

Boletín de  
**Sociedades**

Sección elaborada por

**el Área Mercantil**

de Gómez-Acebo & Pombo

N.º3 | 2016



## Sumario

ANÁLISIS .....	2
▶ Grupos de empresas: el interés de la filial en las decisiones en beneficio del grupo .....	2
▶ <i>Joint venture</i> y paralización de los órganos sociales .....	5
PRÁCTICA SOCIETARIA .....	8
▶ Estatutos .....	8
— La convocatoria de las juntas generales de socios por los administradores mancomunados .....	8
▶ Sociedad unipersonal .....	9
— Responsabilidad del socio único por falta de publicación de la unipersonalidad sobrevenida en el Registro Mercantil .....	9
▶ Junta general .....	10
— Cláusulas de autorización de actos de gestión por la junta general .....	10
▶ Administradores .....	10
— Importantísima sentencia sobre acción individual de responsabilidad (STS 1ª núm. 473/2016 de 13 de julio) .....	10
— De nuevo sobre el concepto de administrador de hecho .....	12
— Concepto de pérdidas y responsabilidad por no disolución (STS 1ª núm. 363/2016 de 1 de junio) .....	13
▶ Cuentas anuales .....	13
— Prórroga tácita del contrato de auditoría .....	13
— Es inscribible el nombramiento de un auditor voluntario realizado una vez concluido el ejercicio a auditar .....	14
▶ Ampliaciones y reducciones de capital .....	14
— Impugnación (sin éxito) de acuerdo de aumento de capital por abuso de derecho .....	14
— La realidad de una aportación dineraria puede acreditarse mediante certificación del depósito en una entidad de crédito que no opera en España .....	15
▶ Modificaciones estructurales .....	16
— La aportación de una rama de actividad a otra sociedad puede llevarse a cabo de acuerdo con las reglas propias del aumento de capital .....	16
— Requisitos de publicidad del acuerdo de transformación de sociedad civil en sociedad limitada .....	17
▶ Sociedades cotizadas .....	18
— Guía Técnica de buenas prácticas para la aplicación del principio de «cumplir o explicar» .....	18

*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.



## ANÁLISIS

### Grupos de empresas: el interés de la filial en las decisiones en beneficio del grupo

#### Daniel Marín

Socio del Área Mercantil, Fusiones y Adquisiciones  
de Gómez-Acebo & Pombo

#### Carolina Posse

Abogada del Área Mercantil, Fusiones y Adquisiciones  
de Gómez-Acebo & Pombo

#### 1. Introducción

La regulación de los grupos de empresas en nuestro derecho no permite abordar desde una perspectiva global las situaciones derivadas de la coordinación en la toma de decisiones en aras del interés del grupo, como contraposición al interés de cada una de las sociedades que lo integran.

El legislador español, al igual que en otras jurisdicciones europeas, es consciente de la importancia de hacer frente a esta realidad corporativa y parece avanzar tímidamente en el desarrollo de dicha regulación. El objetivo no es otro sino el de ofrecer a los operadores del mercado —y, en especial, a los administradores de grupos de sociedades— unas reglas de juego claras que les permitan navegar en este mar abierto.

El objetivo de esta nota es profundizar en los modelos que existen actualmente en materia de gobierno de grupos de sociedades; comentar brevemente las posturas adoptadas en jurisdicciones vecinas; y ofrecer una guía de actuación con base en la normativa que viene desarrollándose en España en este sentido.

#### 2. Modelos de regulación

En nuestro entorno cercano encontramos tres modelos de regulación distintos que contemplan, entre otras cuestiones, la responsabilidad patrimonial asumida por la sociedad matriz o los administradores de la sociedad filial cuando se toman decisiones en interés del grupo.

Como veremos a continuación, dichos modelos establecen un régimen de responsabilidad objetiva de la sociedad matriz, un régimen de responsabilidad por los daños causados por ésta o un régimen de responsabilidad sólo para casos patológicos.

##### 2.1. Responsabilidad objetiva: contrato de dominación o *Beherrschungsvertrag*

En primer lugar, nos encontramos con aquellos sistemas en los que la toma de decisiones teniendo en cuenta el interés del grupo conlleva una responsabilidad patrimonial directa para la sociedad matriz.

En la Ley de Sociedades Anónimas alemana o *Aktiengesetz*, que regula específicamente a los grupos de este tipo de sociedades, el contrato de dominación o *Beherrschungsvertrag* es un acuerdo voluntario que se firma entre la sociedad matriz y la sociedad filial. En virtud de dicho contrato, la sociedad matriz adquiere, y se le permite ejercitar, poderes de gestión sobre la sociedad filial, pudiendo incluso causar un detrimento a esta última, siempre que se cumplan dos requisitos: (a) que el detrimento sea consecuencia de la persecución del interés del grupo, y (b) que no ponga en juego la solvencia de la filial de forma que ésta pueda llegar a desaparecer.

Como contrapartida, y por exigencia de la ley, la sociedad matriz que sea parte de un contrato de dominación deberá compensar al final de cada ejercicio social a la filial controlada por todas las pérdidas anuales que figuren en su balance, con independencia de si éstas son consecuencia directa o no de la relación de control existente entre ambas, pues se trata de una responsabilidad objetiva. Llegado el caso de que la sociedad matriz se negara a compensar dichas pérdidas, los acreedores de la filial tendrían una acción subsidiaria y directa contra la matriz.

Con todo, la experiencia comparada es que este tipo de contratos de dominación se dan hoy poco en la práctica por el severo régimen de responsabilidad que conllevan y la disminución de los beneficios fiscales anteriormente existentes.



## 2.2. Responsabilidad por daños: control de facto o faktischer Konzern

Los grupos *de facto* bajo la Ley de Sociedades Anónimas alemana se forman a través de una declaración unilateral por las sociedades cuando concurren las dos circunstancias siguientes: (a) existe una participación mayoritaria por parte de una sociedad en el capital social de otra —lo que, bajo la ley alemana, crea una presunción de dependencia de la filial respecto de la matriz— y (b) hay una dirección centralizada y uniforme ejercitada por la sociedad matriz, es decir, cuando la gestión se lleva a cabo como si fuera una única sociedad.

La consecuencia de este control *de facto* es la obligación de la sociedad matriz de compensar a la filial por todos los daños ocasionados por injerencia de la matriz. No obstante, a diferencia de lo que ocurre con el contrato de dominación, en los casos de control *de facto* es necesario examinar el daño caso por caso, y sólo procederá la compensación del mismo si ha habido algún tipo de conducta negligente por parte de la sociedad matriz que perjudique a la filial.

Este modelo puede causar problemas en aquellas situaciones en las que las sociedades filiales son fuertemente intervenidas en el día a día por más de una sociedad matriz, ya que puede resultar imposible aislar una única interferencia como causante del perjuicio sufrido por la sociedad filial.

Es importante tener en cuenta que los modelos indicados con anterioridad (el contrato de dominación y el control *de facto*) sólo resultan de aplicación para los grupos formados por sociedades anónimas o comanditarias por acciones. Para las sociedades limitadas el Tribunal Supremo estableció, en la resolución del caso *Bremer Vulkan*, que la regulación prevista para las sociedades anónimas no podía aplicarse y en Alemania la matriz de un grupo de sociedades que incluya sociedades limitadas en la práctica responde en los casos en los que se destruya efectivamente la existencia continuada e independiente de la filial, o dicho de otro modo, en los casos en los que la actuación de la matriz resulte en la insolvencia de la filial o en un estado de inevitable colapso (lo que en alemán recibe el nombre de *existenzvernichtender Eingriff*).

El código civil italiano también sigue un criterio de regulación parecido pues, aparte de contener una regulación amplia sobre los derechos y obligaciones de los administradores, incluye una serie de artículos que reconocen la existencia de un poder de dirección y coordinación a favor de la sociedad matriz, que pueden derivar en responsabilidad de ésta frente a los socios y acreedores de la sociedad filial si se cumplen determinados requisitos. No obstante, la sociedad matriz puede eliminar dicha responsabilidad mediante el recurso a la doctrina de las ventajas compensatorias que, en aras de brevedad, se expondrá más adelante.

## 2.3. Responsabilidad patrimonial en casos patológicos

En tercer lugar, nos encontramos con aquellos sistemas en los que la responsabilidad de la sociedad matriz y/o de los administradores de la filial sólo resulta de aplicación en situaciones patológicas.

España y el Reino Unido son ejemplos claros de este tipo de regulación. Así, estas jurisdicciones no disponen de regulación específica para las relaciones intragrupo y solventan las controversias con base en normas y principios generales del derecho.

La teoría del levantamiento del velo es un reflejo de esta situación en ambas jurisdicciones, si bien cabe mencionar que en el Reino Unido sus tribunales son muy reacios a hacer responder a una sociedad —en nuestro caso, a la matriz— por las deudas y obligaciones de una sociedad formalmente distinta (i.e., la filial). Los jueces británicos parecen tener muy asentada la teoría de la *entity liability*, según la cual las sociedades responden exclusivamente de sus propias obligaciones, de modo que solamente levantan el velo en circunstancias extremas en las que los socios dominantes de una sociedad —es decir, la matriz— se valen de ella para conseguir un resultado ilegal o indebido.

