



Sociedades

Área de Mercantil de Gómez-Acebo & Pombo

2022 N.º 23

Contenido

Análisis	4		
— Precontrato para el nombramiento de administrador en sociedad filial. Alberto Díaz Moreno, Consejero académico de GA_P	4		
— Amortización anticipada de préstamos participativos. Fernando Marín de la Bárcena, Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid	11		
Práctica Societaria	17		
• Pactos parasociales	17		
— Mayoría reforzada del 90 por 100 en pacto parasocial de sociedad limitada (SAP Barcelona de 27 de julio de 2021)	17		
• Estatutos	18		
— Convocatoria de la junta mediante burofax con acuse de recibo e interpretación de los estatutos (RDGSJFP de 3 de diciembre de 2021)	18		
— Criptomonedas: qué es y qué no es actividad regulada (RDGSJFP de 16 de diciembre de 2021).	19		
— Doctrina de la DGSJFP: la inclusión en el objeto social de actividades relacionadas con las finanzas no constituye <i>per se</i> actividad regulada (RDGSJFP de 10 de noviembre de 2021)	20		
• Junta general	21		
		— Nulidad de junta general por infracción del derecho de información de los socios (STS de 5 de octubre de 2021)	21
		— Convocatoria realizada por administrador con cargo caducado para cambiar la estructura del órgano de administración y designar nuevo administrador y solapamiento con una convocatoria registral (RDGSJFP de 31 de enero de 2022)	22
		• Administradores	23
		— Tampoco en caso de reelección puede la junta fijar un plazo de ejercicio del cargo de administrador diferente al señalado en los estatutos (RDGSJFP de 23 de diciembre de 2021)	23
		• Cuentas anuales	24
		— La renuncia del auditor nombrado por el registrador mercantil no elimina la necesidad del informe de auditoría para el depósito de las cuentas (RDGSJFP de 19 de enero de 2022)	24
		— De nuevo sobre el ámbito de la calificación del registrador en el depósito de cuentas (RDGSJFP de 21 de febrero de 2022)	25
		• Disolución y liquidación	26
		— Otorgamiento de la escritura de liquidación de la sociedad extinguida y cancelada como consecuencia de la conclusión del concurso (RDGSJFP de 4 de octubre de 2021)	26
		• Separación de socios	27

— Un supuesto de ejercicio abusivo de derecho de separación del artículo 348 <i>bis</i> LSC (STS de 25 de enero de 2021)	27
• Tendencias regulatorias	28
— Las sociedades de responsabilidad limitada podrán constituirse con 1 euro de capital social.....	28
• Fiscalidad	31
— Aplicación de las limitaciones previstas en el TRLIS para la compensación de bases imponibles negativas en operaciones de reestructuración empresarial (STS de 10 de diciembre de 2021).....	31

Análisis

Precontrato para el nombramiento de administrador en sociedad filial

Alberto Díaz Moreno

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

El Tribunal Supremo entiende que la relación entablada entre la sociedad demandada y el actor con vistas al nombramiento de éste como consejero en una filial de la primera tenía la naturaleza de un verdadero «precontrato» y ello la obligaba, en su condición de entidad dominante, a realizar las actuaciones precisas para que se produjera dicha designación.

1. Antecedentes

Se demandó a una sociedad anónima cotizada por incumplimiento de contrato reclamando una indemnización por daños y perjuicios. El contrato que se estimaba incumplido tenía por contenido el nombramiento del actor como administrador —primero— y como consejero delegado —después— de una sociedad dominada por la compañía demandada. Con carácter previo a este nombramiento, y por la incompatibilidad existente, el actor debía poner fin

a su relación de prestación de servicios de alta dirección con determinado grupo empresarial extranjero competidor (cosa que efectivamente hizo). El incumplimiento aducido —finalmente no se llevó a cabo la designación prevista— se debió a un cambio en el accionariado de la demandada (vía aumento de capital) que determinó una alteración en la composición de su órgano de administración y en el de la sociedad filial en el que debía integrarse el demandante; esta alteración se tradujo, finalmente, en el nombramiento de un consejero delegado distinto al inicialmente previsto.

