infracción del deber de lealtad ya había sido admitida por la jurisprudencia (*cfr.* SSTs de 8 de abril de 2013 [ECLI ES:TS:2013:3513], 23 de septiembre de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:3850] y 23 de mayo de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:2042]). Según esta doctrina, el interés jurídico del socio demandante no se agota en la legitimación para una eventual acción de

responsabilidad social contra el administrador por el perjuicio causado a la sociedad, sino que alcanza también a la acción de nulidad por inexistencia o ilicitud de la causa de los contratos concluidos.

3. La Audiencia señaló que los contratos celebrados con infracción del deber de lealtad no son nulos de pleno derecho por la simple infracción de una norma imperativa (art. 6.3 CC), dado que la Ley contempla un efecto jurídico distinto (la responsabilidad de los administradores o la «anulación» del acto). De este modo, la anulación de los contratos encontraría como fundamento la ilicitud de la causa (art. 1275 CC). Según afirma la Sentencia comentada, la doctrina, además, habría venido considerando que la lesión del patrimonio social constituye un presupuesto de la acción de nulidad, lo que parecería lógico en el marco del vigente artículo 232 LSC en la medida que el daño es presupuesto de la acción de responsabilidad. Pues bien, en este caso la causa del contrato había de considerarse ilícita por cuanto se celebró contraviniendo normas imperativas relacionadas con el deber de lealtad y, en particular, del deber de abstención en transacciones con personas vinculadas, en las que el administrador se encontraba en situación de conflicto. De ahí la declaración de nulidad del referido contrato de arrendamiento de 2013, con las consecuencias correspondientes.
4. Debe observarse que la sociedad arrendadora no fue demandada por los actores. No obstante, la Audiencia consideró bien constituida la relación jurídico-procesal. Partiendo de la idea de que la acción de nulidad ejercitada estaba estrechamente conectada con la de responsabilidad de los administradores y fue ejercitada

en defensa del interés social, concluyó que es razonable que aquellos a quienes se reconoce legitimación para requerir la recomposición del patrimonio social a través de las correspondientes indemnizaciones la tengan también para solicitar la declaración de nulidad de los actos y contratos lesivos para la sociedad (como la tendrían igualmente para el ejercicio de las acciones de cesación o de remoción de efectos). En suma —añadió la Audiencia Provincial—, carecería de sentido que los socios intervinieran como actores en sustitución de la sociedad y en interés de ésta y que la compañía tuviera que ser parte demandada en cuanto firmante del contrato de arrendamiento (a lo cual ha de añadirse que en el litigio intervinieron todos los socios de la sociedad —los dos demandantes y los dos demandados— y que estos últimos no adujeron que la demanda no se dirigiera también frente a la compañía arrendadora).

Responsabilidad de los administradores por contratar con personas vinculadas infringiendo el deber de lealtad (SAP Barcelona de 4 de febrero de 2021)

Se ejercitó acción social de responsabilidad contra los que fueron miembros del consejo de administración de una sociedad de responsabilidad limitada (HV), uno de ellos convertido en actual administrador único. La reclamación se fundamentó en que se habían realizado ciertos negocios en nombre de la compañía con infracción del deber de lealtad y, en concreto, del deber de evitar situaciones de conflicto de interés (arts. 228 y 229 LSC). En concreto, el socio demandante alegó, de un lado, que se ha-

bían concertado contratos de asesoramiento y consultoría con otras sociedades sobre las que uno de los consejeros (luego administrador único de HV) ostentaba el control y de las que era a su vez administrador. Y, de otro, que se había concedido por cuenta de la sociedad HV un préstamo al socio mayoritario, en el que concurría la circunstancia de estar bajo el control directo o indirecto de dos de los administradores demandados.

La demanda fue desestimada en primera instancia, pero parcialmente estimada por la Audiencia Provincial de Barcelona [15^a] en su Sentencia de 4 de febrero de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:502).