Otro ejemplo lo encontramos en la normativa concursal española. El artículo 172 bis de la Ley Concursal permite al juez condenar al administrador de hecho de la concursada al pago del déficit concursal en caso de que su conducta haya causado o agravado la insolvencia de la sociedad y el concurso, con apertura de la fase de liquidación, sea calificado como culpable. Sin embargo, esta regulación es solamente aplicable en los casos más graves, en los que la conducta del socio dominante vulnera el límite fundamental de no poner en riesgo la



solvencia de la sociedad filial, aunque sea en el mejor interés del grupo que dicha sociedad integra, pero sigue sin abordar de forma satisfactoria aquellos casos en los que (a) la sociedad administrada no se encuentra en situación de concurso y (b) el acto del administrador de la filial que es beneficioso para el interés del grupo no es tan perjudicial para la sociedad administrada como para provocar o agravar su insolvencia, pero aún así le causa un perjuicio.

Cabe tener en cuenta que el límite de no poner en riesgo la solvencia de la sociedad administrada es pacífico en la legislación comparada de referencia. Por ejemplo, en Alemania —cuya regulación en materia de responsabilidad intragrupo es tomada por muchos como el paradigma de regulación deseable— la Ley de Sociedades Anónimas o *Aktiengesetz* de 1965 ya preveía este límite. Más recientemente nuestro Tribunal Supremo también ha hecho suyo el límite en la reciente sentencia de 11 de diciembre de 2015 —sobre la cual volveremos seguidamente—. Finalmente, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil también lo prevé de forma positiva en su artículo 291-12.

### 3. La tendencia en España

En la práctica, consideramos necesario que se acepte con naturalidad la posibilidad de que en el seno de un grupo se tomen decisiones que beneficien al grupo perjudicando a una o varias sociedades que lo integran, siempre que exista compensación para la sociedad perjudicada.

Los recientes desarrollos normativos y jurisprudenciales en nuestro país parecen ir en esa dirección:

Por un lado, encontramos el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil aprobado el 21 de enero de 2015 (el «**Anteproyecto**») que establecerá de forma sustantiva el gobierno de los grupos de sociedades.

El Anteproyecto, aparte de modificar la actual definición de grupo de sociedades prevista en el artículo 42 del Código de Comercio adopta la posición germánica y reconoce la existencia del interés del grupo de forma que permite *«la impartición de instrucciones por parte de los administradores de la sociedad dominante a los de las sociedades filiales, aunque su ejecución pueda causar a éstas un perjuicio que deberá valorarse teniendo en cuenta el conjunto de ventajas y desventajas de la pertenencia al grupo. El perjuicio habrá de ser compensado en tiempo y forma, de modo que la falta de compensación es el presupuesto de la responsabilidad por el daño causado que puede exigirse solidariamente a la sociedad dominante, a sus administradores y, en su caso, a los administradores de la propia sociedad dependiente»* (Exposición de Motivos apartado-108).

De esta forma, el Anteproyecto reconoce legalmente la denominada doctrina de las ventajas compensatorias acuñada por el derecho italiano y al que hemos hecho referencia con anterioridad, que legitima las decisiones tomadas en interés del grupo siempre que de la operación se derive un beneficio para el conjunto y la sociedad perjudicada sea efectivamente compensada por la desventaja sufrida. Para que la doctrina resulte aplicable habrían de cumplirse determinados requisitos: (a) ha de tratarse de una operación resultado de una política de grupo y realizada en interés del grupo, (b) debe de preverse una compensación adecuada, y (c) el acto perjudicial debe respetar la supervivencia de la sociedad, es decir, esa instrucción o acto no podrá ser determinante de que la sociedad quede en estado de insolvencia.

Y, por otro lado, la reciente sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 695/2015 de 11 diciembre [RJ 2015\5440] analizada en anteriores notas de este despacho<sup>1</sup> ha reconocido expresamente la validez de esta doctrina en el ámbito del derecho de sociedades acotando el tipo de ventajas a las que se refiere, de forma que con dicha compensación pueda postergarse el interés social de la sociedad dependiente si es necesario para hacer posible y eficiente la unidad empresarial que supone el grupo de sociedades y, por ende, se justifique la actuación de los administradores de sociedades filiales que actúen en beneficio del interés del grupo.

<sup>1</sup> Análisis GA&P Diciembre 2015 «Responsabilidad de administradores de sociedad filial, interés del grupo y ventajas compensatorias»



#### 4. Conclusión

Como hemos visto, existe una tendencia legislativa y jurisprudencial a reconocer la realidad de los grupos de sociedades y la persecución del interés común de éstos, aún cuando se produzcan perjuicios para algunas de las sociedades si éstas son debidamente compensadas.

Dicha tendencia y una actuación en esta línea podrían llegar a exonerar la responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores y directivos de las sociedades pertenecientes al grupo, aún cuando la toma de decisiones perjudique a una sociedad favoreciendo el interés común.

Podría interpretarse que dichas tendencias abren la puerta a que los administradores, en el ejercicio de su deber de lealtad hacia la sociedad administrada, tengan en cuenta el interés del grupo siempre que de éste no resulte un daño para la sociedad administrada. No obstante, mientras la jurisprudencia no se consolide o tenga un reflejo legal expreso, recomendamos que los administradores y directivos de sociedades en España actúen con extrema prudencia en estos casos, documentando claramente el proceso de decisión y la dispensa de conflictos en los casos en que ésta se permita.

Para recomendaciones prácticas sobre la actuación de los administradores de grupos de sociedades, nos remitimos a nuestras anteriores notas sobre «*Gobierno corporativo y grupos de empresas: dudas habituales*», «*Diez advertencias para los administradores de sociedades filiales (sobre el deber de lealtad, el interés social y el interés del grupo)*» y «*Responsabilidad de administradores de sociedad filial, interés del grupo y ventajas compensatorias*», entre otras.

---

### Joint venture y paralización de los órganos sociales

#### Fernando Marín de la Bárcena

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

#### 1. Introducción

En las líneas que siguen estudiaremos los presupuestos de aplicación de la causa de disolución prevista en el artículo 363.1 d) de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante «**LSC**»), consistente en la «*paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento*», a una de sociedad de capital participada al cincuenta por ciento y constituida en cumplimiento de un acuerdo de *joint venture*.

En el análisis partiremos de la base de que dicho acuerdo, como ocurre muchas veces en la práctica, cuenta con cauces para que los socios puedan ejercer sus derechos políticos y económicos en la sociedad (pactos de distribución de un dividendo mínimo, acceso directo a la información, etc.) y dos mecanismos de desbloqueo: a) el recurso al arbitraje para asuntos de la mayor importancia, relacionados con el cumplimiento normativo por parte de la sociedad; b) la caducidad automática de las propuestas de acuerdo respecto de cuestiones estratégicas y de gestión, si no logran resolverse de forma amistosa y, en su caso, la prórroga automática de las medidas previstas en el propio contrato de *joint venture* (v.gr. del presupuesto anual o del plan financiero).

#### 2. La disolución por paralización de los órganos sociales en el Derecho español

El artículo 360 LSC contempla como causas de disolución diferentes, entre otras que no es preciso tomar en consideración en este momento, por un lado, la «*conclusión de la empresa que constituya su objeto*» (apartado b) y el «*cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social*» (apartado a) y, por otro, la «*imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social*» (apartado c) y la «*paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento*» (apartado d).

Las causas de disolución consistentes en la *consecución del objeto social* o en el *cese en el ejercicio de la actividad* se relacionan con el desarrollo de la actividad empresarial por parte de la sociedad. Concretamente, la inactividad o falta de actividad en sí misma (v.gr. se ha de suspender la actividad por falta de licencia) no es causa de disolución,



sino que ésta viene constituida por el cese *definitivo e irreversible* en el desarrollo de la actividad o actividades que constituyen el objeto de la compañía (v.gr. desestimación del último recurso judicial para la obtención de la licencia que impide el desarrollo o la continuidad de la actividad).

La causa de disolución consistente en la *imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social* se relaciona, por el contrario, con la finalidad perseguida por los socios al asociarse y que suele ser un fin lucrativo. Existe esta causa de disolución cuando se constata la incapacidad de la sociedad para la obtención de beneficios que afecta a la causa misma del negocio jurídico societario. La imposibilidad ha de ser *manifiesta*, por lo que quedan fuera supuestos de falta de rentabilidad transitoria o derivada del modelo de negocio (v.gr. inversión a largo plazo): ha de tratarse de una incapacidad de generación de beneficios estructural y sobrevenida.

La causa de disolución consistente en la *paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible el funcionamiento de la sociedad* fue introducida en el momento de la elaboración del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en 1990) para la adaptación de las Directivas comunitarias y debe distinguirse conceptualmente de la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social, que es una causa de disolución autónoma.

