



Sociedades

Área de Mercantil de Gómez-Acebo & Pombo

Contenido

Análisis..... 4

- ¿Separación con efectos diferidos del socio profesional? (RDGSJFP de 3 de mayo del 2022)
Alberto Díaz Moreno, Consejero académico de GA_P 4
- Pactos parasociales omnilaterales (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 7 de abril del 2022)
Fernando Marín de la Bárcena, Consejero académico de GA_P 11

Práctica Societaria 16

• Registro Mercantil 16

- Depósito de cuentas existiendo anotación preventiva de solicitud de levantamiento de acta notarial (RDGSJFP de 8 de febrero de 2022) 16
- No es posible la prórroga del asiento de presentación por impugnación judicial de una resolución de la DGSJFP: hay que demandar y pedir anotación preventiva de la demanda «entre partes» (RDGSJFP de 21 de marzo de 2022)..... 16
- El registrador no puede revocar un poder, ni siquiera a petición de un administrador (RDGSJFP de 8 de abril de 2022)..... 16
- Disolución de sociedades profesionales: ¿Indefensión ante el Registro Mercantil? (RDGSJFP de 11 de abril de 2022)..... 17
- En caso de conflicto entre socios por la titularidad real de las acciones, deben resolver los tribunales, no el Registro Mercantil (RDGSJFP de 12 de abril de 2022) 17

• Sociedades profesionales..... 18

- Momento de eficacia de la exclusión del socio profesional e inscripción de la exclusión y de la reducción de capital en el Registro Mercantil (RDGSJFP de 13 de junio de 2022)..... 18

• Constitución y estatutos 19

- La previsión estatutaria de convocatoria de la junta mediante telegrama debe incluir la exigencia de su remisión con acuse de recibo (RDGSJFP de 22 de marzo de 2022) 19
- Asistencia por medios telemáticos en los lugares previamente dispuestos por la sociedad. (RDGSJFP de 6 de junio de 2022) 20

• Junta general 21

- El registrador puede designar un notario para que levante acta de la reunión, si no existen administradores que puedan hacerlo (RDGSJFP de 4 de abril de 2022) 21
- Si la junta general ordinaria ha sido universal debe constar así en la certificación junto con los demás requisitos exigidos en el RRM (art. 97 y 112) (RDGSJFP de 6 de abril de 2022)..... 22
- ¿Quién representa a la comunidad de bienes en la junta general? (RDGSJFP de 23 de mayo de 2022) 22

• Administradores.....23

- Conceder poderes no equivale a delegar facultades (STS 215/2022, de 21 de marzo)..... 23
- Sistema de representación proporcional en la sociedad limitada: es válido (RDGSJFP de 28 de marzo de 2022) 24

- **Aumento y reducción de capital.....24**
 - Hay que inscribir siempre la renumeración (que es voluntaria) de las acciones (RDGSJFP de 4 de abril de 2022)..... 24
- **Cuentas anuales.....25**
 - Guía de buenas prácticas para la elaboración del Estado de Información No Financiera o en materia de sostenibilidad 25
- **Disolución y liquidación28**
 - Disolución de sociedad limitada por decisión del socio único concursado (RDGSJFP de 13 de mayo de 2022)..... 28
- **Fiscalidad de sociedades 29**
 - Propuesta de directiva para incentivar fiscalmente la financiación de las empresas de la Unión Europea con incrementos de capital... 29
 - La aplicación de la exención por trabajos en el extranjero a administradores y consejeros 32

Análisis

¿Separación con efectos diferidos del socio profesional? (RDGSJFP de 3 de mayo del 2022)

ALBERTO DÍAZ MORENO

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

1. Antecedentes

1.1. Los hechos relevantes a los efectos que ahora interesan son los siguientes:

- a) Una sociedad limitada profesional estaba integrada por diez socios profesionales —seis abogados y cuatro economistas— y regida por cuatro administradores mancomunados —tres abogados y un economista—.
- b) El día 2 de marzo del 2021, los socios economistas remitieron un escrito a la sociedad notificándole el ejercicio por su parte del derecho de separación, con efectos el día 31 de marzo del 2021.
- c) El día 5 de marzo del 2021 se recibieron en los locales de la socie-

dad seis cartas por burofax remitidas, respectivamente, por cada uno de los socios abogados; en ellas se comunicaba a la compañía el ejercicio del derecho de separación con efecto inmediato al amparo del artículo 13 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales (LSP). Las cartas se remitieron como reacción a las previamente enviadas por los cuatro socios economistas. El día 8 de marzo del 2021 se recibieron en el mismo domicilio las cartas de dimisión de los tres administradores mancomunados que habían ejercido el derecho de separación.

- d) El día 10 de marzo del 2021 se celebró una reunión de los cuatro socios economistas a la que

atribuyeron el carácter de junta universal. En dicha reunión los asistentes manifestaron revocar su decisión de separarse de la sociedad y acordaron tener por ejercido el derecho de separación de los seis socios abogados de la sociedad con efectos del día 5 de marzo anterior; además, adoptaron acuerdos relativos a la administración de la compañía (modificaron la estructura del órgano de administración —optando por un administrador único— y nombraron a uno de ellos para ocupar el cargo) y se modificó el domicilio social.

- 1.2. Se presentó a inscripción en el Registro Mercantil la escritura de elevación a público de los acuerdos adoptados en la junta de 10 de marzo (escritura que había sido objeto de modificaciones y complemento). El registrador decidió wno practicar la inscripción solicitada con base en los argumentos que resumidamente se exponen a continuación: a) se apreciaba la existencia de un conflicto societario que impedía la inscripción de los acuerdos dado que el Registro Mercantil es una institución encaminada a la publicidad legal de situaciones jurídicas ciertas (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado [DGRN] de 2 de agosto del 2014 [BOE núm. 242, de 6 de octubre], de 24 de julio del 2015 [BOE núm. 229, de 24 de septiembre] y de 16 de marzo del 2016 [BOE núm. 83, de 6 de abril]); b) conforme al artículo 13 LSP, el derecho de separación ha de ejercerse de conformidad con las exigencias de la buena fe y será eficaz desde el momento en que se notifique a la sociedad. Así pues, las exigencias

de la buena fe obligan a entender que quienes ejercieron su derecho en primer lugar, el 2 de marzo, aunque fuese con efectos diferidos al 31 de marzo del 2021, no pueden unilateralmente revocar su decisión de separarse de la sociedad para reunirse luego por sí solos en junta universal y adoptar acuerdos sin contar con quienes se separaron posteriormente; c) contra lo indicado en el título, la junta no fue universal (asistieron a ella sólo cuatro socios, titulares en total de 1032 participaciones sociales, siendo así sin embargo que el capital social se encontraba dividido en 3100 participaciones sociales); en consecuencia, al no haber sido debidamente convocada, no pudo adoptar válidamente los acuerdos cuya inscripción se pretendía; d) no era posible, sin el consentimiento de los socios no asistentes, dar plena eficacia al ejercicio por éstos de su derecho de separación, entre otras cosas, porque las comunicaciones al ejercerlo no fueron dirigidas al domicilio social; e) aun en el supuesto de que pudiera considerarse eficaz el ejercicio del derecho de separación por los socios no asistentes a la reunión, no cabía practicar la inscripción solicitada sin la previa inscripción de la ejecución del derecho de separación, con, en su caso, las consiguientes transmisiones de participaciones sociales o reducción y correlativo aumento de capital.

- 1.3. La sociedad afectada se alzó contra esta decisión. El recurso fue resuelto por la Dirección General de Seguridad y Fe Pública (DGSJFP) mediante su Resolución de 3 de mayo del 2022 (BOE de 27 de mayo). En ella se desestimó el recurso y se confirmó la nota de calificación impugnada.

2. El núcleo del problema

2.1 Básicamente, el problema planteado gira en torno a la validez de los acuerdos adoptados por los cuatro socios que ejercieron su derecho de separación en primer lugar (pero —según ellos— con efectos diferidos) en una reunión que, a la vista de la separación —que consideraron ya consumada— de los restantes seis socios —que ejercieron dicho derecho con posterioridad—, calificaron de junta general *universal*.

2.2. Más allá de los pormenores de la nota de calificación del registrador y del contenido del extenso recurso presentado por la sociedad, en realidad la cuestión sobre la que giraba el caso era determinar si quienes se reunieron el día 10 de marzo del 2021 eran todavía socios en esa fecha (teniendo en cuenta que, según se ha apuntado, dichos cuatro socios, aunque comunicaron a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación el 2 de marzo del 2021, manifestaron en sus respectivas cartas que dicha separación no tendría efectos hasta el 31 de marzo inmediato). Una respuesta negativa imponía directamente considerar no inscribibles los acuerdos (pretenidamente) adoptados en la reunión. Por el contrario, si la respuesta a esta primera pregunta fuera afirmativa, sería luego preciso decidir si, en esa misma fecha, los socios asistentes eran los únicos socios de la compañía y si, por tanto, podía hablarse de junta universal (como veremos un poco más adelante, esta segunda cuestión no llegó a abordarse —al menos no en estos términos concretos— por parte de la Dirección General).

2.3. Para responder a los dos interrogantes señalados, resultaba necesario pronunciarse sobre el momento de eficacia de la separación de los socios de una sociedad limitada profesional y, concretamente, sobre el momento en que los cuatro socios economistas dejaron efectivamente de serlo, teniendo en cuenta que, al comunicar su decisión de separarse, habían manifestado su voluntad de que los efectos de la separación se retrasaran hasta el final del mes.

Por el contrario, y como expondremos más adelante, para resolver este asunto, no resultaba estrictamente preciso pronunciarse acerca de si el socio de una sociedad profesional tiene o no la facultad de revocar la decisión de separarse ni en qué términos. No obstante, la resolución reseñada centró su atención en este punto.

3. Los argumentos de la Dirección General

3.1. Ante todo, hay que señalar que la Dirección General aclaró —frente al criterio del registrador— que la existencia de un conflicto entre los socios no puede constituir por sí sola un obstáculo para la inscripción de un determinado acto cuando del título presentado resulta la concurrencia de todos los requisitos y condiciones para reconocerle eficacia. El obstáculo aparecerá cuando el enfrentamiento entre socios provoque una irregularidad en el acto que pretenda inscribirse.

Del mismo modo, recordó —siempre en relación con lo afirmado en la nota de calificación— que la concurrencia de buena o mala fe en los intervinientes

en una operación es una circunstancia que escapa al control registral y que no puede examinarse en el estrecho marco del recurso gubernativo.