La demanda fue estimada parcialmente por el Juzgado de Primera Instancia (con una reducción sustancial de la indemnización concedida con respecto a la reclamada). Los recursos de apelación de ambas partes fueron desestimados por la Audiencia Provincial (SAP Madrid [19.ª] 403/2018, de 7 de noviembre [ECLI:ES:APM:2018:18843]).

Finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo 913/2021, de 23 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:4948), estimó el recurso de casación formulado por el demandante (referido a la cuantía de la indemnización) y resolvió que la base de la liquidación de la indemnización solicitada debía venir constituida por las cantidades dejadas de percibir por el actor como consecuencia de la resolución de su relación contractual con el grupo empresarial al que antes estuvo vinculado (importes de los que habrían de deducirse los eventualmente percibidos por cualquier otra actividad profesional que no habría podido desarrollar en caso de que finalmente hubiera sido nombrado administrador según lo previsto).

Por el contrario, se desestimaron los recursos extraordinarios por infracción procesal interpuestos por ambas partes y el de casación presentado por la demandada.

En este último recurso —articulado en cuatro motivos— se venía a discutir, en sustancia, si la relación entablada entre las partes —evidenciada en diversos actos y comunicaciones— debía calificarse de precontrato (tesis sostenida por la Audiencia) o de meros tratos preliminares (opinión defendida por la demandada recurrente) y las consecuencias de tal calificación.

En estas líneas nos centraremos, precisamente, en cómo se trata y resuelve esta última cuestión en la sentencia reseñada, cuya argumentación giró, en síntesis, en torno a las ideas que se exponen seguidamente.

2. Precontrato frente a tratos preliminares

2.1. *La existencia de un verdadero precontrato de administración societaria. Formación y contenido obligacional*

Partiendo de que la interpretación de los contratos compete a los tribunales de instancia y no puede ser revisada en casación, salvo cuando sea contraria a las normas legales que regulan la interpretación de los contratos o se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario, la Sentencia del Tribunal Supremo 913/2021 respaldó la calificación de la relación existente entre las partes del litigio como precontrato.

En efecto, siguiendo lo ya señalado en su Sentencia 60/2008, de 30 de enero (RJ 2008\340), el Tribunal Supremo (TS) recordó las siguientes características de esta figura: a) es un proyecto de contrato, en el sentido de que las partes, por el momento, no quieren o no pueden celebrar el contrato definitivo y se comprometen a hacer efectiva su conclusión en tiempo futuro b) contiene ya los elementos del contrato definitivo, cuya perfección las partes aplazan; c) ya es un contrato completo que contiene sus líneas básicas y todos los requisitos, teniendo las partes la obligación de colaborar para establecer el contrato definitivo; d) la relación jurídica obligacional nace en el precontrato y en un momento posterior se pone en vigor el contrato preparado, y e) no se necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio precontractual. Así pues, el llamado *precontrato*, *contrato preliminar* o *preparatorio* o «*pactum de contrahendo*» tiene por objeto constituir un contrato y exige como nota característica que en él se halle perfilada una relación jurídica con sus elementos básicos y todos los requisitos que las partes deben desarrollar

y desenvolver en un momento posterior; su efectividad o puesta en vigor se deja a voluntad de ambas partes contratantes (STS 788/2005, de 13 de octubre [RJ 2005\7235]). Por tanto —añade el Tribunal Supremo— el precontrato supone el final de los tratos preliminares y no constituye una fase de ellos.