Existe conformidad en que se trata de casos de inactividad del órgano de administración y/o de la junta general que reúna las notas de *permanente e insuperable*, que haga imposible el funcionamiento del mecanismo de adopción de decisiones en la sociedad, bien por la incapacidad de constituirse válidamente, bien por la incapacidad de sus componentes de llegar a acuerdos (v.gr. igualdad de votos a favor o en contra de una determinada propuesta que determina la existencia de un empate y por lo tanto de falta de acuerdo).

La doctrina científica ha tratado de explicar la autonomía de esta causa de disolución respecto de la consistente en la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social por referencia a aquellos casos en los que, a pesar de que la sociedad genere beneficios, se detecte que el conflicto en los órganos sociales determina la puesta en peligro de la propia continuación de la actividad empresarial o la subsistencia misma de la empresa, sin necesidad de acreditar que dicha actividad se haya paralizado de forma efectiva. Sólo en esos casos sería posible instar la disolución de una sociedad que genera beneficios y que, por consiguiente, es capaz de realizar el fin social.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español admite, por el contrario, un concepto más amplio de conflicto y asocia normalmente esta causa de disolución a supuestos de ruptura de la denominada *affectio societatis*, en los que se constata un conflicto entre los socios que hace inexigible la continuación de la actividad. La lectura de los antecedentes de hecho de las sentencias revela que se produce o el bloqueo total de los órganos sociales (de la junta general y del órgano de administración) o, sin identificar tal bloqueo en la gestión, la existencia de un socio o grupo de socios que controlan la administración y otro que queda incapacitado para ejercer ningún tipo de influencia en la sociedad y se ve privado del ejercicio de sus derechos políticos y/o económicos (v.gr. STS 1ª núm. 653/2014 de 26 de noviembre, [RJ 2015\29]).

La *praxis* empresarial demuestra la existencia de casos en los que la actividad empresarial continúa porque la gestión ordinaria está atribuida a la alta dirección de la compañía, es posible la consecución del fin común porque la actividad es rentable y genera beneficios, pero que, aún así, la sociedad debe disolverse porque resulta imposible (definitivo y permanente) el funcionamiento de la sociedad por la paralización de sus órganos sociales. En este tipo de supuestos la estructura jurídica de la empresa social queda paralizada de modo que los socios no encuentran cauces para el ejercicio de sus derechos políticos y económicos porque la junta general está bloqueada (v.gr. no es posible llegar a acuerdos sobre nombramiento y cese de consejeros, aprobación de las cuentas anuales, distribución de dividendos o constitución de reservas, etc.).

Algunas decisiones aparentan cierta discrepancia. La mera existencia de un conflicto personal entre los socios y sus desavenencias personales, pero desarrollo efectivo y productivo del objeto social porque la administración no resulta afectada ni tampoco la actividad, no autorizaría la disolución por el mero bloqueo de la junta general (cfr. SAP Coruña de 26 de mayo de 2003 [JUR 2003, 237363]). La paralización de la junta general, en un caso de dos administradores solidarios que actúan de modo contradictorio, fue suficiente para decretar la disolución en el caso resuelto por la STS 1ª núm. 373/2010 de 15 de junio [RJ 2010\3901] porque «*la gestión de la sociedad se encuentra sometida a la situación de tensión y de discrepancia entre los dos administradores solidarios, con órdenes y contraórdenes que en modo alguno favorecen el buen funcionamiento de la sociedad ni la relación de la misma con terceros (...), lo que no permite entender que la administración de la sociedad funciona realmente*».



La conclusión que puede extraerse de todo lo anteriormente expuesto es que la específica causa de disolución consistente en la paralización de los órganos sociales concurrirá cuando: a) se ponga en peligro la continuación de la actividad empresarial porque queda afectada la gestión de la compañía (v.gr. el consejo de administración no puede planificar la política general de la compañía ni adoptar aquellos acuerdos que deben adoptarse en el pleno ex art. 249 bis LSC); b) alguno de los socios quede privado del ejercicio normal de sus derechos políticos y económicos dentro de la sociedad porque no encuentra cauces para ello (v.gr. no se le permite revocar o designar administradores; no hay acuerdos sobre distribución del dividendo, etc.)

### 3. La paralización de los órganos y el acuerdo de *joint venture*

La aplicación de todo lo anteriormente expuesto a sociedades constituidas sobre la base de un acuerdo de *joint venture* requiere partir de dos ideas fundamentales:

En primer lugar, el acuerdo es o, al menos, funciona como un pacto parasocial y, en tanto que suscrito por todos los socios, resulta oponible frente a la sociedad. La doctrina científica y jurisprudencia españolas aceptan hoy plenamente la idea de que, en los casos de pactos suscritos por todos los socios (denominados «pactos omnilaterales»), la sociedad no puede ser calificada como tercero ajeno a lo pactado, sino que, por el contrario, debe entenderse vinculada por el mismo (cfr. STS 1ª núm. 131/2009 de 5 de marzo, [RJ 2009\1633]; STS 1ª núm. 910/2007 de 3 de septiembre [RJ 2007\4709], entre otras).

En segundo lugar, que los órganos sociales no son sino grupos de normas de organización que regulan los procedimientos para el ejercicio del poder de decisión en la sociedad. La distinción entre el órgano de los socios y el órgano de administración se basa por su parte en el ámbito de funciones y competencias sobre el que se ejerce dicho poder de decisión. La junta general sirve de cauce para el ejercicio por los socios de sus derechos políticos y económicos en el seno de la sociedad y, en particular, su derecho de control de la gestión mediante mecanismos indirectos (v.gr. nombramiento y cese de administradores, acción social de responsabilidad, etc.) y directos (instrucciones sobre determinados asuntos de gestión). El órgano de administración tiene como competencia el ejercicio de la actividad gestora con carácter permanente, que tiene una faceta jurídico – societaria interna (v.gr. convocatoria de la junta, deber de informar a los socios, formulación de cuentas anuales para su aprobación por la junta general) y una faceta externa (dirección de la empresa y representación frente a terceros).

De todo lo anterior se deduce que, para resolver la cuestión objeto del presente análisis, esto es, si la paralización de los órganos de la sociedad constituida conforme al acuerdo de *joint venture* constituye o no causa de disolución es necesario tener en cuenta las previsiones establecidas en el propio acuerdo que es plenamente oponible frente a la sociedad incluso después de su constitución y no sólo en lo que se refiere a los mecanismos de resolución de conflictos, sino también en lo que se refiere a los cauces que el pacto establece para que los socios puedan ejercer sus derechos políticos y económicos en la sociedad y para que la empresa social pueda ser gestionada de forma autónoma. Si el pacto contempla normas de organización suficientes para que los socios puedan ejercer en lo esencial sus derechos y la continuidad de la gestión de la empresa está garantizada, la paralización de los órganos sociales será meramente formal y no debería dar lugar a la disolución de la compañía.

La facultad de los socios de instar la disolución por paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible el funcionamiento de la sociedad quedaría reducida a un supuesto residual si el pacto contiene reglas que permitan garantizar la continuidad de la gestión de la compañía y, por tanto, excluir que la gestión de la actividad empresarial resulte afectada o puesta en peligro por el hecho de la paralización de la junta general e incluso de las decisiones de política general de la empresa atribuidas con carácter indelegable al consejo de administración (v.gr. prolongación automática de los planes de negocio, financieros y de presupuesto del ejercicio establecidos en el propio acuerdo de *joint venture*). La previsión de caducidad o expiración de las propuestas que no logren cristalizar en un acuerdo implicará en muchos casos la continuidad de las decisiones adoptadas antes de que surja la disconformidad entre los socios y esto excluirá la idea misma del bloqueo.

En el caso de que, por vicisitudes extraordinarias del negocio, de difícil o imposible previsión en el pacto, fuera necesario adoptar medidas de carácter extraordinario y que esto no sea posible por la paralización de los órganos competentes ni resoluble mediante los mecanismos arbitrales, podría considerarse la existencia de una causa de disolución que ponga en riesgo la propia actividad empresarial (v.gr. se hace preciso afrontar una reestructuración empresarial mediante la cesión de activos esenciales y no se logra el acuerdo de la junta general).



En cuanto a la ruptura de la *affectio societatis* y la afectación negativa de la posición jurídica o económica de los socios, la solución es parecida. En aquellos asuntos respecto de los que se haya acordado votar a favor de una determinada medida (v.gr. política de dividendos, asuntos de gestión) el cumplimiento forzoso de la obligación de voto asumida en el pacto de *joint venture* permitirá simplemente deshacer la situación de desbloqueo y por tanto no podrá hablarse de imposibilidad de funcionamiento de la sociedad como causa de disolución. La afectación inadmisibles de la posición jurídica y económica de los socios que detecta la jurisprudencia en algunos casos de conflicto en sociedades paritarias, que hacen inexigible la permanencia en la sociedad y que no es resoluble sino mediante la disolución forzosa, no debería llegar a darse si éstos disponen de mecanismos de cumplimiento forzoso de sus derechos políticos (v.gr. mecanismos contractuales de información y/o acceso a la contabilidad y documentación de la sociedad, ya garantizada en principio mediante la designación de consejeros) y económicos que les reconozca el pacto (v.gr. acuerdos vinculantes y exigibles sobre dividendo a repartir en cada ejercicio, etc.).