- 3.2. Seguidamente, el centro directivo indicó que el debate debía centrarse en una cuestión específica: la revocabilidad del ejercicio del derecho de separación. De hecho, desarrolló su argumentación desde esta base y tomó su decisión a partir del análisis de la cuestión mencionada.

En relación con ella, la Dirección General apuntó que, en el régimen general de las sociedades de capital, la potencial revocabilidad del derecho de separación, una vez efectuada la declaración correspondiente, había sido un tema discutido (y lo sigue siendo). Ahora bien, obviamente, no podía desconocer la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en torno a esta cuestión, según la cual la recepción de la declaración de voluntad del socio al ejercer su derecho de separación supone únicamente la iniciación de un proceso que culminará con la efectiva «salida» del socio de la compañía sólo cuando éste reciba el valor razonable de su participación (Sentencias del Tribunal Supremo 4/2021, de 15 de enero [ECLI:ES:TS:2021:3]; 46/2021, de 2 de febrero [ECLI:ES:TS:2021:259]; 64/2021, de 9 de febrero [ECLI:ES:TS:2021:380], y 102/2021, de 24 de febrero [ECLI:ES:TS:2021:630]).

Pero, al mismo tiempo no cabía tampoco olvidar que para las sociedades profesionales existe norma específica en el ya mencionado artículo 13.1 LSP, según el cual «el ejercicio del derecho

de separación habrá de ejercitarse de conformidad con las exigencias de la buena fe, siendo eficaz desde el momento en que se notifique a la sociedad». De esta manera se establece legalmente una regla —la separación tiene efectos desde su notificación a la compañía— que aleja en este punto el régimen de las sociedades de capital profesionales del propio del resto de las sociedades de capital (según su configuración jurisprudencial). Como indicó en su momento el Tribunal Supremo (Sentencias 4/2021, de 15 de enero [ECLI:ES:TS:2021:3], y 46/2021, de 2 de febrero [ECLI:ES:TS:2021:259]), el criterio seguido por la Ley de Sociedades Profesionales para éstas no resultaba extensible al resto de las sociedades de capital.

- 3.3. A la vista de estas consideraciones, la Dirección General advirtió que «la contingencia de abdicar de la comunicación inicialmente efectuada a la compañía aparece desechada en el propio texto de la Ley 2/2007» en lo que se refiere a las sociedades profesionales. Y de ahí hizo derivar la siguiente conclusión: «... la aposición de un término (31 de marzo del 2021) como determinación accesoria de la voluntad secesionista no puede comportar la autoconcesión de un periodo de desistimiento que permita revocar la decisión». La consecuencia apareció, entonces, claramente: los cuatro socios economistas que ejercieron su derecho de separación el 2 de marzo del 2021 quedaron efectiva y definitivamente separados de la compañía en ese momento, de manera que no eran ya socios cuando se reunieron el día 10 de marzo. Por tanto, sin entrar

en otras cuestiones (como la de la posible ineficacia del ejercicio del derecho de separación de los seis socios abogados por no haber sido remitida la preceptiva comunicación al domicilio social), era evidente que no podían constituirse en junta ni ejercer las competencias de este órgano. No cabía, por tanto, proceder a la inscripción pretendida.

4. Consideraciones adicionales

4.1. Partiendo de las mismas premisas que la Dirección General

De lo expuesto resulta que la Resolución de 3 de mayo del 2022 se basa en que los cuatro socios profesionales que comunicaron su separación el día 2 de marzo ya no eran socios cuando se reunieron en junta de socios (que realmente no era tal). Lo llamativo es que, para llegar a esta conclusión, la Dirección General no se contentó con aplicar la letra del artículo 13.1 LSP y considerar que no tenía valor la manifestación de diferimiento de efectos de los socios separatistas, sino que avanzó en la argumentación para afirmar que no les era posible revocar la decisión de separarse. Seguramente el centro directivo entró en este asunto porque, según los antecedentes del caso, los socios asistentes a la reunión manifestaron —antes de adoptar ningún acuerdo— que revocaban su decisión de separarse de la sociedad. Pero lo cierto es que esta manera de proceder sugiere ciertas reflexiones que exponemos brevemente a continuación.

En efecto, aunque no lo hace de forma explícita, la resolución reseñada viene

a entender que el artículo 13.1 LSP establece una regla imperativa, que sería la siguiente: el derecho de separación siempre adquiere eficacia desde que su ejercicio se notifique a la sociedad, sin que los socios puedan alterar esta previsión al ejercer el derecho diferiendo tales efectos a una fecha posterior. La Dirección General no parece albergar duda alguna sobre el hecho de que esa manifestación de diferimiento de los cuatro socios economistas resultaba ineficaz (otra cosa es que vincule esta idea con el problema de la posibilidad de revocación, lo que, como venimos diciendo, no parece del todo oportuno).

La consecuencia de esta lectura de la norma debería ser inmediata en su aplicación al caso concreto: los cuatro socios economistas dejaron de ser socios el 2 de marzo del 2021, fecha en la que la comunicación de ejercicio del derecho de separación fue recibida por la compañía. Por tanto, y en rigor, una vez afirmado lo anterior, quizás no resultaba necesario plantear en este caso el problema de la revocabilidad de la decisión. Y no sólo no era necesario, sino que terminó por perturbar el discurso.

En efecto, parece claro que la discusión de este extremo (el de la revocabilidad de la decisión comunicada de separarse) adquiere especial significación cuando se asume que la pérdida de la condición de socio no ocurre hasta que no se produce el reembolso o el pago del valor razonable de las acciones o participaciones (o en otro momento posterior a la propia notificación del ejercicio del derecho de separa-

ción). Pero cuando, por el contrario, se estima que la separación es efectiva (esto es, que el socio deja de serlo) en el mismo momento en que la sociedad recibe la declaración de voluntad dirigida a desvincularse de ella, entonces resulta mucho más difícil encontrar espacio lógico para el planteamiento de la duda indicada. En otras palabras: una vez que la separación se ha producido y el socio ha dejado de ser socio, no parece posible en ningún caso la eficaz revocación de la decisión. La discusión sólo puede plantearse en términos razonables (cuestión distinta es la contestación que merezca) cuando se ha manifestado la voluntad de separarse, pero se abre un lapso temporal —más o menos amplio— hasta que la separación se consuma.

4.2. Partiendo de premisas distintas a las de la Dirección General

Sin entrar a discutir la solución dada al caso concreto, cabe apuntar que el razonamiento podría haberse encauzado por otras vías o, al menos, podrían haberse sopesado otros planteamientos (aunque fuera simplemente para descartarlos y por completar la argumentación).

En este sentido ha de ponerse de manifiesto que la resolución no justifica la razón por la que no ha de admitirse que los socios profesionales que se separan puedan fijar como fecha de efectos de la separación una posterior a la de la notificación a la sociedad. Especialmente, si se tiene en cuenta que el socio profesional tiene el derecho de separarse *en cualquier momento* si la sociedad se constituyó

por tiempo indefinido, por lo que no se ve con claridad la razón por la que debe prohibírsele radicalmente realizar la preceptiva comunicación en un momento determinado, pero posponiendo su eficacia a un tiempo cierto posterior (al menos mientras no quepa apreciar que el ejercicio de esta forma del derecho de separación resulta contrario a la buena fe exigida en el referido art. 13.1 LSP). En otras palabras, si los socios podían haber optado libremente por separarse el 31 de marzo del 2021, ¿qué razón hay para negarles la posibilidad de comunicar con unas semanas de antelación que la separación se produciría ese mismo día? ¿Qué intereses se lesionan con ello?

Más aún: en términos sustanciales, la situación producida con la comunicación de los cuatro socios economistas no es distinta de la que se produce cuando se efectúa un preaviso. Y la propia Dirección General ha admitido (RDGRN de 7 de febrero del 2012 [BOE del 3 de marzo]) la inscribibilidad de la cláusula estatutaria por la que se requiera un plazo de preaviso (en el caso era de dos meses) para el ejercicio del derecho de separación *ad nutum* del socio profesional.

Lo que se acaba de apuntar enlazaría además con la idea de que el conocido artículo 13.1 LSP recoge una norma destinada a favorecer la posición de los socios profesionales no sólo porque reconoce derecho de separación ejercitable *ad nutum* en caso de que la sociedad tenga duración indefinida, sino también en la medida en que le atribuye efectos inmediatos (esta solución —con independencia de lo que se demore

el proceso de reembolso— puede presumirse como la más satisfactoria para el socio profesional, dado que supondrá la desvinculación inmediata de una compañía frente a la cual estará obligado a realizar prestaciones accesorias: art. 17.2 LSP). Algo de esto parece traslucirse en las Sentencias del Tribunal Supremo 4/2021, de 15 de enero (ECLI:ES:TS:2021:3) y 46/2021, de 2 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:259) cuando dicen: «No obstante, debemos aclarar que no consideramos que la solución del artículo 13.1 LSP sea generalizable o extrapolable a las sociedades de capital, por la singularidad de la sociedad profesional que se refleja en la ilíquidez de las participaciones, puesto que la participación de los socios profesionales constituye, no ya una parte del capital social, sino una participación de trabajo que se atribuye en atención a las cualidades personales del socio. Aparte de que en estas sociedades profesionales reviste gran importancia la carga personal que supone la prestación de servicios por el socio y la especial comunidad de trabajo que se establece en dicho tipo societario, en el que el comportamiento y circunstancias personales de los socios tienen gran incidencia en los demás».

Y, si ello es así, no parece haber obstáculo para que el socio comunique su separación remitiendo sus efectos a una fecha posterior (antes al contrario, podría considerarse que esta manera

de actuar es —por lo general— acorde además con la buena fe).

En suma, con independencia de que se comparta o no el punto de vista que se acaba de señalar (sin duda discutible), quizás la Dirección General podría haberlo considerado con mayor atención para llegar así a resolver de manera más completa las cuestiones planteadas. Nótese que, para quienes admitan la posibilidad de que los socios fijen un momento futuro y cierto para la eficacia de la separación —siendo así que la ley les permite separarse en cualquier momento de las sociedades profesionales constituidas por tiempo indefinido—, los cuatro socios reunidos el 10 de marzo todavía lo eran en esa fecha. De esta manera, aun partiendo desde ese convencimiento, devendría igualmente irrelevante el problema de si, en el tiempo que media entre la comunicación del ejercicio del derecho de separación y la eficacia de ésta, puede el socio revocar su decisión. Y ello porque la reunión se celebró precisamente en ese ínterin (en el caso límite, si se admitiera sin más la posibilidad de revocación, ésta se referiría al día 31 de marzo, que era la fecha de efectos fijada para la separación, y no al 10 de ese mes). Obsérvese, finalmente, que de ser ésta la aproximación seguida, habría sido necesario pronunciarse, sin embargo, sobre los requisitos formales de la comunicación de separación efectuada por los seis socios abogados y sobre si podía o no considerarse eficaz.