Con base en las consideraciones expuestas sobre la figura del precontrato, el Tribunal Supremo asumió en sus puntos esenciales la argumentación de la Audiencia para concluir —en contra de lo alegado por la demandada— que, efectivamente, concurrió en este caso el consentimiento de las partes sobre el objeto y la causa del contrato y que, por tanto, existió un verdadero precontrato de administración y no unos «meros» tratos preliminares. Según afirma la Sentencia 913/2021, hubo, de un lado, una oferta contractual —contenida en una carta dirigida por la demandada al actor el 26 de septiembre del 2014— en la que quedaron definidos los elementos básicos del contrato, esto es, el hecho del nombramiento del actor como consejero (para, posteriormente, ser nombrado consejero delegado), las condiciones económicas o retributivas aplicables (retribución fija, *bonus* y aportaciones al plan de pensiones) y la fecha en que dicho nombramiento había de tener lugar (el 19 de noviembre inmediato, con efectos el 1 de diciembre). De otro lado, y según recordó también la Audiencia, la aceptación de las condiciones ofertadas, si bien no constó documentalmente, se produjo de forma tácita y quedó evidenciada en los propios actos del actor, muy especialmente en la resolución

por parte del demandante —como era preceptivo según los estatutos de la compañía en cuyo consejo debía integrarse— de su relación de prestación de servicios (alta dirección) con otro grupo empresarial que había de estimarse competidor.

El Tribunal Supremo subrayó que, de esta manera, y complementado por las previsiones legales y estatutarias aplicables, quedó prefigurado el contenido de la relación —orgánica y contractual— de servicios —de administración y representación— que debía instaurarse entre la sociedad filial de la demandada y el actor como consejero delegado (y que, en su momento, debería quedar reflejado también en un contrato, conforme al artículo 249.3 de la Ley de Sociedades de Capital [LSC]).

En otros términos: según la resolución comentada, quedaron concretadas las condiciones del contrato (de administración ejecutiva) que había de llevarse a efecto y su fecha de efectividad, sin que fueran precisas nuevas declaraciones de voluntad, sino la realización de los actos de ejecución necesarios para hacer posible la realidad del nombramiento.

En concreto, por parte de la sociedad demandada resultaba necesario el acuerdo previo de su consejo de administración, al cual había de sumarse el posterior de la junta general de su filial de designación del nuevo consejero; adicionalmente, para el nombramiento del actor como consejero delegado era precisa la conformidad de, al menos, las dos terceras partes de los miembros del consejo

de la sociedad dominada. Para la solución del caso era importante tener en cuenta —y así lo subrayó el Tribunal Supremo— que estas decisiones y actos dependían, de hecho, de la voluntad de la demandada, dada su condición de socio mayoritario y dominante de la compañía de la que debía ser designado administrador el demandante.

Y, por parte del demandante, había de formalizarse —como ya se ha indicado— la resolución del contrato que lo vinculaba como alto directivo con otro grupo empresarial (lo que se ejecutó mediante la suscripción en diciembre del 2014 del llamado *Acuerdo Mutuo de Rescisión*).

2.2. *El incumplimiento de la obligación asumida por la dominante de procurar que los órganos de la filial adoptaran determinadas decisiones*

Según señaló el Tribunal Supremo, el precontrato de administración concluido obligaba a las partes a colaborar para establecer el contrato definitivo (art. 1258 CC). Lo que sucedió es que dicha obligación fue incumplida por la compañía demandada (mientras que, por el contrario, el demandante, al resolver eficazmente el contrato de alta dirección suscrito con otra sociedad, sí llevó a cabo las actuaciones precisas para poner en vigor el contrato). Como apuntó la sentencia de segunda instancia, no se trató del incumplimiento por parte de la filial del contrato de administración (ya que nunca se llegó a producir el nombramiento); de hecho, no se demandó a esta compañía, sino a la matriz, en razón del incumplimiento de lo que

le correspondía realizar en virtud del acuerdo alcanzado.