En cuanto a los contratos de consultoría, la Audiencia dio por acreditada la vinculación del actual administrador único (y consejero delegado al tiempo de emitirse las correspondientes facturas con cargo a HV) con las sociedades a las que se había contratado para la prestación de servicios de asesoramiento. Y entendió aplicable el artículo 229.2 LSC, según el cual el deber de evitar situaciones de conflicto de intereses se extiende a los casos en los que el beneficiario de los actos sea una persona vinculada con el administrador. Partiendo de esta situación de conflicto —que no fue comunicada como era exigible (art. 229.3 LSC)—, se concluyó que los contratos referidos habían producido un perjuicio efectivo a la sociedad, dado que se pagó por servicios de asesoría o consultoría formalmente encargados a terceros, siendo así, sin embargo, que a la propia sociedad y a su consejo les correspondía, por su objeto social y por su actividad ordinaria, el asesoramiento de las empresas del grupo (no tenía sentido, por tanto, encomendar tales trabajos a terceras sociedades con las que los administradores demandados se encontraban vinculados). El perjuicio causado a la compañía se identificó con el

importe de esos pagos injustificados, hechos con infracción del deber de lealtad, y de ahí que se condenara solidariamente (art. 237 LSC) a los administradores a indemnizarlo.

En cuanto al préstamo concedido por HV a su socio mayoritario, la Audiencia admitió la existencia de un conflicto de intereses. Pero entendió igualmente que no se había producido daño a la compañía, dado que se devolvió su importe (según la sentencia reseñada el perjuicio sólo se habría producido en caso de no haber sido reintegrado el préstamo —criterio que dejó fuera del análisis las condiciones en que se concertó la operación—). En consecuencia, la demanda de responsabilidad fue desestimada en cuanto a este extremo.

Impugnación de acuerdos sociales

Nulidad de decisión de administrador único por abuso de derecho (SAP Barcelona de 4 de octubre de 2021)

En 2017, el administrador único de una sociedad limitada decidió trasladar el domicilio social de Barcelona a Cáceres (*cf.* art. 285.2º LSC). La sociedad tenía dos socios (el propio administrador y su ex cónyuge, cada uno de ellos titular de un 50% del capital social) y había permanecido inactiva desde 2008 a 2018 en el marco de un clima de profunda conflictividad intra societaria. La socia disconforme impugnó judicialmente el «acuerdo» referido por considerarlo adoptado en fraude de ley.

El juzgado de lo mercantil n.º 4 de Barcelona desestimó la demanda en su Sentencia núm. 41/2021 de 4 marzo (ECLI:ES:JMB:2021:517) al

considerar que los artículos 204 y 205 LSC se refieren sólo a la impugnación de acuerdos sociales propiamente dichos y que una decisión del administrador único no reviste este carácter. La sentencia de primera instancia fue revocada por la Sentencia 1966/2021, de 4 de octubre, de la Audiencia Provincial de Barcelona (15ª) (ECLI:ES:APB:2021:10917), la cual declaró nula la mencionada decisión de trasladar el domicilio social.

La Audiencia se planteó, en efecto, si la decisión del administrador único resultaba impugnabile. A tal efecto, recordó que el artículo 251 LSC (que remite en varios extremos a lo previsto para la impugnación de acuerdos de la junta) sólo contempla la impugnación de los acuerdos del consejo de administración o de cualquier otro órgano *colegiado* de administración. Y señaló que los acuerdos adoptados por administradores únicos o por órganos plurales de administración que no funcionen como órganos colegiados (administradores solidarios o mancomunados) no son *en principio* impugnables por las causas y por el procedimiento previstos en el artículo 251 LSC. Por tanto, *como regla general*, las decisiones de los administradores únicos sólo abren la puerta al ejercicio de las correspondientes acciones de responsabilidad una vez adoptado y ejecutado el acuerdo (y de las demás referidas en el art. 232 LSC cuando el comportamiento del administrador hubiera infringido su deber de lealtad).

No obstante, la sentencia reseñada advierte que la circunstancia de que las decisiones de los administradores únicos no sean impugnables por el cauce ordinario previsto en la normativa societaria no impide que puedan perseguirse acudiendo a instituciones más generales, como el abuso del derecho o el fraude de ley, que han de encontrar aplicación en todos los ámbitos del Derecho. Cuando concurre el abuso de derecho, habrá lugar a la adopción de las

medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso, entre las que se encuentra la declaración de nulidad del acto.