#### 4. La conservación del negocio y el deber de fidelidad entre socios.

Cabe señalar, a modo de conclusión, que los socios de una *joint venture* están sujetos a deberes de colaboración y fidelidad entre sí de gran intensidad, dado el carácter societario de la figura. Si a esto se une la necesidad de conservar la continuidad del negocio que constituye la concreción de la causa misma del contrato de sociedad, la solicitud de disolución por parte de los socios por paralización de los órganos sociales debe ser interpretada y aplicada de modo restrictivo y además debe ejercerse de modo conforme a la buena fe (art. 7 Código Civil). Con todo el mejor consejo para la práctica consiste en establecer mecanismos «fuertes» de desbloqueo, esto es, opciones de compra, venta y compraventa forzosa que aseguren la continuidad de la sociedad y del negocio.

---

## PRÁCTICA SOCIETARIA

### Estatutos

#### La convocatoria de las juntas generales de socios por los administradores mancomunados

¿Pueden dos de los tres administradores mancomunados de una sociedad de responsabilidad limitada convocar válidamente una junta general? Según la reciente resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado ("**DGRN**") de 4 de mayo de 2016 (BOE núm.136, de 6 de junio), sí, siempre y cuando los estatutos de la sociedad expresamente lo prevean.

La DGRN ya se había manifestado en diversas ocasiones en relación con la necesidad de que, cuando una sociedad de responsabilidad limitada estuviese administrada por más de dos administradores mancomunados (lo que no es posible en las sociedades anónimas según establece el art. 210.2 LSC), la junta general fuera convocada por la totalidad de ellos. La clave de la argumentación se encontraba en diferenciar en la actuación de los administradores entre la esfera interna, de gestión societaria, y la externa, de representación. Efectivamente, la LSC en su artículo 233.2 c) para el caso de más de dos administradores mancomunados, reserva el poder de «representación» al menos a dos cualesquiera de ellos (en la forma prevista en estatutos), y se entiende que dicha atribución se refiere a la actuación en la esfera externa. Sin embargo, más allá de la exigencia de actuación «*de forma conjunta*» del artículo 210 de la LSC, no hay previsión similar en relación con el ámbito de actuación en la esfera interna, en lo referido al círculo de relaciones entre la sociedad y los socios. Así, la DGRN viene entendiendo que la actuación interna (en la que claramente se incluye la convocatoria de la junta general de socios) debe llevarse a cabo por la totalidad de los administradores mancomunados.

La resolución de 4 de mayo de 2016 se refiere a un supuesto similar pero esencialmente distinto. No modifica la doctrina anterior, aún cuando en la práctica puede entenderse que la matiza permitiendo el juego de la autonomía de la voluntad. En este caso, entendiendo de aplicación la argumentación anterior, el registrador mercantil calificó negativamente una escritura en que se trataba de inscribir una cláusula estatutaria que establecía expresamente que «*será válida la convocatoria de la Junta General por dos de los tres administradores mancomunados*». Sin embargo, tal y como alegó la representación de la sociedad en el recurso interpuesto frente a la calificación, efectivamente, en esta ocasión «*no se trata ya de la distinción entre poder de representación y poder de gestión o administración, sino de enjuiciar la facultad soberana de la Junta General de una entidad (...) para modificar los Estatutos Sociales, fijando una disposición*





que permita a dos cualesquiera de los tres administradores mancomunados a convocar Junta General para asegurar un mejor funcionamiento de la sociedad». La DGRN compartiendo esta matización, pasa a analizar si una mención estatutaria de esta naturaleza choca con las previsiones legales o si la autonomía de la voluntad puede jugar un papel a favor de la misma, y entiende que, al ser la convocatoria un acto puramente interno, la autonomía de la voluntad puede ser protagonista en la regulación de esta cuestión. No cabe duda, según aprecia la DGRN, de que no se produce vulneración alguna de normativa de carácter imperativo, ni de responsabilidad frente a terceros. Tampoco se entienden infringidos derechos de minorías ni ningún otro elemento esencial. Por tanto, no sólo no se ve impedimento sino que, por el contrario, se entiende que esta previsión estatutaria facilitaría la convocatoria de junta, ya que evitaría tener que acudir a la convocatoria realizada por el letrado de la administración de justicia o el registrador (con el alargamiento de tiempos que ello conlleva) cuando alguno de los tres administradores mancomunados no quisiera o simplemente no pudiera convocar junta con el resto de sus compañeros.

## Sociedad unipersonal

### Responsabilidad del socio único por falta de publicación de la unipersonalidad sobrevenida en el Registro Mercantil

La responsabilidad del socio único derivada del incumplimiento del deber de dar publicidad registral a la situación de unipersonalidad sobrevenida de la compañía se genera aun cuando no concorra dolo o culpa y aunque no exista relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación por la sociedad y el del deber de publicidad infringido

Según ha recordado la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 499 /2016 de 19 de julio [RJ 2016\3781], la unipersonalidad sobrevenida debe inscribirse en el Registro Mercantil en el plazo de seis meses. El incumplimiento de este «deber de publicidad registral» desata la responsabilidad solidaria del socio único (con la sociedad) por las deudas sociales surgidas durante el período de unipersonalidad (no por las surgidas con posterioridad a la inscripción, incluso tardía).

Al hilo de esta idea el Tribunal Supremo se ocupó de precisar que el socio único no deviene obligado solidario sino responsable solidario. De esta forma los acreedores pueden dirigir su reclamación indistintamente contra la sociedad y contra el socio único, sin que en este último caso se exija la previa excusión de los bienes y derechos de la sociedad. No obstante, como el socio único no es obligado solidario, caso de haber hecho efectiva su responsabilidad frente al acreedor, tendría acción para repetir de la sociedad el importe de lo satisfecho.

Sentado lo anterior, el Tribunal Supremo se enfrentó con la principal cuestión planteada a través del recurso de casación formulado por el socio único (condenado en ambas instancias a responder de determinadas deudas sociales). En sustancia el problema estribaba en determinar si el nacimiento de esa responsabilidad solidaria requiere de la concurrencia de dolo o culpa grave y de un enlace causal entre un daño y la conducta del socio único.

La respuesta del Tribunal Supremo es negativa. En efecto, según la Sentencia reseñada la responsabilidad del socio único se anuda a una conducta cuando menos negligente (incumplimiento de un deber legal de publicidad en garantía de los acreedores). Y esta responsabilidad está sometida a un régimen propio en la medida en que no resultan de aplicación los requisitos y principios de la responsabilidad por dolo o culpa grave, contractual o extracontractual. Por lo demás, el nacimiento de dicha responsabilidad tampoco exige la existencia de una relación de causalidad entre el incumplimiento de la deuda social de la que se ha de responder y el de la publicidad legal de la unipersonalidad.



## Junta General

### Cláusulas de autorización de actos de gestión por la junta general

La DGRN había denegado siempre el acceso al Registro de las cláusulas de los estatutos que dispongan la necesidad de obtener la autorización de la junta general para realizar determinados actos de gestión, tan frecuentes en el ámbito de los pactos parasociales y que constituyen meras limitaciones internas derivadas de la relación de gestión entre representante y representado.

Entre otras, la Resolución de 17 de septiembre de 2015 (BOE núm. 241/2015, de 8 octubre) denegaba la inscripción de una escritura que disponía la obligatoria autorización previa de la junta general para realizar determinadas operaciones, como la «*constitución de hipotecas, prendas o cualquier otra garantía real o personal para la seguridad de obligaciones de persona o entidad distintas de la poderdante, salvo que sean entidades pertenecientes al mismo grupo*».

La citada resolución decía que la trascendencia de las normas estatutarias en cuanto rectoras de la estructura y funcionamiento de la sociedad y la exigencia de precisión y claridad de los pronunciamientos registrales imponen la eliminación de toda ambigüedad e incertidumbre en la regulación estatutaria como requisito para su inscripción. Y añadía, con razón, que no tiene sentido inscribir y publicar en el Registro Mercantil una cláusula con eficacia meramente interna (en el ámbito de la exigencia de responsabilidad que la sociedad pudiera hacer valer frente al administrador que se hubiese extralimitado).

Pues bien, parece (es *obiter dicta*), que esta posición de la DGRN ha cambiado con la Resolución de 4 de abril de 2016 (BOE núm. 133/2016, de 2 junio) que afirma que una cláusula que requiera la autorización de la junta para «*la enajenación o adquisición de cualquier activo que no haya sido aprobado en el Plan de Negocio de la sociedad, y tenga un importe superior a 1.000.000 €*» podría tener acceso al Registro Mercantil «*si en la disposición estatutaria se deja a salvo lo dispuesto en el artículo 234 LSC*».