En su defensa, la demandada desgarnó un conjunto de razones que venían a negar, con diversos fundamentos, que fuera procedente reconocer al actor el derecho a cualquier indemnización por daños y perjuicios. Todos estos motivos resultaron desestimados en la sentencia reseñada. Veámoslo brevemente:

- a) El Tribunal Supremo se detuvo, en primer lugar, en examinar la alegación relativa a que el precontrato —caso de existir, lo que la demandada negaba— debía considerarse nulo por infringir los artículos 249, 249 bis, 529 terdecies y 529 quincecenas LSC. Básicamente se aducía que el nombramiento de consejero delegado constituye una competencia indelegable del consejo de administración de la sociedad en cuestión (la filial), de forma que en ningún caso podía la demandada asumir contractualmente el compromiso de su designación. Lo pactado, por tanto, era contrario al régimen legal imperativo.

La sentencia reseñada no compartió, sin embargo, la tesis de la demandada. Antes bien, entendió que el nombramiento por los órganos de la sociedad filial de la demandada —que resultaba necesario para el buen fin de lo acordado— constituía una actuación que debía ser procurada por la propia demandada. De esta manera, adoptando

decisiones que estaban en su mano por su condición de socio mayoritario y dominante, habría satisfecho su obligación de colaborar activamente en el cumplimiento del precontrato. En suma: el cumplimiento cabal del precontrato que vinculaba a demandante y demandada no habría supuesto infracción alguna de las normas societarias imperativas. Por el contrario, simplemente requería de la compañía demandada la promoción de las actuaciones necesarias para cumplir tales normas.

- b) En relación con lo anterior cabe señalar que la demandada adujo también que la infracción de meros tratos preliminares —que, según su criterio, es lo que existió entre las partes— no puede dar lugar a indemnización de daños y perjuicios y que, en todo caso, la decisión de no nombrar consejero delegado a una determinada persona, por ser una decisión «soberana» y corresponder en exclusiva al órgano de administración, no puede dar lugar a una obligación de reparar a cargo de la sociedad o de sus socios.

Pues bien, en la sentencia reseñada se indicó que el recurso partía en este punto de una premisa inexacta, puesto que se había rechazado que las relaciones entabladas entre las partes litigantes se redujeran a meros tratos preliminares. Pero, además, se añadió que el hecho de que el consejo de la sociedad

dominada por la demandada sea «soberano» para decidir sobre el nombramiento de su consejero delegado no contradice lo anterior. En efecto, ya quedó apuntado con anterioridad que la demandada se obligó mediante el precontrato a colaborar de forma activa para que finalmente se produjese ese nombramiento, lo que entraba dentro de su ámbito de poder decisorio al ostentar la posición de socio mayoritario y dominante.

Y, si este nombramiento no llegó a producirse como estaba previsto (y comprometido), fue porque, debido a las negociaciones entre la demandada y un grupo inversor, cambió la composición del consejo de administración de aquella compañía y de los consejos de sus participadas y filiales. Ello determinó que no se designara para el puesto de consejero delegado al actor, sino a otra persona. En términos prácticos, la demandada se desentendió de los compromisos contraídos en el precontrato para dar curso y satisfacer otras obligaciones (incompatibles con dichos compromisos) asumidas frente a otros sujetos.

- c) Adicionalmente, el Tribunal Supremo negó que se hubiera producido un incumplimiento voluntario por parte del propio demandante, que la demandada cifraba en que no habría aceptado su nombramiento en la fecha que se le propuso

inicialmente, esto es, el 1 de diciembre del 2014 (a este respecto, subrayó que, en una reunión celebrada en septiembre del 2014, la Comisión de Nombramientos y Retribuciones del consejo de la sociedad filial de la demandada acordó proponer el nombramiento del actor como nuevo administrador y consejero delegado con efectos de 1 de diciembre del 2014).