Análisis

Pactos parasociales omnilaterales

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo,
Sala Primera, de 7 de abril del 2022)

FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA

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

1. Introducción

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 7 de abril del 2022 (ponente: Excmo. Sr. Díaz Fraile) ha generado gran interés en la práctica societaria porque se ocupa de una cuestión relevante en materia de pactos parasociales, como es la eficacia que ha de tener el hecho de que la sociedad sea firmante del pacto a los efectos de aplicar e interpretar los artículos 29 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) y 1275 del Código Civil (CC).

La sentencia debe leerse con atención, ya que contiene un repaso de la doctrina jurisprudencial existente sobre la oponibilidad de los pactos parasociales omnilaterales e introduce algunas matizaciones que nos han parecido relevantes. Contiene además alguna referencia —es difícil saber si favorable o contraria— a la idea de identificar el (dinámico) interés social de una corporación

con lo establecido en un (estático) pacto parasocial (apdo. 6.7 del fundamento de derecho quinto). Ése es un tema complejo porque el contenido del concepto de interés social varía en función de si se trata de hablar del fin de la actividad gestora o del interés del conjunto de los socios, pero eso no es posible tratarlo aquí.

En las líneas que siguen procuraremos identificar cuál es la doctrina jurisprudencial que explícita o implícitamente se puede deducir de esta sentencia y las consecuencias que, a nuestro juicio, puede tener para la práctica societaria.

2. La inoponibilidad de los pactos omnilaterales

La cuestión que la resolución aborda con más detenimiento y constituye la *ratio decidendi* del caso se refiere a la inoponibilidad frente a la sociedad de los pactos paraso-

ciales omnilaterales (interpretación de los arts. 1257 CC y 29 LSC).

El Tribunal Supremo reconoce que la sociedad no es un tercero distinto de los socios que firman el pacto parasocial cuando los firmantes son todos los socios: «no se cuestiona que la nota de la alteridad concurre cuando alguno de los socios no es parte del pacto» (apdo. 1 del fundamento de derecho quinto). En sentido contrario: la alteridad no concurre cuando todos los socios son parte del pacto. Dicho de otro modo: la sociedad no es un tercero respecto de todos sus socios.

Sin embargo, el hecho de que la sociedad no sea un tercero respecto de sus socios no implica que los pactos parasociales omnilaterales sean oponibles frente a la sociedad, como se había defendido con razón por parte de la doctrina científica, porque eso no se deduce del artículo 29 LSC (como ya concluyó la Comisión General de Codificación al redactar el artículo 213-21 del Anteproyecto de Código Mercantil del 2015).

Y ésta es la doctrina del Tribunal Supremo que conviene retener: «los pactos parasociales son válidos y eficaces entre las partes que los suscriben, pero no oponibles, ni por tanto exigibles, a la sociedad» (apdo. 2.2 del fundamento quinto). Es la *regla de la inoponibilidad* que, sin embargo, «no carece de excepciones (cfr. apdo. 6.5 del fundamento de derecho quinto *in fine*, entre otros).

3. Las denominadas excepciones a la inoponibilidad

3.1. Las cláusulas generales

La sentencia subraya que la regla de la inoponibilidad puede exceptuarse

en cada caso concreto mediante la aplicación de cláusulas generales como la buena fe, el principio de confianza que subyace a la doctrina de los propios actos, la interdicción del abuso de derecho o las técnicas de extensión de la imputación que se articulan mediante el denominado *levantamiento del velo*.

En este sentido, recuerda la jurisprudencia recaída en materia de impugnación de acuerdos por infracción de pactos parasociales y afirma que, si bien un acuerdo social no puede ser impugnado por el mero hecho de infringir el pacto parasocial, ya que éste no es un motivo de impugnación según la legislación de sociedades de capital (SSTS, Sala Primera, de 10 de diciembre del 2008, de 5 y 6 de marzo del 2009 y de 5 de mayo del 2016), se podría apelar al abuso de derecho o a la infracción de la buena fe o incluso a la lesión del interés social definido por el pacto parasocial para declarar la impugnación del acuerdo adoptado con los votos de los socios infractores del pacto omnilateral vigente (apdo. 6.7 del fundamento de derecho quinto).

También recuerda que, si bien el adverbio *generalmente* de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 25 de febrero del 2016 no se refiere a la oponibilidad de los pactos omnilaterales (como pensamos algunos), actúa de forma contraria a derecho el socio que impugna un acuerdo adoptado conforme a las (inoponibles) reglas establecidas en el pacto parasocial. En sentido contrario, aunque el tribunal no lo dice expresamente, actúa conforme a derecho el presidente de la junta general

que, en lugar de estar a las normas legales o estatutarias, aplique el pacto omnilateral vigente entre los socios. Nada cambia sustancialmente en lo que ya se conocía sobre impugnación de acuerdos por infracción de pactos parasociales.

La «excepción» a la regla de la inoponibilidad que consideramos más importante es aquella que descansa sobre el hecho de que la sociedad sea firmante del pacto parasocial porque en esto la sentencia sí parece novedosa y realiza algún razonamiento cuyo alcance para la praxis societaria es difícil predecir en este momento.

3.2. *La sociedad como parte del pacto parasocial*

El Tribunal Supremo, en una definición que es novedosa en nuestra jurisprudencia, afirma que el pacto parasocial «no se integra en el ordenamiento de la persona jurídica (sociedad anónima o limitada)» y de eso extrae la idea de que «despliega sus efectos en el ámbito de las relaciones obligatorias de quienes lo celebran» (apdo. 2.1 del fundamento de derecho quinto). Sin embargo, esta regla tendría su excepción para el caso en que la propia sociedad, debidamente representada por sus administradores, sea firmante del pacto (apdo. 6.5 del fundamento de derecho quinto).

Los operadores no tardarán en sacar la conclusión de que el principio de inoponibilidad de los pactos parasociales (al menos de los omnilaterales) se puede desactivar mediante el simple expediente de dejar un hueco en el documento para la firma de

los administradores de la sociedad, de modo que lo acordado en el pacto sea plenamente oponible y exigible a la sociedad parte del contrato (art. 1257 CC).

Se trata sin embargo de una conclusión que, a nuestro juicio, resultaría precipitada o que, cuando menos, hay que acoger con suma cautela, teniendo en cuenta las particularidades del caso sobre el que se pronuncia el Tribunal Supremo.

La sentencia resuelve una pretensión procesal dirigida frente a la sociedad y que afecta a su patrimonio social sobre la base de las obligaciones asumidas por los socios en un pacto parasocial (la pretensión entre socios que incluía originariamente el suplico de la demanda se desestimó y quedó firme en la instancia). No es por tanto una sentencia sobre pactos relativos a la organización societaria como remarca el propio tribunal, sino que afecta al patrimonio de la sociedad (cfr. apdo. 8 del fundamento de derecho quinto: «no nos encontramos ante un pacto de organización en el que los socios deciden reglamentar internamente el sistema de toma de decisiones en el seno de la sociedad, sino que viene a determinar aspectos del patrimonio social, con trascendencia frente a terceros, pues afecta a la composición del activo de la titular mayoritaria de las participaciones»).

La idea de que la sociedad sea parte del pacto parasocial se valora por tanto respecto de pactos con trascendencia patrimonial para la sociedad. Si se pretende que la sociedad cumpla alguna prestación en favor de los

socios como terceros, entonces es necesario que la sociedad sea parte del pacto, a menos que coincidan en el momento de la firma socios y administradores porque, en ese caso, ya sería parte.

Sin embargo, en nuestra opinión, la sociedad no puede ser considerada «parte» de pactos que tengan por finalidad regular las relaciones jurídico-societarias internas porque ese tipo de pactos lo que pretenden es complementar la regulación relativa al funcionamiento de la propia persona jurídica, es decir, establecer reglas adicionales a las estatutarias sobre el ejercicio del poder de decisión en la sociedad.

En relación con este tipo de pactos, no tiene ningún sentido ni tiene ningún valor que los administradores de la sociedad (representantes orgánicos en el ámbito del desarrollo del objeto social, esto es, *ad extra*) firmen para obligar a la sociedad como parte del pacto. Un acuerdo cuyo objeto sea regular, por ejemplo, el sentido del voto de los socios en la junta general o de cualesquiera otros acuerdos o compromisos asumidos por los socios en el ámbito de la organización jurídico-corporativa interna (*v. gr.*, refuerzo de *quóruns*, dividendos preferentes, cláusulas de salida, etc.), sólo pueden suscribirlo los socios porque son los socios mediante la emisión de sus votos los que deben cumplirlo. Tampoco puede ser la sociedad parte de un pacto que tenga por objeto la transmisión (o el bloqueo de la transmisión) de las acciones o participaciones sociales titularidad de los socios o que requiera la adopción de determinados acuerdos en la junta general dirigidos a facilitar

la salida de uno o varios socios de la sociedad ante determinadas circunstancias (*v. gr.*, mediante una reducción de capital no paritaria), a menos que se pretenda que sea la propia sociedad la que adquiera las participaciones o acciones con arreglo a la normativa de autocartera.

En conclusión, la totalidad del razonamiento de esta sentencia del Tribunal Supremo en lo que se refiere a la participación de la sociedad como parte del pacto parasocial ha de entenderse referido a pactos con trascendencia patrimonial frente a la sociedad, esto es, realizados en el ámbito del desarrollo por los administradores de su función de gestión de la empresa social, incluida la gestión de la autocartera.

4. Análisis crítico

Desde nuestro punto de vista, es compartible la idea de que el régimen jurídico de las sociedades de capital no se puede entender sólo mediante ideas y principios propios del derecho de obligaciones y contratos. Existen normas jurídico-societarias de naturaleza corporativa que, además, son imperativas porque así lo exige el diseño de este tipo de organizaciones para el desarrollo colectivo de actividades empresariales.