Es posible que este cambio de orientación tenga que ver con la regulación sobre activos esenciales (art. 160 f) LSC). Los operadores comienzan a mostrar interés en regular en los estatutos los activos que se consideran esenciales, entre otras cosas porque de ese modo la disposición sin acuerdo de la junta se torna un acto contrario a norma estatutaria con la consiguiente aplicación de la presunción de culpabilidad del (extraño) artículo 236.1 LSC. Si el ámbito del poder de representación de los administradores queda delimitado por el objeto y se entiende que la norma sobre atribución de competencia de la junta general no afecta a esto, la constancia en los estatutos carece de eficacia frente a terceros (con lo que pierde todo su sentido la coletilla «a salvo lo dispuesto en el artículo 234 LSC»), pero también la propia inscripción en el Registro Mercantil.

---

## Administradores

### Importantísima sentencia sobre acción individual de responsabilidad (STS 1ª núm. 473/2016 de 13 de julio)

#### I. Planteamiento

Como es sabido, el "patrimonio sobre el que incide el daño" es criterio de ordenación que determina el ámbito de aplicación de las acciones social e individual por daños contra los administradores de la sociedad (esta última no se suspende con el concurso de acreedores de ésta). Esta idea es reiterada por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 473/2016 de 13 julio [RJ 2016\3392] que se remite a lo dicho en la Sentencia del Tribunal Supremo ( Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm.396 /2013 de 20 de junio [RJ 2013\5187]:

« (...) doctrina y jurisprudencia han excluido que mediante la acción individual pueda el socio exigir al administrador social responsabilidad por los daños que se produzcan de modo reflejo en su patrimonio como consecuencia del daño causado directamente a la sociedad. Para que pueda aplicarse el art. 135 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas se requiere la existencia de un daño directo a los socios o a terceros. Si el daño al socio es reflejo del daño



*al patrimonio social solo puede ejercitarse la acción social de responsabilidad. En tal caso, la indemnización que se obtenga reparará el patrimonio social y, de reflejo, el individual de socios o terceros. (...)».*

La citada Sentencia de 2013 recordaba por eso que la mera invocación y prueba del cierre o la desaparición de hecho de la sociedad no es suficiente para declarar la responsabilidad de los administradores mediante la acción individual:

*«(...) cuando la actuación ilícita del administrador social ha perjudicado directamente a la sociedad, produciendo un quebranto en su patrimonio social o incluso su desaparición de hecho, la acción que puede ejercitarse es la acción social (...)».*

## II. Novedad jurisprudencial

La Sentencia del Tribunal Supremo reseñada de 13 de julio de 2016 introduce un matiz importante: si se acredita que, además de desaparición de hecho, hubo liquidación de activos y apropiación o distracción de lo obtenido puede haber cauce para el ejercicio de la acción individual (*«no sólo cerró de hecho la empresa, sino que liquidó los activos sin que conste a dónde fue a parar lo obtenido con ello»*).

El recurrente fue hábil al impugnar por infracción procesal la sentencia de la Audiencia Provincial (de Barcelona) que se negaba a reconocer tres hechos importantes para la resolución del caso: 1) que el demandado negoció y vendió los activos sociales de la sociedad administrada a otra entidad, por lo que percibió «determinado precio» (esto resultó fundamental); 2) que a la desaparición de hecho precedió un incremento de deudas de la sociedad administrada por el demandado (irrelevante) y 3) que el administrador demandado libró los pagarés a sabiendas de que no los iba a hacer efectivos (accesorio).

El Tribunal Supremo admite el recurso y declara probado que hubo liquidación de los activos sociales con desaparición de lo obtenido por tal liquidación: frente a la dificultad del acreedor demandante de probar lo contrario (que había bienes y que fueron distraídos o liquidados sin que se destinara lo obtenido al pago de las deudas), dificultad agravada por el incumplimiento del administrador de sus deberes legales de llevar a cabo una correcta liquidación, con la información correspondiente sobre las operaciones de liquidación, el administrador tiene facilidad para probar lo ocurrido, pues se refiere a su ámbito de actuación (aplica el art. 217.7 Ley de Enjuiciamiento Civil).

Acreditado lo anterior, se estima el recurso de casación y prospera la acción individual contra el administrador de la sociedad deudora porque:

- 1) La demanda no se limita a fundar la responsabilidad del administrador demandado respecto del impago de los créditos de la demandante en la falta de disolución y liquidación de la sociedad deudora. Aduce que el cierre de hecho iba ligado a una demora en la exigibilidad de los créditos de la demandante, mediante la emisión de unos pagarés, y la desaparición de los activos de la sociedad, que ha impedido la satisfacción de los créditos del demandante.
- 2) Se hizo el «esfuerzo argumentativo» que pide la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 253/2016 de 18 de abril [RJ 2016\1342] para entrar a estudiar la acción individual y hubiera correspondido a los administradores (principio de proximidad de la fuente probatoria) justificar que la disolución y liquidación ordenada de la sociedad no hubiera servido para pagar los créditos de la demandante, ordinariamente por la insuficiencia de activo.

La Sentencia concluye:

*«Si partimos de la base de que el administrador venía obligado a practicar una liquidación ordenada de los activos de la sociedad y al pago de las deudas sociales pendientes con el resultado de la liquidación, y consta que existían algunos activos que hubieran permitido pagar por lo menos una parte de los créditos, mientras el administrador no demuestre lo contrario, debemos concluir que el incumplimiento de aquel deber legal ha contribuido al impago de los créditos del demandante. En consecuencia, resulta procedente la estimación de la acción de responsabilidad y condenar al administrador demandado al pago del perjuicio sufrido por la demandada como consecuencia del cierre de hecho de la sociedad deudora, que ha supuesto el incumplimiento de los deberes de liquidación ordenada de la*



*sociedad. Perjuicio que, en este caso, a falta de prueba en contrario, viene representado por el importe de los créditos que, como consecuencia de aquel ilícito orgánico, la demandante no pudo cobrar».*

### III. Extensión judicial del ámbito de la acción individual.

Notesé que el argumento de que se demoró indebidamente el pago de la deuda mediante la emisión de los pagarés se utiliza aquí *ad maiorem* («*máxime cuando se demoró su exigibilidad mediante la emisión de unos pagarés que resultaron finalmente impagados*»). Lo determinante es la distracción o apropiación por el administrador de lo obtenido con la liquidación de los activos de la sociedad y estos son daños al patrimonio social y no daños directos. Aunque matizada y mejor argumentada, todavía estamos ante una extensión judicial del ámbito de aplicación de la acción individual de responsabilidad que ya se produjo en los años 90 (habrá que releer los hechos de las SSTs 1ª de 4 de noviembre de 1991 [RJ 1991\8143], 26 de diciembre de 1991 [RJ 1991\9604], 6 de noviembre de 1997 [RJ 1997\7888] o 4 de febrero de 1999 [RJ 1999\7335]).

Dicho eso: a) cuando los demandados acrediten que destinaron los activos procedentes de la liquidación al pago de otras deudas habrá que alegar el argumento de los *Quotenschaden* o «daños de cuota» (que son directos) y b) cuando el socio sea también administrador se puede considerar abonada «de hecho» una cuota de liquidación sin pagar a los acreedores (art. 399 LSC).

---

## De nuevo sobre el concepto de administrador de hecho

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm.224 /2016 de 8 de abril [RJ 2016\1232] ha tenido ocasión de volver sobre el concepto de administrador de hecho a los efectos de la calificación de los créditos en el concurso.

Prescindiendo de otros pormenores, el problema básico radicaba en que las sentencias de instancia consideraron que las entidades públicas SEPI y COFIVACASA (ésta segunda íntegramente participada por la primera) eran administradores de hecho de la compañía concursada (BPE), con las consecuencias correspondientes en orden a la calificación de los créditos derivados de la financiación pre-concursal concedida por aquellas entidades (sustancialmente un préstamo de más de dos millones de euros).

Pues bien, la Sentencia reseñada (después de indicar que, aunque el art. 236.3 LSC no era directamente aplicable al caso por razones temporales, podía servir de orientación) recordó la jurisprudencia en materia de administradores de hecho (entre otras, SSTs de 4 de diciembre de 2012, 22 de julio de 2015). Y la resumió señalando: «*Conforme a esta jurisprudencia, la noción de administrador de hecho presupone un elemento negativo (carecer de la designación formal de administrador, con independencia de que lo hubiera sido antes, o de que lo fuera después), y se configura en torno a tres elementos caracterizadores: i) debe desarrollar una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la sociedad; ii) esta actividad tiene que haberse realizado de forma sistemática y continuada, esto es, el ejercicio de la gestión ha de tener una intensidad cualitativa y cuantitativa; y iii) se ha de prestar de forma independiente, con poder autónomo de decisión, y con respaldo de la sociedad*».

El Tribunal Supremo entendió que en el caso específico que se sometía a su consideración no se dieron tales circunstancias porque, si bien el proceso privatizador encomendado a la SEPI supuso la adopción de medidas de estructuración y saneamiento, nunca comportó la asunción de la gestión ordinaria de la actividad ni la dirección de la actividad de la sociedad concursada, que siguió encomendada a sus órganos de administración, conforme a lo previsto en la legislación mercantil. No se asumió, por tanto, la dirección orgánica y funcional de la empresa. De hecho no llegó a acreditarse: 1) que SEPI o COFIVACASA hubieran impartido instrucciones sobre la contabilidad o sobre la formulación de las cuentas anuales; 2) que tales entidades hubieran fijado la política financiera de la concursada (por ejemplo mediante la participación en negociaciones o acuerdos con entidades de crédito o mediante el establecimiento de marcos de financiación); 3) que intervinieran en la selección o gestión de clientes; 4) finalmente, tampoco consta que SEPI o COFIVACASA intervinieran en la negociación de las relaciones laborales, ni que asumieran el papel de empleadores.