El alto tribunal analizó los hechos acreditados y concluyó que el precontrato no estaba sometido a condición (no lo era la necesaria resolución del contrato del demandante con el grupo empresarial al que prestaba servicios como alto directivo) y que la fecha prevista para la efectividad de su nombramiento no se fijó con el carácter de término esencial (carácter que tampoco podía estimarse implícito en lo pactado). Por tanto, en estas condiciones, el retraso en la fecha propuesta en un principio no podía tener transcendencia resolutoria ni justificar el incumplimiento recíproco del precontrato por parte de la sociedad demandada, tanto más cuanto que el retraso fue debido a que la previa extinción de la relación del demandante con el grupo empresarial al que prestaba servicios de alta dirección (necesaria, por resultar incompatible con el cargo para el que iba a ser nombrado el actor) exigía el cumplimiento de ciertos trámites (entre ellos la comunicación a la Bolsa de Zúrich) que

requirieron cierto tiempo (de hecho, incluso se convocó una reunión del consejo para el 12 de enero del 2015 con la intención de llevar a cabo el nombramiento del actor, lo que —como sabemos—finalmente no ocurrió).

3. Una consecuencia de la existencia de un precontrato (el plazo de prescripción)

La sociedad recurrente en casación alegó la prescripción de la acción ejercida. En efecto, partiendo de la premisa de que la relación entre las partes no había pasado de simples «tratos preliminares», razonó que la responsabilidad exigida sólo podría tener naturaleza extracontractual y que, por tanto, había ya expirado el plazo de prescripción de un año (art. 1968 CC) cuando se formuló la demanda que originó el litigio (afirmación que, a su vez, se apoyaba en la consideración de que la demanda previamente presentada ante el Juzgado de lo Mercantil —que se declaró incompetente y no dio traslado de la demanda— no interrumpió el plazo de prescripción).

El Tribunal Supremo reconoció, por supuesto, que la *culpa in contrahendo*, al faltar relación contractual, aparece como aquiliana, en atención a la producción de una violación del principio *neminem laedere*. La calificación de la correspondiente responsabilidad como extracontractual comporta la aplicación del artículo 1902 del Código Civil (CC) y, efectivamente, somete la acción para su exigencia al plazo de prescripción de un año previsto en el artículo 1968.2.º de la misma norma. Ahora bien, ésta no era la situación en el caso litigioso, puesto que se había determinado previamente que la relación entre las partes respondía al esquema del precontrato. Por tanto, no tratándose de

tratos preliminares, no podía haber responsabilidad extracontractual; antes bien, al calificarse la relación existente de precontrato, la responsabilidad derivada no podría ser sino de carácter contractual y la acción

para exigirla se encontraba sujeta al plazo general de prescripción del artículo 1964 CC. En consecuencia, y dado que la demanda se presentó en enero del 2016, en ningún caso podía considerarse prescrita la acción.

Análisis

Amortización anticipada de préstamos participativos

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 decisión de amortizar anticipadamente un préstamo participativo puede tener su origen en razones de variada índole.

Los intereses de los préstamos participativos otorgados por entidades del mismo grupo a partir del 20 de junio de 2014 no son deducibles desde la reforma de la Ley del Impuesto de Sociedades (LIS) —artículo 15 a)—, por lo que mantener el pago de los mismos, si se cuenta con la posibilidad —financiera y jurídica— de amortizar anticipadamente el préstamo, puede ser contrario al interés social. Con más razón habría que amortizar aquellos «préstamos» que la Agencia Tributaria haya resuelto «recalificar» como aportación a capital (en lo que se refiere a préstamos anteriores a la citada fecha).

La decisión puede tener también su origen en un cambio de control de la compañía, que puede requerir el pago por la sociedad del préstamo concedido por los socios salientes y resultar conveniente la amortización anticipada de dicho préstamo.

En las líneas que siguen analizaremos dos cuestiones.

En el Apartado 2 analizaremos el contenido de la obligación legal de ampliar los fondos propios tipificada en el artículo 20 Uno b) del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica (en adelante, RDL 7/1996): si necesariamente realizando nuevas aportaciones o mediante una simple recalificación de reservas, la cuantía (si la inicial del préstamo o la pendiente de amortización) o el período de tiempo (si alguno) durante

el cual debe mantenerse el refuerzo de los fondos propios.