Ésta es la razón por la que se disponen ciertas reglas inderogables de protección de minorías, se prohíbe la unanimidad para evitar el bloqueo de los órganos societarios, se tasan las causas de impugnación de los acuerdos de los órganos societarios o se establecen plazos de caducidad para su impugnación, entre otras.

La norma que dispone el carácter reservado u oponibilidad de los pactos parasociales

que reglamentan el funcionamiento de las relaciones entre los socios en el ámbito de las relaciones jurídico-societarias internas (art. 29 LSC) tiene también ese fundamento: la corporación se rige por sus estatutos y no conforme a las reglas obligacionales que puedan haber suscrito los socios al margen de los estatutos. Esto es esencial para atraer la inversión por parte de terceros en este tipo de sociedades, sea en adquisiciones originarias o derivativas. Sin embargo, no tiene sentido invocarla entre los propios socios firmantes del pacto y ello con independencia de que la sociedad lo haya suscrito o no.

Los acuerdos relativos a la organización corporativa que hayan sido adoptados por todos los socios, en tanto esos mismos socios sean los titulares del cien por cien del capital, integran la reglamentación aplicable al funcionamiento corporativo (art. 1258 CC) con independencia de que hayan sido formalmente incorporadas a los estatutos sociales y se hayan inscrito en el Registro Mercantil. Mientras el acuerdo esté vigente y sus reglas sean conformes con la regulación imperativa del derecho de sociedades, los titulares de la posición jurídica de órgano no sólo *pueden*, sino que *deben* respetarlos (*cfr.* la actuación del presidente de la junta en el caso de la Sentencia del

Tribunal Supremo, Sala Primera, de 25 de febrero del 2016).

Como destaca la sentencia, la adopción de un acuerdo de junta general mediante la emisión de votos con infracción del pacto parasocial es un comportamiento abusivo que permite la impugnación del acuerdo (sea positivo o negativo) por una de las causas legalmente tasadas y dentro del plazo de caducidad (art. 204.1 *in fine* LSC) e incluso podría servir de fundamento a una acción declarativa del resultado positivo de una votación descontando los votos nulos. Sin embargo, la propia idea del comportamiento abusivo de la mayoría como fundamento para declarar nulo el acuerdo corporativo descansa en el reconocimiento de la eficacia integradora del pacto parasocial unilateral para el funcionamiento de la propia organización corporativa. No puede darse una cosa sin la otra. En realidad, no se trata de hacer «excepciones» a una regla legal (art. 29 LSC) sobre inoponibilidad de los pactos parasociales (que no las admite por tratarse de una norma imperativa), sino de aplicar esa regla de modo conforme a su sentido o finalidad o, si se prefiere, reducir teleológicamente su ámbito de aplicación para preservar precisamente la validez de lo acordado por (todos) los socios que la propia norma reconoce.

Práctica Societaria

Registro Mercantil

Depósito de cuentas existiendo anotación preventiva de solicitud de levantamiento de acta notarial (RDGSJFP de 8 de febrero de 2022)

Practicada anotación preventiva de solicitud de requerimiento de notario para levantar acta de la junta general y complemento de convocatoria de una sociedad anónima, para efectuar el depósito de cuentas debe presentarse el acta notarial de aprobación de las cuentas anuales.

Según la resolución referida (*BOE* núm. 47, de 24 de febrero), los asientos ya practicados (en este caso la anotación preventiva citada) no pueden ser objeto de recurso, pues los mismos están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos en tanto no sean cancelados. Por consiguiente, la anotación preventiva debe ser tenida en cuenta por el registrador en su calificación.

No es posible la prórroga del asiento de presentación por impugnación judicial de una resolución de la DGSJFP: hay que demandar y pedir anotación preventiva de la demanda «entre partes» (RDGSJFP de 21 de marzo de 2022)

El tema controvertido de esta resolución (*BOE* núm. 86, de 11 de abril) se centra en la posibilidad de suspender la vigencia del plazo del asiento de presentación en el supuesto de que se impugne judicialmente una resolución de la Dirección General que desestime un recurso contra la calificación negativa de un registrador.

El centro directivo confirma que no es posible la prórroga del asiento de presentación del documento. El denominado «principio de autotutela administrativa» determinó la derogación en 2005 del artículo 328 de la Ley Hipotecaria (LH) (párrafo 6^a) que establecía la eficacia suspensiva de la interposición de un recurso judicial contra resoluciones de la Dirección General. La mención que contiene el artículo 327 LH a la imposibilidad de cancelar el asiento de presentación si consta al registrador la interposición de un «recurso judicial» hay que entenderla referida al proceso iniciado para «contender entre las partes acerca de la eficacia o ineficacia del acto o negocio contenido en el título calificado cuando el juez hubiera ordenado la anotación preventiva de demanda en las condiciones previstas en el último párrafo del referido art. 328».

En conclusión: para mantener vivo el litigio no basta con recurrir la resolución de la Dirección General, sino que hay que demandar «entre partes» y obtener una anotación preventiva de la demanda mediante la solicitud de las correspondientes medidas cautelares.

El registrador no puede revocar un poder, ni siquiera a petición de un administrador (RDGSJFP de 8 de abril de 2022)

El representante persona física del administrador persona jurídica de una sociedad presenta instancia privada solicitando al registrador mercantil que proceda a la «revocación unilateral» del poder otorgado con anterioridad por la propia compañía a favor de una persona física que, posteriormente, devino representante persona física de la otra persona jurídica

administradora mancomunada. Argumentaba que si ese poder no era revocado la subsistencia del poder quedaría sometida a la voluntad del propio apoderado (por ser el representante persona física de un administrador mancomunado persona jurídica).

La petición es rechazada no por una cuestión de fondo, sino por una cuestión competencial. Como señala la Dirección General en su resolución de 8 de abril de 2022 (BOE núm. 106, de 4 de mayo), la competencia para revocar el poder corresponde al órgano de administración y el registrador carece de autoridad para cancelar de oficio la inscripción del poder, pues la conducta que en la instancia privada se le solicita comportaría una vulneración del principio de rogación, máxima que, con carácter general, le conmina a actuar a instancia de parte, salvo en casos excepcionales normativamente especificados. A lo anterior hay que añadir el principio de titulación pública, que habría requerido el otorgamiento de una escritura pública por la solicitante, en su condición de representante persona física de la administradora mancomunada persona jurídica de la sociedad, para que esa revocación pueda acceder al registro.

Disolución de sociedades profesionales: ¿Indefensión ante el Registro Mercantil? (RDGSJFP de 11 de abril de 2022)

El registrador mercantil rechaza la inscripción de una escritura de cese y nombramiento de administradores por considerar que la sociedad a la que se refiere tiene objeto profesional y, al no haberse adaptado a la LSP, declara la disolución de la sociedad de pleno derecho, con el consiguiente reflejo en la hoja registral.

En su resolución de 11 de abril (BOE núm. 107, de 5 de mayo), el centro directivo, una vez confirmado que no puede dejar sin efecto la decisión de

declarar la disolución de pleno derecho, recuerda al registrador su obligación de extremar las cautelas a la hora de valorar las diferentes situaciones de hecho que puedan determinar si la actividad de la sociedad es o no la propia de una sociedad profesional, no pudiendo presumirse tal carácter. En este sentido se recuerda que no podrá el registrador practicar el asiento de cancelación de la hoja registral de la sociedad sin observar las exigencias básicas de todo procedimiento y las derivadas del principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal (cfr. artículos 22.4 y 24.1 de la Constitución), de las cuales resulta que el titular registral afectado por práctica del asiento —en este caso el de cancelación—, cuando no conste su consentimiento auténtico, debe ser parte o tener, al menos, legalmente la posibilidad de intervención en el procedimiento determinante de ese específico asiento.

En caso de conflicto entre socios por la titularidad real de las acciones, deben resolver los tribunales, no el Registro Mercantil (RDGSJFP de 12 de abril de 2022)

Se rechaza la inscripción de una escritura de cese de administrador único y nombramiento de nuevo administrador, así como de declaración de pérdida de la unipersonalidad. Se trata de una sociedad anónima cuyos títulos están representados en acciones al portador que se exhiben al Notario y quedan incorporados a la escritura.

La administradora cesada (que es notificada ex art. 111 del Reglamento del Registro Mercantil [RRM]) se opone al cese y aporta una serie de resoluciones judiciales que habían rechazado la adopción de medidas cautelares de suspensión de acuerdos sociales en demandas presentadas por el solicitante de la inscripción alegando falta de legitimación.

En la resolución referida (BOE núm. 107, de 5 de mayo), la Dirección General recuerda que la función de este precepto consiste en garantizar que exista una conexión entre el contenido del Registro y la titulación presentada, de modo que se acredite una conexión entre la autoría de la certificación y la titularidad vigente e inscrita en el Registro Mercantil, para que éste no se modifique sin justa causa. En el caso, donde existen acuerdos contradictorios adoptados por distintas juntas generales en función de los socios que se atribuyen la titularidad de las acciones, a la vista de los títulos presentados y de las alegaciones del propio recurrente se considera que se está haciendo un «uso impropio» del Registro Mercantil que ha de servir para inscribir situaciones jurídicas ciertas y no a la resolución de las diferencias entre las eventuales titulares de las acciones. Se remite por ello a los socios a los Tribunales de Justicia.

Sociedades profesionales

Momento de eficacia de la exclusión del socio profesional e inscripción de la exclusión y de la reducción de capital en el Registro Mercantil (RDGSJFP de 13 de junio de 2022)

La junta general de una sociedad profesional de responsabilidad limitada acordó la exclusión de uno de sus socios profesionales por concurrir causa de exclusión estatutaria (en el caso, por jubilación). El acuerdo, que fue notificado al socio excluido, fue elevado a público y se solicitó su inscripción en el Registro Mercantil de conformidad con el artículo 8.3 LSP. Paralelamente, y dada la falta de acuerdo sobre el valor razonable de las participaciones sociales, la compañía solicitó del Registro Mercantil el nombramiento de un experto independiente para su valoración (procedimiento que estaba aún en curso al mo-

mento de la presentación a inscripción de la escritura).

La registradora mercantil rechazó practicar la inscripción argumentando, en síntesis, que, de un lado, no se había dado cumplimiento al artículo 208 RRM por cuanto la escritura no contenía las menciones indicadas en los ordinales 2º y 3º del primer apartado del mencionado precepto reglamentario y que, de otro, tampoco se había hecho constar (ni en la escritura presentada ni en otra posterior) la reducción del capital social (con expresión, entre otras circunstancias, de las participaciones amortizadas, de la identidad del socio excluido y de la fecha de reembolso o de consignación: art. 208.3 RRM).