Así pues, concluyó el Tribunal Supremo, no se puede atribuir a las entidades públicas acreedoras la condición de «socias de control» (puesto que no solo no llegaron en ningún momento a adquirir la cualidad de accionistas, sino que ni siquiera consta que condicionaran sistemáticamente las decisiones de los órganos sociales). Y tampoco tienen la cualidad de «socias



ocultas», ya que sus funciones no eran de gestión o administración, sino únicamente de supervisión y control de los fondos públicos invertidos por la administración.

---

## Concepto de pérdidas y responsabilidad por no disolución (STS 1ª núm. 363/2016 de 1 de junio)

La defensa de los administradores demandados en acciones de responsabilidad por deudas como consecuencia del incumplimiento del deber de promover la disolución en caso de pérdidas (art. 367 LSC) se basa a menudo en que la situación patrimonial «real» o «material» de la compañía no era la que reflejaban las cuentas anuales.

Esta defensa puede servir para una pretensión de responsabilidad concursal ex artículo 172 bis de la Ley Concursal porque ahí se analizará si la continuación de la actividad de una sociedad en situación de sobreendeudamiento implica o no un traslado indebido del riesgo empresarial sobre los acreedores sociales y eso requiere tener en cuenta la situación real y no la situación meramente contable. En ese contexto (de proximidad a la insolvencia) se habla de elaborar un estado patrimonial específico acompañado de un pronóstico sobre la continuidad de la empresa. No se trata de aplicar una técnica puramente contable de balance. Es preciso realizar una valoración específica de activos y pasivos: el activo sólo tomará en consideración aquellos bienes que pudieran ser susceptibles de integrar una hipotética masa activa de un concurso futuro de acreedores y el pasivo sólo aquellas deudas que integrarían la masa pasiva.

Sin embargo, en las demandas de responsabilidad de administradores ex artículo 367 LSC el argumento no vale y se estará únicamente a lo que resulte de la contabilidad porque, dice el Tribunal Supremo (STS 1ª núm. 363/2016 de 1 de junio [RJ 2016\2309]):

*«Del mismo modo, la valoración del patrimonio de la sociedad, a efectos de compararlo con la cifra del capital social y determinar si concurre la causa legal de disolución, no puede quedar al libre arbitrio de los administradores sociales, sino que ha de realizarse conforme a unas determinadas reglas y principios, de carácter homogéneo, que son las de la contabilidad tal como viene determinada en las normas que la regulan.*

*Por ello, no es admisible el argumento impugnatorio que pretende diferenciar entre la "realidad material de la sociedad" y la fijada por el perito en base a criterios contables. Solo la situación patrimonial fijada en base a estos criterios contables puede tomarse en consideración para decidir si concurre la causa de disolución por pérdidas agravadas».*

---

## Cuentas anuales

### Prórroga tácita del contrato de auditoría

El artículo 22 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas establece que el contrato de auditoría (obligatoria) se prorrogará tácitamente por un plazo de tres años si una vez finalizado el periodo de contratación inicial o la prórroga del mismo, ni el auditor de cuentas o la sociedad de auditoría ni la entidad auditada manifestaren su voluntad en contrario *antes de la fecha de aprobación de las cuentas anuales auditadas correspondientes al último período contratado o prorrogado*. Es una norma a coordinar con el artículo 264 LSC, que establece que el nombramiento del auditor por la junta general lo será durante un plazo mínimo de tres años y máximo de nueve, *sin perjuicio de la regulación citada respecto de la posibilidad de prórroga*.

La regulación hay que completarla con el artículo 52.2 del Reglamento de la Ley de Auditoría de Cuentas (aprobado por Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre), que dispone el deber de comunicar la prórroga tácita al Registro Mercantil correspondiente al domicilio social de la entidad auditada, mediante acuerdo o certificado suscrito por quien tenga competencia legal o estatutaria en la entidad auditada, en un plazo que no podrá ir más allá de la fecha en que se presenten para su depósito las cuentas anuales auditadas correspondientes al último ejercicio del periodo contratado.



La resolución de la DGRN de 25 de mayo de 2016 (BOE núm. 140/2016, de 10 de junio) ha aclarado dos cuestiones importantes en relación con este deber de comunicación: a) no es necesario un acuerdo de la junta general para que tal prórroga se produzca, ya que deriva de la falta de declaración de voluntad en contrario, que a su vez es competencia del órgano de administración tanto si se realiza mediante una declaración expresa como si se realiza de forma tácita (mediante la convocatoria de la junta para un nuevo nombramiento ex art. 265.1 LSC); b) el plazo para la comunicación no puede exceder de siete meses desde que se haya cerrado el último ejercicio porque ese es el plazo máximo legal para el depósito de cuentas (arts. 164, 272 y 279 LSC) y c) el transcurso de ese plazo (como ocurre con los plazos para la inscripción de acuerdos) no debe impedir ni que la prórroga surta sus efectos ni que se inscriba en el Registro. Sólo en el caso de que durante dicho plazo se hubiera producido el nombramiento e inscripción de un auditor distinto por parte del registrador mercantil, éste sería el encargado de la auditoría porque, frente a la prórroga no inscrita, habría la necesidad de proteger a los terceros (art. 21 Código de Comercio).

Las consecuencias de tipo administrativo no las contempla la resolución, pero hay que tenerlas en cuenta (cfr. arts. 68 y ss. LAC y STS 3ª de 30 de abril de 2013).

---

## Es inscribible el nombramiento de un auditor voluntario realizado una vez concluido el ejercicio a auditar, incluso si el nombramiento es para un único ejercicio

Se cuestiona si se puede inscribir el nombramiento de un auditor voluntario realizado una vez concluido el ejercicio a auditar, y si es o no preciso que el nombramiento se efectúe por un mínimo de tres años, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 264.1 LSC («*La persona que deba ejercer la auditoría de cuentas será nombrada por la junta general antes de que finalice el ejercicio a auditar, por un periodo de tiempo inicial, que no podrá ser inferior a tres años ni superior a nueve [...]»*»)

La resolución de la DGRN de 20 de junio de 2016 (BOE núm. 175/2016, de 21 de julio) concluye que el artículo 264.1 tan solo rige para las sociedades *legalmente obligadas* a auditar sus cuentas, sobre la base del tenor literal del citado artículo: «*nótese el "deba" en relación con lo dispuesto en el artículo 263 LSC que determina en que casos las cuentas anuales "deberán" ser revisadas por un auditor»*.

Con base en esta interpretación, la DGRN manifiesta que las condiciones del nombramiento de un auditor por la junta general cuando este nombramiento se lleva a cabo sin imposición legal de acordarlo, no son las mismas que las del auditor que haya de obligatoriamente designarse. De conformidad con lo anterior, a) la junta general puede proceder al nombramiento voluntario de un auditor en cualquier momento, incluso ya cerrado el ejercicio auditable y b) el nombramiento no está sujeto al plazo previsto en el artículo 264.1 LSC, de manera que la junta general es libre para fijar el plazo o ejercicios para los que se nombra al auditor voluntario.

En la Resolución reseñada la Dirección General concluye que es inscribible el nombramiento voluntario de un auditor de cuentas realizado una vez concluido el ejercicio a auditar, y únicamente para auditar las cuentas de dicho ejercicio.

---

## Ampliación y reducción del capital social

### Impugnación (sin éxito) de acuerdo de aumento de capital por abuso de derecho

Un socio minoritario impugnó el acuerdo de aumento de capital adoptado el 31 de julio de 2012 por la junta general de una sociedad de responsabilidad limitada. El contravalor del aumento consistió en aportaciones no dinerarias (en concreto, se aportaba el dominio de determinadas fincas). El impugnante discutió, en primer lugar, la valoración atribuida a las fincas aportadas; y, en segundo término, alegó que el aumento de capital debía considerarse ilícito por cuanto su única finalidad sería la de diluir su participación en el capital. El Juzgado de lo Mercantil desestimó la demanda. Mediante Sentencia de 19 de febrero de 2016 [AC 2016\354], la Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 1ª) desestimó igualmente el recurso de apelación interpuesto por el demandante.



Circunscribiéndonos al problema de la finalidad ilícita del aumento de capital debe señalarse que el recurso se interpuso aduciendo que se había infringido el artículo 7 del Código Civil porque el acuerdo se había adoptado con abuso de derecho.

Frente a esta argumentación, la Audiencia Provincial de Pontevedra recordó que la figura del abuso de derecho sólo entra en juego como remedio extraordinario, en casos patentes y manifiestos. Y que, desde luego, no concurre abuso cuando la operación cuestionada (en este caso un aumento de capital) encuentra una justificación razonable (en este caso la incorporación al patrimonio social de fincas útiles para extender la actividad empresarial de la compañía mediante la construcción y explotación de un crematorio). En suma, no procedía declarar la ineficacia de un aumento de capital cuando no había quedado acreditado que su finalidad fuera la de perjudicar o dañar al actor mediante la dilución del valor de sus participaciones.