En el apartado 3 analizaremos las consecuencias del incumplimiento de esta obligación para todas las partes implicadas.

2. La amortización anticipada de los préstamos participativos

2.1. Régimen legal

El artículo 20 Uno b) del RDL 7/1996 establece lo siguiente sobre la amortización anticipada de los préstamos participativos:

«b) Las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. En todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos».

A la vista del tenor literal de la norma, se pueden realizar algunas consideraciones preliminares:

- a) El legislador español considera válido el pacto de amortización anticipada del préstamo participativo (a instancia del prestatario) incluido en el propio préstamo, ya que contempla incluso la posibilidad de pactar para ese caso una «cláusula penal» (no ligada a la idea de incumplimiento ni por tanto al art. 56 del Código de Comercio). Nótese que se parte de que

el préstamo tiene plazo, ya que en otro caso se consideraría un préstamo «a la vista» a reclamar cuando el prestamista lo considere y que no parece conforme a la naturaleza misma de este tipo de préstamos.

- b) La obligación legal de «compensar» la amortización mediante una ampliación de los fondos propios «de igual cuantía» sólo procede cuando es la sociedad prestataria quien ejerce su facultad de amortización anticipada y no cuando ello responda a la decisión del prestamista (*v.gr.* por darse alguna de las causas previstas en el contrato como incurrir la sociedad prestataria en causa de disolución, cesar en la actividad, destino a fin distinto del pactado, etc.).
- c) No obstante lo anterior, es razonable pensar que la obligación también se aplica cuando la amortización anticipada es fruto de un acuerdo *ad hoc* entre las dos partes o cuando se trata de una amortización promovida por el prestamista pero «buscada» por la sociedad prestataria (con las dificultades probatorias inherentes).

2.2. Fundamento y contenido de la obligación de dotar los fondos propios

La obligación de realizar una ampliación de los fondos propios «de igual cuantía» se fundamenta en la necesidad de proteger a los acreedores no participativos respecto de la permanencia del crédito participativo (que

es un crédito subordinado) durante más tiempo que la del suyo, teniendo a la vista que la sociedad habrá eludido sus deberes de disolución obligatoria por pérdidas al beneficiarse del régimen excepcional de contabilización de estos préstamos como patrimonio neto (art. 20 Uno d) RDL 7/1996).

Dicha protección se puede lograr de dos maneras: a) mediante el establecimiento de un plazo mínimo legal de duración de este tipo de préstamos, como ocurre en algunos ordenamientos; y b) mediante la configuración de cautelas para el caso de amortización anticipada y, en particular, una obligación de dotar los fondos propios de la compañía en una cuantía equivalente, que es la opción elegida por el legislador español.

De este modo, el ámbito de protección de esta norma se puede definir como sigue:

- a) **Subjetivo:** la norma protege a los acreedores no participativos (contractuales, legales o extracontractuales) cuyos créditos hayan nacido antes de la publicación en la memoria de las cuentas anuales del hecho de su amortización. A partir de ese momento, los acreedores no podrán alegar que confiaron en la subsistencia del préstamo participativo (financiación subordinada) referido en la memoria ni que, por tanto, hayan sido afectados por la amortización anticipada;
- b) **Objetivo:** la compensación que pide la ley trata de neutralizar

el riesgo que implica para los acreedores la propia existencia de deuda participativa frente su pago anticipado.

Desde este punto de vista, hay que tener en cuenta que la financiación participativa desactiva la aplicación de las reglas legales sobre reducción obligatoria de la sociedad anónima y disolución por pérdidas de las sociedades de capital, con el consiguiente pago a los acreedores vía liquidación (art. 20 Uno d) RDL 7/1996), de modo que la sociedad puede girar en el tráfico sin incurrir en causa de disolución porque la deuda participativa (que es subordinada) y con un vencimiento fijado en una fecha determinada es considerada parte del patrimonio neto de la compañía.