En el caso resuelto, la Audiencia apreció abuso de derecho por cuanto la decisión de trasladar el domicilio social se adoptó con la única intención de perjudicar los intereses de la socia demandante y sin que existiera atisbo alguno de una razón mínimamente plausible que justificase tal modificación estatutaria (como evidenciaban la ausencia de cualquier vínculo de la sociedad con la ciudad de Cáceres, la falta de prueba sobre la intención real de orientar su actividad hacia esa zona geográfica, la inactividad de la compañía —con cierre del registro mercantil desde 2008 hasta 2018—, cuyo único activo era un inmueble situado en Barcelona y cuya junta general se encontraba paralizada por el enfrentamiento de los socios...).

Dividendos y cuentas anuales

El informe del auditor debe acompañarse necesariamente a las cuentas anuales cuando la sociedad tenga nombrado e inscrito auditor con carácter voluntario (RDGSJFP de 21 de octubre de 2021)

En el caso estudiado por la RDGSJFP de 21 de octubre de 2021 (BOE núm. 271, de 12 de noviembre), se debate si es posible depositar en el Registro Mercantil, sin acompañar informe de auditoría, las cuentas anuales del ejercicio 2020 de una sociedad no obligada legalmente a verificación contable, pero que cuenta en su hoja registral con una inscripción, la 4.ª, de

fecha 17 de diciembre de 2020, de nombramiento de auditor por la junta general de 1 de noviembre de 2020, «para todos aquellos actos de la sociedad en los cuales sea necesaria la actuación de un auditor de cuentas»; y con la inscripción 6.ª, de fecha 7 de abril de 2021, de aumento de capital social con cargo a reservas, cuyo balance fue auditado el día 13 de noviembre de 2020 por el auditor inscrito.

El Centro Directivo se remite a su doctrina sobre los efectos de la inscripción en el Registro Mercantil, por parte de la sociedad no obligada a verificación contable, de un nombramiento de auditor realizado con carácter voluntario (Resoluciones de 18 de noviembre de 2015, 15 de marzo de 2016, 10 de diciembre de 2018 y 11 de diciembre de 2020), de la que resulta que, inscrito el nombramiento de auditor voluntario, el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación (en el mismo sentido, el art. 279.1 LSC).

El recurrente alega que la sociedad sólo nombró auditor para «todos aquellos actos en los cuales sea necesaria la actuación de un auditor de cuentas» y, en concreto, para una ampliación de capital con cargo a reservas en la que era necesario aportar balance auditado, que se llevó a cabo en el ejercicio 2020.

Considera la Dirección General que *la finalidad* para la que se nombra el auditor y *el ejercicio en que se realiza el nombramiento* deben tenerse en consideración para determinar si es exigible que las cuentas de dicho ejercicio vayan acompañadas o no por el informe del auditor de cuentas inscrito.

En cuanto a la finalidad, la Dirección General confirma, que de conformidad con el artículo 303 LSC, el balance empleado para el supuesto de aumento con cargo a reservas deberá ser:

«(...) verificado por el *auditor de cuentas de la sociedad*, o *por un auditor nombrado por el Registro Mercantil* a solicitud de los administradores, si la sociedad no estuviera obligada a verificación contable».

Como la operación de aumento de capital se ha producido en el año 2020, mismo año del nombramiento, y el auditor que ha verificado ese balance (para la ampliación de capital) no puede ser nombrado sólo para esa operación específica, sino que debe ser el que audite las cuentas anuales, la Dirección General concluye que para depositar las cuentas del ejercicio 2020 es necesario acompañar el informe del auditor.

Depósito de cuentas de ejercicios anteriores y reapertura del registro (RDGSJFP de 18 de noviembre de 2021)

El 27 de julio de 2021 una sociedad de responsabilidad limitada presentó a depósito las cuentas anuales de los ejercicios 2018, 2019 y 2020. La registradora acordó no practicar el depósito solicitado por encontrarse cerrado el Registro precisamente por la falta de depósito de los ejercicios anteriores.

El recurso interpuesto por la sociedad solicitante fue desestimado por la DGSJFP mediante Resolución de 18 de noviembre de 2021 (BOE núm. 289, de 3 de diciembre) con apoyo en las siguientes consideraciones:

1) La doctrina de la Dirección General señala que no cabe el depósito de las cuentas anuales aprobadas, correspondientes a un ejercicio determinado, si no constan previamente depositadas las de ejercicios anteriores (*vid.* RDGRN de 4 de julio de 2001 [BOE núm. 189 de 8 de agosto]). E indica igualmente que, cuando la falta de depósi-

to previo se refiere a varios ejercicios, el carácter excepcional de la normativa sancionadora y la interpretación favorable a los afectados por ella, llevan a entender que, a los efectos de enervar el cierre registral, sólo es necesario depositar las cuentas (o acreditar su no aprobación: art. 378.5 RRM) correspondientes a los tres últimos ejercicios. Así se manifestó ya el Centro Directivo en su Resolución de 3 de octubre de 2005 (BOE núm. 275, de 17 de noviembre) sobre la base de la naturaleza sancionadora del cierre registral y de la consecuente aplicación del derogado artículo 221.4 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, que establecía un plazo de prescripción de tres años para la infracción del deber de depositar cuentas (obsérvese que la Resolución ahora reseñada sigue el mismo criterio aun cuando en la actualidad la sanción del cierre del registro se ubica en un artículo distinto —el actual artículo 282 LSC— al que contiene la regla de prescripción de las infracciones a los tres años —artículo 283.4 LSC—).

- 2) Por tanto, para que se produzca la reapertura del Registro es precisa la presentación a depósito de las cuentas correspondientes a los tres últimos ejercicios respecto de los que se haya producido el efecto de cierre. Conclusión que obedece al hecho de que, conforme al artículo 378 RRM, el cierre registral sólo se produce respecto de aquellos ejercicios en los que, habiendo transcurrido un año desde su cierre, no se haya producido el correspondiente depósito de cuentas (un supuesto análogo se analizó en la RDGRN de 8 de febrero de 2010 [BOE núm. 82, de 5 de abril]).
- 3) En el caso concreto sometido a decisión de la Dirección General, no había transcurrido aún un año desde el final del ejercicio 2020, por lo que el cierre del Registro no

derivaba del incumplimiento del deber de depositar cuentas de dicho ejercicio (cf. art. 378.1 RRM). Es decir, el 27 de julio de 2021 el Registro Mercantil se encontraba cerrado para la sociedad solicitante por falta de depósito de cuentas de los ejercicios 2017, 2018 y 2019. Por consiguiente al no haberse presentado las cuentas referentes a 2017, no podía producirse la reapertura al amparo del artículo 378.5 RRM.

Disolución y liquidación

Cómputo de las pérdidas de los ejercicios 2020 y 2021 a los efectos de valorar la concurrencia de causa de disolución

El Real Decreto Ley 27/2021, de 23 de noviembre, por el que se prorrogan determinadas medidas económicas para apoyar la recuperación, modifica el apartado 1 del artículo 13 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, a los efectos de indicar que las pérdidas del ejercicio 2021 tampoco computarán, como ya ocurría con las del 2020, a los efectos de valorar la concurrencia de causa de disolución del artículo 363.1e LSC.

Como consecuencia de ello, se modifica también dicho precepto para aclarar que será en el cierre del ejercicio 2022 (y no en el de 2021), cuando las compañías deberán apreciar si existen pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, pues será a partir de ese momento cuando empezará a contar el plazo de dos meses que otora el artículo 365 LSC, para la celebración de la junta que acuerde la disolución de la sociedad, el aumento o reducción de capi-

tal, o, si la sociedad fuera insolvente, la presentación de la solicitud de concurso.

Modificaciones estructurales

No es inscribible una escisión sujeta a condición suspensiva (RDGSJFP de 8 de junio de 2021)

1. Los hechos

Se solicita la inscripción de una escisión con aumento del capital social de la beneficiaria que, según consta en la certificación de los acuerdos adoptados por las juntas generales de las sociedades participantes, está sujeta a «condición suspensiva consistente en la obtención de resolución favorable de consulta vinculante formulada expresamente al efecto o pericial emitida por profesional de reconocido prestigio en el mismo sentido». La eficacia obligacional de los acuerdos adoptados por las juntas generales se hace depender de un acto de un tercero (art. 1115 CC), de modo que los efectos de la escisión sólo se producirán (retroactivamente) en el momento en que la condición se cumpla. La resolución, deliberadamente, no entra en la cuestión de si era necesario establecer un plazo de cumplimiento de la condición suspensiva.

2. La doctrina registral

La Dirección General es clara: si el acuerdo de escisión se sujeta a condición suspensiva, dado que los peculiares efectos de esta modificación estructural no se despliegan sino desde que el evento condicional se cumpla, no podrá inscribirse en el Registro Mercantil sin que se acredite su cumpli-

miento.