La Sentencia reseñada añade que, al margen de la comprobación de si se ha verificado un ejercicio antisocial del derecho o se ha producido un abuso de derecho, las decisiones empresariales sobre cómo afrontar determinadas situaciones no pueden ser objeto de control por la vía de la impugnación de los acuerdos sociales. Con esta afirmación la Audiencia sigue la idea de que el juicio de oportunidad inherente a las decisiones empresariales no debe ser sustituido por el juicio de oportunidad del juez («*corresponde a los empresarios la adopción de las decisiones empresariales, acertadas o no, sin que el examen del acierto intrínseco en sus aspectos económicos pueda ser fiscalizado por los Tribunales*»): STS 17 enero 2012 [RJ 2012\4981]; cfr., también, STS 12 julio 1983 [RJ 1983\4212]; SSAP de Madrid [sección 28ª] de 6 de febrero y 31 de mayo de 2012 [JUR 2012/113297; JUR 2012/234552] y 31 de mayo de 2013 [AC 2013\1348]; SSAP de Alicante [sección 8ª] de 24 de septiembre de 2009 [JUR 2009/470747] y 15 de julio de 2010 [AC 2010/1506]).

Por último, resulta importante destacar como por razones temporales la acción ejercitada se basó en el artículo 7 del Código Civil. No se tuvo en cuenta (aunque aparece transcrito por la AP) el actual contenido del artículo 204.1 LSC (introducido en 2014). Recuérdese que, según dicho precepto, a los efectos de la impugnación de un acuerdo social, «*la lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría*». Y que, a su vez, «*se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios*». Probablemente esta norma habría sido la invocada por el actor si hubiera resultado aplicable; aun cuando, a la vista de los hechos que se narran en la Sentencia, cabe aventurar que el resultado final del litigio seguramente hubiese sido el mismo.

---

## La realidad de una aportación dineraria puede acreditarse mediante certificación del depósito en una entidad de crédito que no opera en España

La exigencia del artículo 62 LSC de que la realidad de las aportaciones dinerarias se acredite «*mediante certificación del depósito de las correspondientes cantidades a nombre de la sociedad en entidad de crédito, que el notario incorporará a la escritura, o mediante su entrega para que aquél lo constituya a nombre de ella*» no puede interpretarse en el sentido de que se trate de una entidad de crédito española o autorizada para operar en España.

A esa conclusión llega la resolución de la DGRN de 7 de septiembre de 2016 (BOE núm. 236, de 30 de septiembre), al estimar el recurso interpuesto frente a la nota de calificación que suspendía la inscripción de la escritura de aumento de capital de una sociedad de responsabilidad limitada española, por entender que el certificado expedido por CBH- Compagnie Bancaire Helvetique (CBH) no cumplía lo prevenido en el artículo 62 LSC, ya que dicha entidad no puede ser considerada una entidad de crédito a efectos de la legislación española. Y ello a pesar de que se incorporó un certificado expedido por la Autoridad Federal Suiza de Vigilancia de Mercados Financieros en el que se indicaba que CBH estaba autorizada para actuar como banco y agente de valores en virtud de la Ley Federal sobre Bancos y Cajas de Ahorros y sometida a la supervisión de la Autoridad suiza de vigilancia de mercados financieros.

La DGRN no acoge esta interpretación, sino que considera que de la legislación española no puede concluirse que la aportación dineraria deba ser depositada necesariamente en una entidad habilitada para operar en territorio español y que, en las circunstancias del supuesto, puede concluirse que CBH es garante de la certeza del depósito dinerario, de su origen, integridad y destino, de suerte que la realidad del desembolso de la aportación dineraria resulta acreditada de modo equivalente al que se verificaría mediante certificación expedida por entidad de crédito española y queda satisfecho razonablemente el objetivo perseguido por el legislador de garantizar la integridad del capital social.



## Modificaciones estructurales

La aportación de una rama de actividad a otra sociedad puede llevarse a cabo de acuerdo con las reglas propias del aumento de capital

Como principio general resulta admisible la aportación de una rama de actividad a otra compañía a través de una mera operación de aumento del capital social —con cumplimiento de los requisitos establecidos para esta modificación estatutaria— sin necesidad, por tanto, de acudir a la figura de la segregación (y sin que se produzca, en consecuencia, una transmisión a título universal).

1. Uno de los problemas que planteó la promulgación de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles ("**LME**"), fue el de la posible coexistencia de las modificaciones estructurales típicas con otras operaciones (genéricamente encuadrables entre las operaciones de reestructuración empresarial) que pueden resultar funcionalmente similares. La cuestión se ha suscitado, con especial interés, en relación con la compatibilidad entre la segregación (art. 71 LME) y el régimen de la aportación de rama de actividad (en cuanto ambas operaciones pueden servir como instrumentos de filialización de sociedades). O, por mejor decir: la cuestión discutida ha sido si la aportación a otra sociedad de una rama de actividad debe realizarse siempre y necesariamente —dada la coincidencia en los intereses afectados— de acuerdo con las normas que regulan la segregación.
2. Pues bien, la Resolución de la DGRN de 22 de julio de 2016 (BOE núm. 226, de 19 de septiembre) ha venido a tomar partido en la discusión sobre si segregación y aportación de rama de actividad pueden seguir existiendo como figuras autónomas y con perfiles propios en nuestro Derecho (de manera que se ofrecería a los particulares la posibilidad de optar por una u otra vía). De esta manera la Dirección General aclara y precisa su postura, que no había quedado fijada de forma nítida en su Resolución de 11 de abril de 2016 (de la que ya se dio cuenta en el anterior Boletín de Sociedades nº 2/2016).
3. La postura del Centro Directivo es que (naturalmente) puede aportarse una rama de actividad a una sociedad —con el efecto de traspaso en bloque de activos y pasivos por sucesión universal— siempre que se respete lo dispuesto en la LME para la modalidad de modificación estructural de la aportante tipificada como «segregación». Pero la Dirección General entiende que es igualmente admisible que la aportación de una rama de actividad se configure como una operación de aumento de capital de la sociedad receptora (aunque, a falta de disposición legal expresa que lo establezca, sin que se produzca el efecto de transmisión a título universal).

Por tanto, según la Dirección General, es posible entender que la aportación de «rama de actividad» conserva sustantividad propia por las diferencias estructurales existentes entre la misma y la segregación (especialmente por la exclusión del efecto de sucesión universal en la primera de las dos operaciones).

Y, desde el punto de vista de la legislación positiva, la Dirección General apoya esta consideración en el hecho de que la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades, haya regulado, diferenciadamente, las operaciones de escisión y la de aportación (no dineraria) de rama de actividad (aunque, en rigor, no está del todo claro que la normativa fiscal contemple esta distinción en los precisos términos en que se plantea por la DGRN, por cuanto en los casos de escisión parcial impone que las acciones o participaciones representativas del capital social de la adquirente se atribuyan a los socios de la transmitente en proporción a sus respectivas participaciones, reduciendo el capital social y las reservas en la cuantía necesaria).

4. Por lo demás, y ya en un plano material, la Resolución reseñada estima que con el cumplimiento de los requisitos establecidos para la modificación estatutaria correspondiente (aumento de capital cuyo contravalor está constituido por la aportación —no dineraria— de una rama de actividad) quedan suficientemente protegidos los distintos intereses en juego:
  - a) Los de los socios de la sociedad adquirente quedan suficientemente tutelados con la aplicación de las normas propias de los aumentos de capital con aportaciones no dinerarias (régimen de responsabilidad del aportante, informe de los administradores, mayorías o quórumos cualificados, informe de experto independiente si se trata de una sociedad anónima, etc.).





- b) Los de los terceros —significativamente acreedores— porque el capital de las sociedades participantes, bien permanece invariable (el de la aportante), bien incluso se aumenta (el de la receptora), de manera que no sufre reducción la garantía de los acreedores. Más aún: dado que la transmisión no se realiza a título universal, los acreedores de la sociedad aportante se encuentran protegidos por la regla general en materia de asunción de deudas, según la cual es necesario su consentimiento individualizado para que sea eficaz frente a ellos la modificación del sujeto pasivo de la relación jurídica con alcance liberatorio (sin perjuicio de la eficacia *inter partes* de los pactos que hubieran alcanzado ambas sociedades en cuanto a la asunción de las deudas inherentes a la rama de actividad aportada).
- c) Los intereses de los trabajadores, por su parte, quedan protegidos por la aplicación de la normativa laboral relativa a los supuestos de cambio de titularidad de la empresa.

5. Ahora bien, el punto más delicado hace referencia a los intereses de los socios de la compañía aportante. Por supuesto, si la unidad económica aportada tiene el carácter de «activo esencial» en el sentido del artículo 160.f LSC será preciso el acuerdo de la junta general (lo que se supone que debería constituir garantía suficiente).