Desde este punto de vista, puede afirmarse que los acreedores confían en que el préstamo no se pagará hasta una determinada fecha, de modo que hay ciertos activos que están (contablemente) «bloqueados» hasta esa fecha. Si antes de la fecha de vencimiento se utilizan activos sociales para pagar deuda subordinada se genera un riesgo para los acreedores que la ley exige que se compense de un modo equivalente (es decir, con parecido nivel de garantías para los acreedores).

La averiguación de la finalidad de la norma y de su ámbito objetivo y subjetivo de protección permite concluir

que la dotación de los fondos propios debe realizarse por la totalidad de la cantidad amortizada de forma anticipada (no por el importe inicial del préstamo, si en parte ya venció) y que dicha dotación debe mantenerse durante el período inicial de vigencia del mismo préstamo.

Es más conflictiva la forma en que debe verificarse esa ampliación de los fondos propios. Contablemente se consideran como tal el capital social desembolsado, las reservas, los resultados de ejercicios anteriores y el resultado del ejercicio, menos las acciones o participaciones propias mantenidas en el patrimonio y el dividendo percibido a cuenta del resultado del ejercicio. En consecuencia, podría pensarse que la ampliación de los fondos propios requiere siempre realizar una «aportación» (como decía el precedente legislativo del RDL 7/1996 — art. 11 Real Decreto-ley 8/1983 de 11 de noviembre—), sea una aportación a capital (incluida la capitalización de deuda) o sea una aportación a la cuenta 118 PGC (que constituye una reserva equiparable a la reserva por prima de emisión), que deberá mantenerse durante el período pendiente de vencimiento.

Sin embargo, la averiguación del sentido y finalidad de la norma permite a nuestro juicio admitir otras formas válidas de lograr la compensación a la que se refiere el legislador:

a) Desde luego, si de lo que se trata es dejar a los acreedores no participativos como estaban o, dicho de otro modo, mantener el mismo grado de garantías

existentes, puede valer como medida de compensación la sustitución de un préstamo participativo por otro de duración idéntica a la inicial; y

- b) también sería posible realizar un aumento de capital con cargo a beneficios o reservas de libre disposición o, simplemente, recalificar una reserva disponible como indisponible, por un principio de economía de técnica jurídica: no tiene sentido que los socios se repartan una reserva de libre disposición para luego realizar la aportación a fondos propios que requiere el legislador como consecuencia de la amortización del préstamo participativo si se puede llegar al mismo resultado mediante la simple recalificación de la reserva; no obstante,
- c) si como consecuencia de la amortización anticipada la sociedad incurre en causa de disolución o de reducción obligatoria de la cifra de capital, el reequilibrio patrimonial deberá realizarse necesariamente mediante un aumento de la cifra de capital en la medida suficiente.

3. Consecuencias de la infracción de la norma

3.1. *Nulidad del ejercicio de la facultad de amortización anticipada*

En lo que se refiere a las consecuencias jurídicas derivadas de la infracción del deber de ampliar los fondos propios, la primera cuestión a valorar consiste en determinar si la infracción de lo

dispuesto en el art. 20 Uno c) RDL 7/1996 debe conllevar la nulidad del ejercicio de la facultad de amortizar en caso de estar previamente pactada o, en otro caso, del acuerdo de amortización anticipada entre prestamista y prestatario mediante la novación del contrato. Conforme a las reglas generales del Código Civil en materia de nulidad de obligaciones y contratos esto implicaría el restablecimiento obligatorio y con efectos retroactivos del contrato originario, con la consiguiente obligación de reintegrar la cantidad pagada al prestamista menos las cuotas e intereses que se hubieran devengado de no haberse acordado la citada amortización.