La sociedad afectada interpuso recurso gubernativo aduciendo, en sustancia, que la LSP dispone que la exclusión de un socio profesional será eficaz desde el momento en que se notifique al socio afectado (art. 14.3), por lo que la inscripción de la escritura de exclusión no puede estar supeditada al reembolso del valor razonable de las participaciones sociales, sin perjuicio de la subsistencia del derecho del socio a percibir ese valor. El recurso fue desestimado por la DGSJFP en su Resolución de 13 de junio de 2022 (BOE de 7 de julio). Tal decisión se basó en las siguientes consideraciones:

1. La Ley no especifica con carácter general el momento en el cual el socio excluido de una sociedad mercantil deja de serlo con todas las consecuencias. En todo caso, tratándose de un socio que ostente una participación significativa (igual o superior al veinticinco por ciento del capital social), la resolución judicial firme exigida por el artículo 352.2 LSC tiene eficacia constitutiva. Por tanto, sus efectos se producen *ex nunc*, de modo que, hasta que aquélla se dicte, no hay duda de que el socio en proceso de exclusión conserva todos sus derechos, entre ellos el de votar

en las juntas posteriores al acuerdo de exclusión adoptado por la junta (vid. RDGSJFP de 5 de junio de 2020¹). Lo anterior no significa, sin embargo, en opinión de la Dirección General, que el socio quede convertido en un mero acreedor de la sociedad por el importe de la cuota de liquidación desde que su exclusión ha sido confirmada por sentencia firme. Antes bien, según el criterio del centro directivo, tal efecto sólo se produce en el momento en que comienza el pago de dicha cuota de liquidación. Y esto mismo sucederá cuando la exclusión tenga su origen en un acuerdo de la junta general que no haya sido impugnado.

2. En lo que concierne a la disciplina propia de las sociedades profesionales, la disposición legal según la cual la exclusión será eficaz desde el momento en que se notifique al socio profesional afectado (art. 14.3 LSP) no puede considerarse excluyente de la aplicación de las normas contenidas en la LSC y en el RRM relativas a la ejecución y a la inscripción del acuerdo de exclusión del socio. De hecho —precisa la Dirección General— la LSC no condiciona expresamente la eficacia del acuerdo de exclusión a su notificación al socio excluido, por lo que no puede negarse eficacia —al menos, en ciertos aspectos— a dicho acuerdo desde el momento de su adopción por la junta general, con la consiguiente apertura del proceso de liquidación de la cuota correspondiente al socio excluido.
3. Por lo que concierne en concreto a las sociedades profesionales que adopten la forma de sociedad limitada, el referido artículo 14.3 LSP debe ser interpretado en sus justos términos. Así, dado el fundamento de la institución de la exclusión (como remedio a determina-

das conductas o circunstancias de los socios que pueden comprometer la consecución del fin social), cabe entender, por ejemplo, que mientras no se produzca dicha notificación la sociedad podrá revocar el acuerdo de exclusión.

Pero, a falta de otras normas específicas para las sociedades profesionales (como hipotéticamente pudiera ser la que permitiera la inscripción del mero acuerdo de exclusión del socio aun cuando no se haya ejecutado), el mandato del artículo 14.3 LSP ha de compaginarse con la necesaria aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias sobre la ejecución y la inscripción del acuerdo de exclusión (para que éste, con la consiguiente reducción del capital social —procedente a no ser que las participaciones del socio excluido sean adquiridas por la sociedad, por los restantes socios o por un tercero— sea oponible a terceros).

Constitución y estatutos

La previsión estatutaria de convocatoria de la junta mediante telegrama debe incluir la exigencia de su remisión con acuse de recibo (RDGSJFP de 22 de marzo de 2022)

Se solicitó la inscripción de un acuerdo de modificación de los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada. En relación con la forma de la convocatoria de la junta general la nueva redacción del artículo 15 establecía que debería realizarse «mediante carta certificada con acuse de recibo o telegrama, dirigido a cada socio en el domicilio designado al efecto o en el que conste en el Libro de Registro de Socios...».

¹ BOE de 30 de julio; <https://www.ga-p.com/publicaciones/una-cuestion-recurrente-cuando-deja-el-socio-excluido-de-ser-socio/>.

El registrador mercantil denegó la inscripción por considerar que, conforme al artículo 173.2 LSC y a la exigencia de que el medio elegido para efectuar el llamamiento asegure la recepción del anuncio por todos los socios, los estatutos debían disponer, «que cuando la convocatoria se realice mediante telegrama, éste sea con acuse de recibo». El recurso interpuesto por la sociedad afectada fue desestimado por la DGSJFP de 22 de marzo de 2022 (BOE núm. 86, de 11 de abril) sobre la base de las siguientes ideas:

1. El envío del anuncio de convocatoria por correo certificado con aviso de recibo cumple la exigencia legal de que el procedimiento de comunicación individual y escrita establecido en los estatutos asegure la recepción del anuncio por todos los socios (art. 173 LSC; *cfr.* Ress. de 16 de abril de 2005 [BOE núm. 132, de 3 de junio] y 2 de agosto de 2012 [BOE núm. 245, de 11 de octubre]). A ello debe añadirse que, una vez acreditada la remisión y la recepción de la comunicación postal, incumbirá al socio la prueba de la falta de convocatoria (STS de 3 de abril de 2001 [ECLI:ES:TS:2001:2788]), por lo que no cabe exigencia adicional sobre la acreditación fehaciente del contenido de ésta.
2. Es admisible que la convocatoria se realice mediante burofax con certificación del acuse de recibo (*vid.* Ress. de 21 de marzo de 2011 [BOE núm. 122, de 23 de mayo], 2 de enero de 2019 [BOE núm. 31, de 5 de febrero] y 6 de noviembre de 2019 [BOE núm. 285, de 27 de noviembre] y 15 de junio de 2020 [BOE núm. 209, de 3 de agosto]). Y ello por constituir un sistema equivalente a la remisión de carta certificada con aviso de recibo que, además, permite al socio disponer de plazo mayor entre la recepción de la convocatoria y la celebración de la junta (diferencia de relevancia dado que la antelación con que debe ser convocada la junta se computa

desde la fecha en que se remite el anuncio, y no desde su recepción —art. 176.2 LSC—). Ahora bien, para que pueda admitirse la remisión por burofax con certificación del acuse de recibo es imprescindible que el operador postal sea la «Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A». (Ress. de 2 de enero y 6 de noviembre de 2019 y 15 de junio de 2020).

3. Sobre la base de las anteriores consideraciones, la Dirección General consideró que la inscripción de una disposición estatutaria que contemple la posibilidad de convocar la junta mediante telegrama requiere que se prevea que éste se remita con acuse de recibo. El centro directivo insiste así en su conocida doctrina que viene a identificar el requisito legal de que el procedimiento de comunicación individual estatutario asegure la recepción del anuncio por los socios con la exigencia de que dicho procedimiento permita probar dicha recepción.

Asistencia por medios telemáticos en los lugares previamente dispuestos por la sociedad. (RDGSJFP de 6 de junio de 2022)

Es inscribible la siguiente cláusula estatutaria:

«Lugar de celebración de la junta. Asistencia a la misma por videoconferencia u otros medios telemáticos. La Junta General se celebrará en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio. Si en la convocatoria no figurase el lugar de celebración, se entenderá que la Junta ha sido convocada para su celebración en el domicilio social. La asistencia a la Junta General podrá realizarse bien acudiendo al lugar en que vaya a celebrarse la reunión bien, en su caso, a otros lugares que haya dispuesto la sociedad, indicándolo así en la convocatoria, y que se

hallen conectados con aquel por sistemas de videoconferencia u otros medios telemáticos que permitan el reconocimiento e identificación de los asistentes y la permanente comunicación entre ellos. Los asistentes a cualquiera de los lugares así determinados en la convocatoria se considerarán, como asistentes a una única reunión que se entenderá celebrada en el lugar donde radique el lugar principal».

El registrador rechazó la cláusula porque consideraba que daba a entender que existen varios lugares de celebración de los cuáles uno es «principal» y los otros «secundarios», cuando lo cierto es que la junta general se celebra en un único lugar, sin perjuicio de que los asistentes lo hagan desde otros lugares conectados por medios telemáticos.

La Dirección General, en su resolución de 6 de junio de 2022 (BOE núm. 155, de 29 de junio), revoca la calificación negativa por entender que, si bien normalmente se ofrece a los socios la posibilidad de conectarse mediante un dispositivo propio y desde el lugar libremente elegido por ellos, no existe inconveniente en que los estatutos dispongan otro sistema como el contemplado en esta cláusula.

En una cláusula como la transcrita, continúa la resolución, los dispositivos electrónicos para conectarse a la junta general se encuentran bajo control de la sociedad en los lugares que la propia sociedad establece en la convocatoria, es decir, que retiene la custodia de los dos extremos de la comunicación. En este esquema, la preparación de locales en lugares distintos del domicilio social tiene la finalidad de facilitar a los socios la asistencia telemática cuando no puedan o quieran desplazarse hasta la localidad donde vaya a celebrarse la junta. En definitiva: el ofrecimiento al socio de distintos locales para concurrir a la junta no supone que el desarrollo de la reunión se produzca en varios lugares (como sugería el registrador), sino que se celebrará en un único lugar,

el designado en la convocatoria, con posibilidad también de que los socios se conecten telemáticamente a la asamblea a través de los mecanismos habilitados por la propia sociedad en otras ubicaciones, también señaladas en la convocatoria. Por esa razón tiene sentido que la cláusula remarque *in fine* la unicidad de celebración en la localidad del domicilio social.

Junta general

El registrador puede designar un notario para que levante acta de la reunión, si no existen administradores que puedan hacerlo (RDGSJFP de 4 de abril de 2022)

Se convoca junta por resolución registral a petición de los socios —por inactividad del órgano de administración—, indicándose en la convocatoria que la junta se celebrará en el domicilio de un notario, el cual quedaba habilitado «para presenciar la junta y levantar acta de la misma sin que sea necesario que sea requerido para ello por el órgano de administración de la sociedad y cuya acta deberá ser considerada como acta da la junta».