Pero, según la propia Dirección General, el problema se agudiza cuando, atendiendo a las circunstancias, ocurra que la operación de aportación de una rama de actividad suponga, de hecho, una verdadera modificación estructural (por afectar «a la estructura patrimonial o personal de la sociedad»). Pues bien, cuando esto suceda —y la cuestión es, justamente, saber cuándo sucede— debería respetarse, según la DGRN, el procedimiento más riguroso establecido para la segregación (en el caso concreto planteado el problema fue obviado porque los acuerdos se adoptaron por unanimidad en juntas universales de ambas sociedades).

6. Esta última consideración es la que permite afirmar que la posición de la DGRN, siendo clara desde el punto de vista de la construcción jurídica (otra cosa es que se comparta en mayor o en menor medida), dejará aún cierto espacio para la duda.

En efecto, en el plano teórico la Resolución ahora reseñada admite que puede efectuarse una aportación de rama de actividad sin necesidad de recurrir al expediente de la segregación (siempre que se cumplan los requisitos legales del aumento de capital con aportaciones *in natura* y que se respete la ley de circulación propia de cada uno de los distintos elementos patrimoniales, que se transmitirán a título particular).

Pero este planteamiento decae cuando la aportación de rama de actividad presenta características que permitan considerarla como una verdadera modificación estructural porque, en tal caso, será necesario encauzar la operación a través de los cauces de la segregación (salvo que todos los socios consientan en la operación). Y la cuestión (difícil) radica, precisamente, en saber cuándo se dan tales circunstancias, con la carga de incertidumbre que ello comporta.

---

## Requisitos de publicidad del acuerdo de transformación de sociedad civil en sociedad limitada

No hace falta ni publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil ("**BORME**") y diario ni comunicación individual para inscribir la transformación de sociedad civil en sociedad de responsabilidad limitada acordada por todos los socios cuando del balance de transformación incorporado a la escritura se desprende, además, que no hay acreedores.

En tres Resoluciones de 23 de junio de 2016 (todas ellas publicadas en el BOE núm. 180, de 27 de julio) la DGRN se ha pronunciado sobre los requisitos de publicidad que deben acompañar, para su inscripción en el Registro Mercantil, al acuerdo de transformación de una sociedad civil en sociedad de responsabilidad limitada.

La Dirección General recuerda que, con arreglo al artículo 14 LME, y por lo que concierne específicamente a los socios, no es precisa ni la publicación del acuerdo de transformación en el BORME y uno de los diarios de mayor circulación de la provincia ni, tampoco, la comunicación individual del mismo, cuando el referido acuerdo ha sido adoptado de forma unánime por todos los socios.



En cuanto a los acreedores sociales, el requisito de la publicación o notificación del acuerdo de transformación no se vincula con la posibilidad de influir de alguna manera sobre la modificación estructural (como ocurre con el «derecho de oposición» reconocido en relación con otras modificaciones estructurales o estatutarias: arts. 44, 73, 88 y 100 LME y 334 LSC). Pero debe recordarse, en todo caso, que la transformación de sociedad civil en sociedad limitada puede afectar a los intereses de los acreedores sociales puesto que, sin necesidad de consentimiento de éstos, la responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad transformada contraídas con anterioridad a la transformación de la sociedad prescribirá a los cinco años a contar desde la publicación de la transformación en el BORME (art. 21 LME).

Siguiendo lo dispuesto en el art. 14 LME (y supuesta la adopción del acuerdo con el consentimiento de todos los socios), la Dirección General afirma que no será necesario acreditar la publicación del correspondiente anuncio de transformación en el BORME y en uno de los diarios de gran circulación de la provincia en que la sociedad tenga su domicilio, si en la escritura de transformación el administrador o persona competente para elevar a público el acuerdo de transformación manifiesta que se ha realizado la comunicación individual por escrito a todos y a cada uno de los acreedores que exige la norma legal o si se manifiesta —en dicha escritura o en el propio acuerdo de transformación— que no existen acreedores.

De ahí que, compareciendo en su propio nombre todos los socios al otorgamiento de la escritura de transformación (y estando debidamente representada por todos o por algunos de ellos la sociedad civil), y habiéndose aprobado por unanimidad la transformación y el correspondiente balance (firmado por todos los socios e incorporado a la escritura) del que se deduce la inexistencia de acreedores, resulta innecesaria la publicación del acuerdo de transformación en el BORME y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio de la sociedad.

---

## Sociedades cotizadas

Guía técnica de buenas prácticas para la aplicación del principio «cumplir o explicar», publicada por la CNMV el 15 de julio de 2016

El 15 de julio de 2016 la Comisión Nacional del Mercado de Valores («**CNMV**») publicó la *Guía Técnica de Buenas Prácticas para la Aplicación del Principio «cumplir o explicar»*. Este principio recogido en el artículo 540.4 g) LSC obliga a las sociedades cotizadas españolas a incluir en el informe anual de gobierno corporativo «el grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo, o en su caso, la explicación de la falta de seguimiento de dichas recomendaciones».

Tal y como ha venido poniendo de manifiesto la CNMV en los Informes de Gobierno Corporativo que publica cada año —incluido el correspondiente al ejercicio 2015, en el que ya se hace mención a la Guía Técnica— las sociedades cotizadas españolas no cumplen adecuadamente con el mencionado principio, siendo las explicaciones ofrecidas en el informe anual de gobierno corporativo insuficientes para proporcionar a los accionistas, a los inversores y al mercado en general la información que merecen.

El propósito perseguido por esta Guía es: a) dar a conocer y promover la aplicación de la Recomendación de la Comisión Europea de 9 de abril de 2014, sobre la calidad de la información presentada en relación con la gobernanza empresarial («cumplir o explicar»); b) establecer consideraciones adicionales propias del Código de Buen Gobierno publicado por la CNMV el 18 de febrero de 2015 (el «**CBG**»); y c) concienciar a los consejeros sobre la necesidad de realizar, antes de proceder a la cumplimentación de informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas, un estudio acerca de la conveniencia de aplicar o no cada una de las recomendaciones del CBG para, en su caso, dotar a dicho informe de la información y las explicaciones pertinentes.

Por tanto, las principales cuestiones que deben tener en cuenta los consejeros de las sociedades cotizadas españolas a la hora de cumplimentar el informe anual de gobierno corporativo, cuando desatendan, completa o parcialmente, la aplicación de alguna de las recomendaciones incluidas en el CBG, son:

1. Indicar claramente qué recomendaciones específicas no se han aplicado.
2. Explicar: (i) de qué manera se ha desatendido la recomendación en cuestión; (ii) el procedimiento concreto seguido por la sociedad para tomar la decisión de desatender la recomendación y las razones para ello; (iii) si con ello se



alcanzan en mejor o igual medida los objetivos que se deducen del contenido enunciado por el correspondiente principio del CBG; y (iv) si la falta de seguimiento de la recomendación es consistente con el interés social y el espíritu del CBG, contribuyendo con ello a la rentabilidad, continuidad y sostenibilidad de la empresa en el largo plazo y a un mejor y más eficaz gobierno de la sociedad.

3. En el supuesto de no aplicación temporal, explicar cuándo se prevé atender dicha recomendación específica.
4. Cuando proceda, describir la medida adoptada en lugar del cumplimiento de la recomendación y explicar cómo contribuye esa medida al logro del objetivo subyacente de la recomendación específica o del código en su conjunto y aclarar cómo contribuye a la buena gobernanza empresarial.
5. Facilitar información lo suficientemente clara, exacta y completa que permita a los accionistas, los inversores y otras partes interesadas evaluar las consecuencias derivadas de la no aplicación de una recomendación específica.

Por último, la Guía Técnica incluye una serie de ejemplos reales, donde se muestran errores comúnmente cometidos por las sociedades cotizadas españolas en sus informes anuales de gobierno corporativo y ofrece un catálogo de posibles respuestas a las cuestiones que se plantean, las cuales cumplen fielmente con el principio «cumplir o explicar».

---

Para cualquier duda, póngase en contacto con su abogado de referencia en Gómez-Acebo & Pombo o con las personas que abajo se indican:

**Estibaliz Aranburu**

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

**Fernando de las Cuevas**

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

**Íñigo Erlaiz**

Socio, Madrid  
Tel.: (+34) 91 582 91 00  
ierlaiz@gomezacebo-pombo.com

**Fernando Igartua**

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

**David Gonzalez**

Socio, Madrid  
Tel.: (+34) 91 582 91 00  
dgonzalez@gomezacebo-pombo.com

**Daniel Marín**

Socio, Barcelona  
Tel.: (+34) 93 415 74 00  
dmarin@gomezacebo-pombo.com

**Alfonso Areitio**

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

**Mónica Weimann**

Socia, Londres  
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407  
mweimann@gomezacebo-pombo.com

**Francisco Fita**

Socio, Valencia  
Tel.: (+34) 96 351 38 35  
ffita@gomezacebo-pombo.com

---

Para más información, consulte nuestra web [www.gomezacebo-pombo.com](http://www.gomezacebo-pombo.com) o diríjase al siguiente email de contacto: [info@gomezacebo-pombo.com](mailto:info@gomezacebo-pombo.com).