3. Comentario

La peculiaridad añadida del caso es que la sujeción a la condición suspensiva se trató de inscribir mediante la subsanación de las certificaciones de los acuerdos adoptados por las sociedades participantes y una vez que la escisión con ampliación de capital en la beneficiaria ya estaba inscrita en el Registro Mercantil. La Resolución afirma por ello que sólo se podría rectificar el registro mediante el consentimiento de las sociedades a la cancelación de los asientos y tomando al mismo tiempo las medidas necesarias para proteger a los acreedores, en cuanto se dejaría sin efecto el aumento de capital de la beneficiaria (se entiende que mediante una reducción de capital).

Separación y exclusión de socios

Derecho de separación y nombramiento de experto: el registrador mercantil no tiene competencia para determinar si se ha ejercitado correctamente el derecho de separación (SAP León de 2 de julio de 2021)

El procedimiento se inicia con la impugnación de una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que confirma, en relación con el ejercicio del derecho de separación de un socio conforme al artículo 348 bis LSC, la resolución dictada por el registrador mercantil, que declaró procedente el nombramiento

de experto para la determinación del valor razonable de las acciones.

La sociedad apelante sostiene que el registrador mercantil debe verificar los requisitos exigidos para acceder al nombramiento de experto y entrar a valorar si el ejercicio del derecho de separación se ejercitó correctamente, por entender que en el caso concreto dicho ejercicio se llevó a cabo en claro abuso de derecho, en contra de los propios actos del socio y con una falta de lealtad total frente a la sociedad y a sus socios.

La sentencia de la Audiencia Provincial de León 563/2021, de 2 de julio (ECLI:ES:APLE:2021:1046), ratifica la decisión del centro directivo y declara que al registrador mercantil le corresponde únicamente verificar si concurren los requisitos formales para el ejercicio del derecho de separación, pero no resolver sobre cuestiones controvertidas acerca de la eficacia de los derechos ejercitados.

La Audiencia Provincial recuerda que es doctrina muy consolidada que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, pues el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 CC), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en el ámbito de este tipo de expedientes, que se limitan a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de un experto independiente, y no la valoración de la conducta del socio en atención a la finalidad por él pretendida o a su incardinación en el ámbito de los límites intrínsecos al ejercicio del derecho. La competencia del registrador mercantil viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia

en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas.

Es decir, el control de legalidad del registrador mercantil solo se efectúa en relación con «las formas extrínsecas». De lo contrario, el registrador mercantil ya no actuaría como calificador, o como mero órgano de verificación y control, sino como órgano de decisión en relación con los derechos e intereses en conflicto, correspondiendo esta competencia, con exclusividad, a los tribunales de justicia.

Aplazamiento del pago de participaciones transmitidas entre socios como consecuencia del ejercicio de un derecho de adquisición estatutario (RDGSJFP de 28 de julio de 2021)

Se rechazó por la registradora mercantil la inscripción de ciertos preceptos estatutarios de una sociedad de responsabilidad limitada. En ellos se establecía que sería causa de exclusión el incumplimiento por el socio de su obligación de transmitir sus participaciones sociales («transmisión obligatoria») cuando se ejercitara, por otro u otros socios, el derecho de adquisición otorgado por los estatutos para el caso de alcanzar una participación igual o superior a la mitad del capital social de la compañía (art. 35.1.c). A los efectos que ahora interesan, lo relevante es que, en el caso de que se llevara a cabo esta transmisión, el precio de adquisición debería ser satisfecho íntegra-

mente en metálico, salvo acuerdo en contrario, «*pudiendo no obstante ser aplazado como máximo un año desde el día del otorgamiento de la escritura pública que documente la transmisión, en los términos y condiciones que libremente determine la parte adquirente*» (art. 10.IV.6). Y, para el supuesto de que llegara efectivamente a entrar en juego la referida causa de exclusión, se preveía que «*el importe a reembolsar al socio excluido como reembolso a sus participaciones sociales amortizadas, se le podrá abonar a voluntad de la sociedad en: (i) dinero y/o especie; y (ii) de forma aplazada dentro del año natural siguiente al acuerdo de amortización de sus participaciones sociales*» (art. 35.4)

En la nota de calificación se argumentó que «*dada la analogía de la transmisión obligatoria con la exclusión del socio, y siendo consecuencia del incumplimiento de la obligación de transmitir la exclusión del socio, el aplazamiento del pago en un año del precio de las participaciones resulta incompatible con el plazo establecido en el artículo 356.1 LSC para reembolsar al socio excluido el valor de sus participaciones, sin que los estatutos puedan imponer al socio dilaciones a la hora de realizar el valor patrimonial de sus participaciones*». En consecuencia, se negó —como se ha dicho— la inscripción de los mencionados artículos 10.IV.6 y 35.4 en lo que hacían referencia al aplazamiento del pago del precio de adquisición o del valor del reembolso.