La junta general se llega a celebrar, pero el notario no levanta el acta notarial. El registrador deniega la inscripción precisamente por este motivo (art. 203 LSC).

Se confirma su decisión (RDGSJFP de 4 de abril de 2022, BOE núm. 98, de 25 de abril). Efectivamente el artículo 203 LSC solo prevé que sean los administradores los que requieran la actuación de un notario para levantar acta de la junta, pero en los supuestos de acefalia de la sociedad, esa limitación implicaría que los socios minoritarios quedarían privados del derecho que el propio precepto les reconoce de exigir la presencia notarial en la junta. Esa es la razón por la que

la doctrina más autorizada se ha pronunciado a favor de que el encargado de la convocatoria (el registrador en este caso) pueda acordarla en la resolución que adopte. Así además lo entendió la resolución de la propia Dirección General de 20 de noviembre de 2017 (BOE núm. 302, de 13 de diciembre).

Si la junta general ordinaria ha sido universal debe constar así en la certificación junto con los demás requisitos exigidos en el RRM (art. 97 y 112) (RDGSJFP de 6 de abril de 2022)

Se rechaza el depósito de cuentas de una sociedad porque la certificación de los acuerdos de la junta general aprobando las cuentas no cumple los requisitos establecidos en los artículos 97 y 112 RRM al no tratarse de junta universal. La sociedad recurre afirmando que estaban presentes los dos socios y administradores mancomunados que integraban la totalidad del capital social por lo que la junta era universal, aunque no resultase del certificado. Acompañan al recurso la escritura de constitución para acreditar que se trata de los dos únicos socios y administradores mancomunados.

No se admite (RDGSJFP de 6 de abril de 2022, BOE núm. 98, de 25 de abril): para calificar como universal una junta, es necesario no sólo la asistencia de todos los socios, sino también la aceptación unánime del orden del día y a efectos registrales, la constancia de que todos los socios han estampado su firma en el acta de la junta y así se exprese en la certificación (es una sociedad limitada).

¿Quién representa a la comunidad de bienes en la junta general? (RDGSJFP de 23 de mayo de 2022)

Cuando las participaciones sociales están integradas en una herencia indivisa, forman parte de un patrimonio sujeto a un régimen de titularidad colectiva que se proyecta sobre la masa patrimonial en su conjunto y no sobre cada uno de los bienes que la componen, de manera que es la comunidad hereditaria y no cada coheredero la que ostenta la condición de socio (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2004 [ECLI:ES:TS:2004:7146], 12 de junio de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:3191] y 12 de noviembre de 2020 [ECLI:ES:TS:2020:3639]). En estos casos el ejercicio de los derechos correspondientes deberá ejercitarse por quien se halle facultado para representar transitoriamente a la comunidad hereditaria como socio (RRDGSJFP de 10 de diciembre de 2020 [BOE núm. 338, de 28 de diciembre] y 14 de abril de 2021 [BOE núm. 107, de 5 de mayo]).

En el caso de la comunidad hereditaria se produce también una situación de cotitularidad sobre el conjunto de bienes hasta que se produzca la adjudicación de la herencia, en todo o en parte. Si los herederos se adjudicaron proindiviso y por iguales partes las participaciones, se produce una situación de copropiedad.

En estos casos la LSC (art. 126) parte de un principio de «unificación subjetiva» de modo que los copropietarios tienen la «carga» (en el sentido técnico jurídico del término) de designar a un representante con la finalidad de evitar que los desacuerdos entre los miembros de la comunidad ordinaria afecten a la vida societaria.

Dicho eso, como es la sociedad la protegida por esta norma puede actuar de otro modo y permitir que cada uno de los herederos asista y vote individualmente conforme a su respectivo porcentaje de participación: si todos los comuneros asistieron a la junta, unánimemente se reconocieron entre sí como socios, y fueron admitidos en la misma calidad por los restantes socios de la compañía y por el presidente de la asamblea, su porcentaje

de capital debe ser tenido en cuenta para determinar el quórum de asistencia (*cf.* Resoluciones de 4 de junio de 1999 [BOE núm. 160, de 6 de julio], 22 de marzo de 2000 [BOE núm. 96, de 21 de abril]).

Esta es la postura mantenida por la RDGSJFP de 23 de mayo de 2022 (BOE núm. 141, de 14 de junio).

Administradores

Conceder poderes no equivale a delegar facultades (STS 215/2022, de 21 de marzo)

El consejo de administración de una sociedad anónima acordó en 2018 otorgar poderes generales a tres de sus vocales, en los siguientes términos: «En aras de que todos los miembros del Consejo de Administración tengan otorgados la misma estructura de poderes generales en la Sociedad, se propone a los Sres. consejeros someter a su deliberación y votación el otorgamiento de poderes generales a favor de D. JF, D. PA y D^a. H en los mismos términos que los poderes generales otorgados en el año 2015 al resto de miembros del Consejo de Administración (esto es, D. LA, D. CM y D. JM)».

Lo que se discute es si el otorgamiento de poderes generales a los tres consejeros puede interpretarse como una delegación de funciones ejecutivas en cuyo caso deberían haberse suscrito los contratos de administración del artículo 249.3 LSC, incluso cuando el cargo sea gratuito.

El Tribunal Supremo entendió en este caso (ECLI: ES:TS:2022:1121) que «el otorgamiento de poderes generales, en idénticos o muy similares términos, a todos y cada uno de los consejeros que integran el consejo de administración no puede interpretarse como una delegación de fun-

ciones en el sentido previsto en el art. 249.1 de la Ley de Sociedades de Capital».

Para llegar a esta conclusión se basó en las siguientes consideraciones:

1. Las funciones decisorias propias del órgano de administración y la titularidad de la representación orgánica de la sociedad seguirán correspondiendo al consejo de administración de la compañía (FD 3^o, punto 6).
2. El acuerdo de otorgar poderes generales a los tres consejeros debe verse meramente como un medio para agilizar las relaciones de la sociedad con terceros (FD 3^o, puntos 7, 11 y 12). No se había llegado a encomendar a los consejeros la facultad de adoptar decisiones propias del consejo de administración de tal modo que estuvieran en condiciones de adoptar tales decisiones autónomamente, sin intervención del consejo de administración (FD 3^o, punto 10), como sin embargo podrían hacer si fueran verdaderos delegados.
3. No cabe interpretar el contenido de los poderes generales otorgados a todos y cada uno de los consejeros como la atribución de facultades decisorias y no sólo representativas (FD 3^o, puntos 8 y 9).

En este sentido la sentencia reseñada dio especial relevancia al hecho de que los poderes generales se otorgaran a todos y cada uno de los seis consejeros en términos idénticos. En efecto, el Tribunal razonó que si se interpretara que se había producido una auténtica delegación el resultado sería equivalente en términos prácticos, al que derivaría de la existencia de seis administradores solidarios, «cada uno de los cuales podría adoptar cualquier decisión en las competencias propias del consejo de administración, sin necesidad de decisión colegiada alguna y con la posi-

bilidad de adopción de decisiones contradictorias entre los mismos». Tal situación no se ajustaría —en opinión de la Sala— a la naturaleza y a la regulación del consejo de administración, por lo que no resultaba oportuno interpretar que esto había sido lo realmente decidido por el consejo cuando acordó la concesión de poderes generales.

En definitiva, el Tribunal Supremo vino a concluir que, a la vista de las circunstancias concurrentes, no cabía apreciar que el consejo de administración hubiera recurrido al instrumento del apoderamiento voluntario para realizar, en realidad, una delegación de funciones a determinados consejeros y con el objetivo de eludir el cumplimiento de las exigencias legales que acompañan a una decisión de este tipo (*cfr.* art. 249 LSC). Es decir: al ser el acuerdo impugnado un verdadero acuerdo de concesión de poderes y no un acuerdo encubierto de delegación de funciones o de atribución de funciones ejecutivas no resultaba de aplicación en el supuesto litigioso el apartado 3 del artículo 249 LSC.

Sistema de representación proporcional en la sociedad limitada: es válido (RDGSJFP de 28 de marzo de 2022)

Se declara inscribible esta cláusula: «Las participaciones sociales que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción. En el caso de que se haga uso de esta facultad, las participaciones sociales así agrupadas no intervendrán en la votación de los restantes componentes del consejo».

Además, se reconoce la posibilidad de que los estatutos contemplen el derecho de separarse de la sociedad si se elimina el consejo de administración o se elimina el derecho de representación proporcional por acuerdo de la mayoría.

Como reconoce la propia Dirección General en la resolución de 28 de marzo (BOE núm. 93, de 19 de abril), los operadores se las ingeniaban desde hace tiempo para establecer mecanismos que permitieran «de facto» una representación proporcional de los socios en el consejo de administración de las sociedades de responsabilidad limitada (generalmente, atribuyendo voto múltiple en los acuerdos de designación de cada consejero o grupo de consejeros). Ya no será necesario.

Aumento y reducción de capital

Hay que inscribir siempre la reenumeración (que es voluntaria) de las acciones (RDGSJFP de 4 de abril de 2022)

Se suspende la inscripción de una escritura de reducción de capital mediante amortización de acciones porque la numeración de las concretas acciones que se amortizan no coincide con la numeración que consta en estatutos (se había realizado una reenumeración que figuraba en el registro de acciones nominativas, pero que no se reflejó en los estatutos).

El centro directivo (RDGSJFP de 4 de abril de 2022, BOE núm. 98, de 25 de abril) confirma la calificación registral porque no se pueden amortizar unas acciones que no existen en el capital de la sociedad que consta inscrito. El número asignado a cada una de las acciones cumple la misión cardinal de identificar cualitativamente

la posición objetivada de socio que le ha sido asignada, siendo la numeración una de las menciones obligatorias que debe contener el título valor que representa las acciones. La publicidad registral de los estatutos viene a ser el complemento que, junto con la acción, delimita la posición del socio e informa de su supervivencia.

Dicho lo anterior, se aclara que la identificación estatutaria de las acciones emitidas y no amortizadas de una sociedad anónima no obliga a que haya de procederse a una renumeración correlativa de las que pervivan tras una reducción de capital, imposición que ninguna norma incluye de manera expresa.

Cuentas anuales

Guía de buenas prácticas para la elaboración del Estado de Información No Financiera o en materia de sostenibilidad

El Colegio Oficial de Registradores de España y el Consejo General de Economistas de España han elaborado una guía de ayuda a la elaboración, verificación y depósito del Estado de Información No Financiera (EINF), con la finalidad de aclarar algunas cuestiones reguladas en la Ley 11/2018 que regula la obligatoriedad de presentar el EINF.

A continuación, se resumen las principales cuestiones tratadas en la Guía:

1. Sociedades obligadas a elaborar EINF

Están obligadas a elaborar EINF todas las sociedades de capital (sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada y sociedades comanditarias por acciones) que cumplan determinados requisitos (descritos en la Ley 11/2018), distinguiendo:

- **Sociedades obligadas a presentar cuentas individuales:** cuando concurren los siguientes requisitos: a) que el número medio de trabajadores empleados por la sociedad sea superior a 250 y b) que, o bien tengan la consideración de entidades de interés público de conformidad con la legislación de auditoría de cuentas, o bien, durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos una de las circunstancias siguientes: 1.º) Que el total de las partidas del activo sea superior a 20.000.000 euros. 2.º) Que el importe neto de la cifra anual de negocios supere los 40.000.000 euros.
- **Sociedades obligadas a presentar cuentas consolidadas:** cuando concurren los siguientes requisitos: a) el número medio de trabajadores empleados por las sociedades del grupo durante el ejercicio sea superior a 250 y b) que, o bien tengan la consideración de entidades de interés público de conformidad con la legislación de auditoría de cuentas, o bien, durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos una de las circunstancias siguientes: 1.º) Que el total de las partidas del activo consolidado sea superior a 20.000.000 euros. 2.º) Que el importe neto de la cifra anual de negocios consolidada supere los 40.000.000 euros.
- Las PYMES quedan excluidas de la obligatoriedad de elaborar el EINF.

2. Contenido del EINF

La Guía en este apartado se limita a transcribir el contenido de la Ley 11/2018.

El estado de información no financiera debe incluir la información necesaria para comprender la evolución, resultados y la situación de la sociedad (o el grupo) y el impacto de su actividad respecto a una serie de cuestiones. En particular sobre: a) modelo de negocio, b) políticas aplicadas y procedimientos de diligencia debida para prevenir y atenuar riesgos y medidas adoptadas; c) resultados de esas políticas, incluyendo indicadores clave de resultados no financieros; d) principales riesgos y e) indicadores clave de resultados no financieros que sean pertinentes respecto de la actividad empresarial concreta, que puedan ser generalmente aplicados y que cumplan con las directrices de la Comisión Europea y los estándares de *Global Reporting Initiative*.

Debe incluir información significativa sobre las cuestiones que se indican a continuación, detallando la Ley la información concreta a facilitar respecto de cada una de ellas: a) cuestiones medioambientales (incluyendo contaminación, gestión de residuos, uso sostenible de recursos, cambio climático y protección de la biodiversidad); b) cuestiones sociales y relativas al personal (organización del trabajo, salud y seguridad, relaciones sociales, formación, accesibilidad de personas discapacitadas, igualdad); c) respeto de los derechos humanos; d) lucha contra la corrupción y el soborno; e) información sobre la sociedad (compromisos de la empresa con el desarrollo sostenible, subcontratación y proveedores, consumidores e información fiscal).

3. Flexibilidad actual en los marcos normativos a utilizar para elaborar el EINF

- Al no existir en la actualidad unas normas europeas en materia de información no financiera, el EINF deberá

basarse en marcos normativos nacionales, de la Unión Europea o internacionales, debiendo especificar en qué marcos se ha basado.

- EL ICAC recomienda que el EINF incluya una tabla donde se muestren e identifiquen de manera clara, separada y organizada todos y cada uno de los contenidos materiales requeridos por la Ley junto con los correspondientes apartados del marco o marcos de referencia utilizados en su elaboración.
- Las Directrices sobre la presentación de informes no financieros publicados por la Comisión Europea (2017/C 215/01) incluyen una serie de recomendaciones para la elaboración del EINF, si bien el listado de recomendaciones no es exhaustivo ni vinculante.

4. Presentación, aprobación, depósito y publicación

- El EINF, tanto en caso de estados individuales como consolidados, puede incorporarse al informe de gestión o presentarse en un informe separado correspondiente al mismo ejercicio, en el que se indique de manera expresa que dicha información forma parte del informe de gestión, con el mismo contenido que el previsto para las cuentas consolidadas por el artículo 49, apartados 5, 6 y 7 del Código de Comercio, aunque —en caso de estados individuales— referido exclusivamente a la sociedad en cuestión.
- El EINF debe seguir los mismos criterios de aprobación, depósito y publicación que las cuentas anuales. Deberá ser

firmado por todos los administradores (si faltare la firma de alguno de ellos, se señalará en cada uno de los documentos en que falte, con expresa indicación de la causa).

- El EINF será presentado como punto separado del orden del día para su aprobación en la junta general que apruebe las cuentas anuales.
- En el mes siguiente a la aprobación de las cuentas anuales, los administradores de la sociedad presentarán, para su depósito en el Registro Mercantil del domicilio social, certificación de los acuerdos de la junta de socios de aprobación de dichas cuentas, y de aplicación del resultado, así como, en su caso, de las cuentas consolidadas. Los administradores presentarán también el informe de gestión que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera (o el informe separado con el EINF).

5. Grupo de sociedades (sociedades dependientes)

Las sociedades dependientes de un grupo quedan exentas de la obligación de elaborar EINF cuando estén incluidas en el informe de gestión consolidado de otra sociedad dominante. Si una entidad se acoge a esta opción, debe incluir en el informe de gestión una referencia a la identidad de la sociedad dominante y al Registro Mercantil u otra oficina pública donde deben quedar depositadas sus cuentas junto con el informe de gestión consolidado o, en los supuestos de no quedar obligada a depositar sus cuentas en ninguna oficina pública o de haber optado por la elaboración de un

informe separado, sobre donde se encuentra disponible o se puede acceder a la información consolidada de la sociedad dominante.

6. Función del auditor de cuentas

Tanto para el caso de los estados individuales, como para el de los consolidados, el auditor deberá comprobar únicamente que el EINF se encuentra incluido en el informe de gestión, o, en su caso, si la información financiera exigida se ha incluido en un informe separado correspondiente al mismo ejercicio. En caso de que no fuera así, el auditor lo indicará en el informe de auditoría. En el caso de sociedades cotizadas, el auditor deberá comprobar que se ha facilitado la información no financiera en el informe anual de gobierno corporativo incorporado al informe de gestión.

7. Verificación del EINF

- El EINF deberá verificarse por un prestador independiente de servicios de verificación, tanto para el caso de los estados individuales, como consolidados. Dicho informe de verificación (junto con el informe de auditoría) deberá acompañarse al depósito de las cuentas anuales.
- La única exigencia explícita que debe cumplir el verificador es que se trate de un profesional independiente de la entidad a la que presta los servicios y que tenga capacidad para llevar a cabo los servicios de verificación de información no financiera. Además, no pueden coincidir elaborador y verificador de la información no financiera, aunque se haya elaborado sólo una parte de la misma.

- No existe incompatibilidad alguna derivada de la actual normativa de auditoría de cuentas, pudiendo coincidir en la misma persona la función de auditor y verificador, siempre que cumplan los requisitos de capacidad e independencia.
- Aunque la normativa actual no regula los requisitos básicos de esta verificación, el ICAC aconseja que se pueden utilizar los procedimientos y criterios incluidos en las normas y prácticas admitidas comúnmente en el ámbito nacional e internacional.

8. Voluntariedad en la presentación de la información no financiera para aquellas entidades no obligadas legalmente

- Cuando la sociedad — sin estar obligada a ello—, de manera voluntaria, decida elaborar información no financiera, podrá hacerlo sabiendo que, si el informe y/o estado no cumple con todos los requisitos establecidos en la Ley 11/2018 y simplemente incluye información sobre ciertas cuestiones, éste no podrá titularse “Estado de Información No Financiera”, por lo que tendrá que recibir cualquier otra denominación.
- No obstante, cuando dichas sociedades asuman íntegramente todos los requisitos y criterios para elaborar un EINF podrán denominarlo así, pero éste deberá indicar de manera expresa que dicha información forma parte del informe de gestión (y someterse a los criterios de presentación y publicación de las cuentas anuales).

Disolución y liquidación

Disolución de sociedad limitada por decisión del socio único concursado (RDGSJFP de 13 de mayo de 2022)

Se presentó a inscripción en el Registro Mercantil escritura de elevación a público de las decisiones adoptadas por el socio único de una sociedad limitada (disolución de la compañía, destitución del propio socio como administrador único y subsiguiente nombramiento como liquidador). Resulta relevante señalar que el referido socio único había sido declarado en concurso y tenía suspendidas sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio (art. 106 Texto Refundido de la Ley Concursal [TRLIC]) como consecuencia de haberse producido en el concurso la apertura de la liquidación concursal (art. 413 TRLIC).

Precisamente esta circunstancia llevó al registrador mercantil a denegar la inscripción solicitada por considerar que el socio carecía de las facultades precisas para adoptar las decisiones mencionadas más arriba. La sociedad interpuso recurso argumentando que la disolución de la sociedad constituía un deber dado que había sufrido pérdidas cualificadas (art. 363.1e LSC), por lo que se trataba de una operación de carácter puramente corporativo que no afectaba a las participaciones sociales ni, en consecuencia, a la masa activa del concurso del socio único.

El recurso fue desestimado mediante la RDGSJFP de 13 de mayo de 2022 (BOE núm. 130 de 1 de junio) con base en las siguientes consideraciones:

1. El sistema legal exige que los registradores, en el momento de calificar la capacidad de las partes, consulten el Registro Público Concursal para comprobar si aquellas tienen limitadas o suspendidas las facultades de administración o disposición sobre los bienes que integran su patrimonio.

2. El socio único tenía suspendido el ejercicio de sus facultades patrimoniales, entre las que se encuentran las relativas a las participaciones sociales integradas en la masa activa. Por ello, los derechos inherentes a tales participaciones debían haber sido ejercidos, en sustitución del deudor concursado (socio único), por la administración concursal. En este caso se adoptó la decisión adoptada de disolver la sociedad, con la consiguiente apertura del período de liquidación societario, lo que supuso —según el centro directivo— una alteración relevante de la masa activa del concurso que no podía ser decidida por el concursado (cfr. RDGSJFP de 5 de julio de 2021 [BOE núm. 177 de 26 de julio]). A ello añadió la Dirección General que la disolución de la compañía cuando concurren pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social no constituye sino una de las alternativas que la norma brinda para solventar la situación.
3. Resultaba por tanto de aplicación el artículo 109.4 TRLC, según el cual «los actos realizados por el concursado con infracción de la limitación o de la suspensión de facultades patrimoniales no podrán ser inscritos en registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados, alcance firmeza la resolución judicial por la que se desestime la pretensión de anulación o se acredite la caducidad de la acción».