El recurso gubernativo fue estimado por la DGSJFP mediante su Resolución de 28 de julio de 2021 (BOE del 6 de agosto). En sustancia,

³ <https://www.ga-p.com/publicaciones/de-nuevo-sobre-el-derecho-de-adquisicion-preferente-estatutario-en-caso-de-embargo-de-participaciones/>

el citado centro directivo vino a mantener lo siguiente:

1. Ciertamente, en la Resolución de 23 de noviembre de 2020³ la Dirección General afirmó que, dadas las analogías de la transmisión forzosa con la exclusión del socio, debía estimarse que un aplazamiento de cinco años en el pago del precio del valor de las participaciones embargadas resultaba incompatible con el plazo establecido en el artículo 356.1 LSC, del cual resulta que, en vía de principio, no cabe imponer a los socios dilaciones a la hora de realizar el valor patrimonial de sus participaciones; algo que, además, resulta acorde con el interés de los acreedores.
2. No obstante, en la RDGRN de 23 de mayo de 1998 se indicó que una aplicación excesivamente rigurosa de este principio puede dejar desprotegido el interés social a que responde la limitación legal y estatutaria de la transmisibilidad de las participaciones sociales (así podría ocurrir en casos en los cuales sea relevante el número de participaciones por adquirir —recuérdese que el artículo 108.2 LSC impide un ejercicio parcial, impuesto al socio, del derecho de adquisición preferente— e insuficiente la liquidez de los titulares del derecho de preferencia). Por ello, siempre que no exista una norma legal que imponga el pago al contado (*cf.*, para las transmisiones *mortis causa*, el art. 110 LSC), no deben ser rechazadas aquellas cláusulas de aplazamiento que no contradigan los principios configuradores de la sociedad de responsabilidad limitada y resulten compatibles con la razonable composición de los intereses presentes (especialmente cuando se trata de cláusulas que establezcan un plazo moderado).
3. Según la Dirección General, en el supuesto planteado resultaba determinante el hecho de que la cláusula debatida estableciese la obligación de transmitir participaciones sociales a raíz del ejercicio del derecho de adquisición preferente atribuido estatutariamente al socio que llegara a ser titular de, al menos, la mitad del capital social. Ello quiere decir que esa transmisión había de enmarcarse en el ámbito de las transmisiones voluntarias por actos *inter vivos* y no en el campo de las transmisiones forzosas, lo que impide trasladar automáticamente el régimen propio de la exclusión de socios. Así, estaría justificado en un caso como el resuelto que, supuesto el incumplimiento por un socio de su obligación de transmitir las participaciones sociales (en unas condiciones de aplazamiento del pago del precio que deben reputarse lícitas según la doctrina registral) se imponga, estatutariamente y con el consentimiento de todos los socios, la sanción de exclusión del socio incumplidor en las mismas condiciones, en cuanto al reembolso del valor de sus participaciones, en las que se habrían transmitido éstas de haberse cumplido regularmente aquella obligación.
4. Por las razones indicadas debe considerarse que las reglas estatutarias analizadas, que imponen al socio incumplidor el aplazamiento de la percepción del precio o del valor de reembolso durante un año, no rebasa los límites generales a la autonomía de la voluntad, sino que establece un sistema que no perturba la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva que sea prácticamente insalvable. Tanto más si se tiene en cuenta que deben respetarse los límites impuestos por los usos, la buena fe y la prohibición de abuso del derecho. Por otra parte, si por

las circunstancias del caso concreto, el aplazamiento en el pago o reembolso del valor de tales participaciones pudiese implicar para el socio una vinculación

excesiva o abusiva, o un perjuicio para terceros, quedará a salvo el eventual control judicial de este extremo, en atención a tales circunstancias.

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

Socia, 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

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

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, 2021. Todos los derechos reservados.