Fiscalidad de sociedades

Propuesta de directiva para incentivar fiscalmente la financiación de las empresas de la Unión Europea con incrementos de capital

Análisis de las medidas fiscales introducidas en la propuesta de directiva para incentivar la

financiación de las empresas europeas con incrementos de capital, con el fin de mejorar la resiliencia del tejido empresarial y reducir el endeudamiento de las empresas europeas y la competencia fiscal.

1. Objetivo de la propuesta

La Comisión Europea —en el marco de la agenda fiscal recogida en la «Comunicación sobre fiscalidad empresarial para el siglo XXI», publicada por la Comisión Europea el 18 de mayo del 2021— presentó el pasado 11 de mayo una propuesta de directiva dirigida a lograr una mayor neutralidad fiscal respecto de las distintas formas de financiación de las empresas europeas, tratando así de que la fiscalidad deje de ser un factor determinante en sus decisiones de financiación.

A esos efectos, para mejorar la resiliencia del tejido empresarial, reducir el endeudamiento de las empresas europeas y la competencia fiscal, la propuesta pasa por favorecer fiscalmente a las compañías que opten por financiar sus inversiones mediante aportaciones de capital frente a la vía del endeudamiento, tratando así de poner fin a un sistema que favorece el endeudamiento como forma de financiación debido a la posibilidad de aplicar deducciones sobre los intereses vinculados a la deuda.

2. Medidas fiscales

Pues bien, para lograr ese objetivo, la propuesta pivota sobre dos medidas de carácter fiscal:

- a) La primera de ellas, conocida como DEBRA (*debt-equity bias reduction allowance*), se estructura como una deducción fiscal de la base imponi-

ble del impuesto sobre sociedades, aplicable a lo largo de diez ejercicios fiscales.

Dicha deducción resultaría de multiplicar el incremento de capital neto de la entidad en el ejercicio por un interés nacional (NIR).

El incremento de capital anual de la entidad o neto (en el sentido de la Directiva 2013/34), a estos efectos, resultará de la diferencia entre el patrimonio al final del año fiscal y el del año fiscal anterior.

Por otra parte, si la variación de capital neto de un contribuyente que ya se ha beneficiado de la referida deducción es negativa en un determinado periodo impositivo, una cantidad proporcional pasará a ser imponible durante diez periodos impositivos consecutivos, salvo que el contribuyente acredite que se debe a pérdidas sufridas durante el periodo impositivo o por obligación legal.

El interés nacional, por su parte, consta de dos elementos, a saber:

- El tipo de interés sin riesgo (*risk-free interest rate*) con vencimiento a diez años (en el sentido del artículo 77 *sexies*, apartado 2, de la Directiva 2009/138).
- Una prima de riesgo, fijada en el 1 % con carácter general y en un 1,5 % para las pymes. Se trata así de reflejar mejor la mayor prima de riesgo en que éstas incurren para obtener financiación.

Por tanto, la tasa de interés nacional será igual a la suma del tipo de interés sin riesgo más la prima de riesgo.

Tal y como ya se ha indicado, la deducción es aplicable durante diez años. Por tanto, si un incremento en el patrimonio de un contribuyente lo cualifica para la deducción, ésta se calculará en la forma antes señalada y será deducible en el ejercicio en que se puso de manifiesto el incremento (TY) y en los nueve años siguientes (TY + 9). Si en el año siguiente (TY + 1) se produce un nuevo aumento en el patrimonio de un contribuyente, la nueva deducción por el incremento de capital neto será también aplicable en el año en que se produjo y en los nueve siguientes (hasta TY + 10).

Ahora bien, para evitar el abuso fiscal, la deducción se limita a un máximo del 30 % del EBITDA (beneficio antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones) del contribuyente para cada año fiscal. Sin embargo, cuando por esa razón el contribuyente no pueda aplicar una parte de la deducción, ésta podrá «arrastrarse» sin límite de tiempo. Por otra parte, se establece un plazo de cinco años para que el contribuyente pueda «arrastrar» la deducción no aplicada por no alcanzarse dicho umbral.

Por otra parte, se introducen medidas antiabuso para evitar que la deducción pueda aplicarse en cascada en grupos empresariales. Con ese fin, se excluyen de la base de la deducción los incrementos de patrimonio derivados de a) préstamos intragrupo, b) transferencias intragrupo de participacio-

nes, y c) determinadas aportaciones de capital.

Además, se adoptan medidas para impedir la recalificación del capital antiguo como capital nuevo, algo que podría lograrse, por ejemplo, mediante la liquidación de una empresa existente con beneficios retenidos —lo que redundará en un incremento del patrimonio de la matriz— y la creación posterior de una nueva entidad.

- b) La segunda medida fiscal incluida en la propuesta se traduce en una limitación de la deducibilidad fiscal de los intereses.

La medida DEBRA se acompaña de una limitación de la deducibilidad fiscal de los pagos de intereses relacionados con la deuda. Se establece así una restricción proporcional y definitiva que limitará la deducibilidad de los intereses al 85 % de los gastos financieros netos (es decir, los intereses pagados menos los intereses recibidos).

Dado que las normas de limitación de intereses ya se aplican en la Unión Europea en virtud del artículo 4 de la Directiva ATAD [Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior], el contribuyente aplicará la regla del artículo 6 de esta propuesta como primer paso y luego calculará la limitación aplicable de conformidad con el artículo 4 de dicha directiva. Si el resultado de la aplicación de la regla ATAD es una cantidad deducible

menor, el contribuyente tendrá derecho a arrastrar o retrotraer la diferencia de acuerdo con el mencionado artículo 4.

A efectos de aplicar lo anterior, la Comisión ofrece un ejemplo: considerando que una empresa tiene gastos financieros superiores a 100, debería, en primer lugar, aplicar el artículo 6 de la propuesta de directiva, en virtud del cual la deducción quedaría limitada a 85 (85 % de 100), no siendo deducible, por tanto, la cantidad de 15. A continuación, debería calcular la cantidad deducible según el artículo 4 de la Directiva ATAD. Si el importe deducible es menor, por ejemplo, 80, la diferencia entre ambas (es decir, $85 - 80 = 5$) se trasladaría hacia adelante o hacia atrás según las condiciones del artículo 4 antes aludido. En definitiva, en ese caso, el 15 % de los gastos financieros netos no serían deducibles y otro 5 % se transferiría hacia adelante o hacia atrás.

3. Transposición

Las medidas citadas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11 de la propuesta de directiva, habrían de ser transpuestas por los Estados miembros antes del 31 de diciembre del 2023, siendo aplicables a partir del 1 de enero del 2024.

4. Comentario final

La propuesta de directiva de la Comisión, desde la perspectiva de la financiación propia, al margen del elevado coste que pueda tener para las finanzas públicas, parece que debiera responder adecuadamente al objetivo perseguido de recapitalizar las empresas

comunitarias. Y desde un punto de vista estrictamente nacional, habrá que ver la incidencia que tendrá en la regulación de la reserva de capitalización.

Además, desde el lado de la financiación ajena, una norma de este tipo que por imperativo legal elimina la posibilidad de deducirse un porcentaje de los intereses, sin que además se prevea un régimen transitorio, quizás pueda ser muy cuestionada por las empresas.

La aplicación de la exención por trabajos en el extranjero a administradores y consejeros

El Tribunal Económico Administrativo Regional de Cataluña, en su Resolución de 26 de abril de 2022, vuelve a analizar la controvertida cuestión relativa a la posibilidad de aplicar la exención prevista en el artículo 7.p de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (Ley 35/2006), a los rendimientos percibidos por trabajos efectivamente realizados en el extranjero por el consejero delegado de un grupo empresarial.

En el supuesto analizado la inspección tributaria denegó tal posibilidad sobre la base, exclusivamente, de la condición de consejero delegado del interesado. A esos efectos, invocó tanto la teoría del vínculo —en virtud de la cual la relación mercantil derivada de la condición de miembro de un consejo de administración debe prevalecer sobre la relación laboral de alta dirección, cuando ambas converjan en la misma persona—, como la interpretación estricta de la expresión «trabajos» que emplea la norma, limitándola a los

rendimientos derivados de una relación laboral o estatutaria.

Pues bien, en la línea que hemos defendido en otra ocasión², el tribunal regional estima el derecho del interesado a aplicar la exención prevista en el citado artículo 7.p de la Ley 35/2006, entendiendo que la inspección tributaria descartó su aplicación sobre la base de la mera condición del interesado como consejero delegado del grupo empresarial, sin tener en cuenta el trabajo real desempeñado por él con ocasión de los desplazamientos realizados al extranjero, constando a esos efectos que ejerció un trabajo efectivo para la entidad y habiéndose probado que dicha labor no obedece a la mera asistencia a las reuniones del consejo de administración.

Respecto de la cuestión aquí abordada, cabe recordar que el Tribunal Supremo dictó dos Autos de 11 de marzo de 2021 (rec. núm. 3468/2020) y de 2 de febrero de 2022 (rec. núm. 707/2021), que tienen por objeto precisar el alcance de la expresión «rendimientos del trabajo percibidos por trabajos efectivamente realizados en el extranjero», contenida en el referido artículo 7.p de la Ley 35/2006, a efectos de determinar si cabe la aplicación de la exención respecto de los rendimientos percibidos por administradores y miembros de los consejos de administración, por las funciones ejecutivas desarrolladas en el extranjero.

Es recomendable por ello que, a la espera de un pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo respecto a la cuestión indicada, se analice la conveniencia de impugnar las autoliquidaciones del IRPF aún no prescritas de aquellos miembros del órgano de administración que no se hayan aplicado la citada exención.

² Ver en este enlace: https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2021/04/La_problemativa_rendimientos.pdf

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

Estibaliz Aranburu

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

Fernando de las Cuevas

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

Íñigo Erlaiz

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

Fernando Igartua

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

David González

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

Daniel Marín

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

Alfonso Areitio

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

Mónica Weimann

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

Francisco Fita

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

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

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, 2022. Todos los derechos reservados.

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

ISSN 2951-8369