Pues bien, en nuestra opinión, la nulidad debe reservarse para el caso en que la amortización hubiera sido acordada de mutuo acuerdo entre las partes del contrato y la prestamista conociera el incumplimiento de la norma legal.

En cuanto a la legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad correspondería a cualquiera con interés legítimo que, conforme a lo explicado en el apartado anterior, serían aquellos titulares de derechos de crédito existentes hasta el momento de la amortización del préstamo participativo y en tanto no se les paguen o garanticen sus créditos y aquellos que hayan contraído obligaciones con la sociedad en la confianza de la existencia de la financiación subordinada publicada en la memoria.

3.2. *Acciones rescisorias y de defensa del derecho de crédito contra el prestamista*

En caso de concurrencia de acreedores, por resultar el patrimonio insuficiente para la satisfacción de los créditos, las consecuencias se sitúan principalmente en el ámbito de las acciones rescisorias. La amortización anticipada de un préstamo subordinado supone una lesión para la colectividad de los acreedores no participativos (o «comunes») que puede dar lugar al ejercicio de acciones rescisorias (concursoales o no). En función de si dichas acciones se promueven dentro o fuera del concurso de acreedores, la sociedad prestamista, beneficiada por la amortización anticipada de un préstamo subordinado, podría verse obligada a reintegrar la suma percibida, bien a la masa activa del concurso, bien a la sociedad prestataria en la medida necesaria para que el acreedor o acreedores perjudicados puedan cobrar sus créditos.

Todo lo anterior es sin perjuicio de la posibilidad de que el acreedor pospuesto promueva una acción contra el acreedor participativo que cobró (indebidamente) de forma anticipada.

3.3. *Responsabilidad de los administradores de la prestataria y de la sociedad prestamista o sus administradores*

El incumplimiento de una norma de carácter imperativo puede generar la responsabilidad de los administradores de la sociedad prestataria por los daños que sean objetivamente imputables a la infracción de esa norma tanto si la perjudicada es la sociedad como si los perjudicados son terceros.

Toda vez que la obligación de dotar los fondos propios en cuantía equivalente a la del préstamo pendiente de amortización tiene por finalidad reforzar la situación patrimonial de la compañía en protección de los acreedores, habría daño indemnizable si: a) la sociedad prestataria hubiera incurrido en situación de insuficiencia patrimonial; y b) por la cuota proporcional que le correspondería haber percibido a los acreedores protegidos por la norma si la prestataria hubiera dotado sus fondos propios

en la medida exigida por la norma infringida.

Eventualmente, pero sólo para el caso de que el prestamista conceda su consentimiento a la amortización anticipada del préstamo participativo (no prevista inicialmente), conociendo que la prestataria incumplió con su deber de dotación de los fondos propios de la compañía, cabría extender esta responsabilidad indemnizatoria al prestamista o, en caso de ser una sociedad, a sus administradores.

Práctica Societaria

Pactos parasociales

Mayoría reforzada del 90 por 100 en pacto parasocial de sociedad limitada (SAP Barcelona de 27 de julio de 2021)

Los socios de una sociedad de responsabilidad limitada suscribieron un pacto parasocial en el que, entre otras cosas, se estableció que sería necesario el voto favorable del 90 por 100 del capital social para que la junta pudiera adoptar acuerdos sobre las denominadas «materias reservadas» (modificación de los estatutos sociales, distribución de dividendos, aprobación del plan de negocios del presupuesto anual y modificación de la política salarial de los directivos de la compañía).

La propia sociedad, y todos sus socios menos uno, demandaron al socio restante (que ostentaba una participación en el capital superior al 10 por 100) solicitando que se declarase nulo el referido pacto de socios. Entre otras cosas, y es lo que ahora interesa, argumentaron que la exigencia de una mayoría reforzada del 90 por 100 del capital social para la adopción de determinados acuerdos sociales contravendría lo dispuesto en el artículo 200 LSC pues dada la distribución del capital ello abocaba a que *de facto* los acuerdos debieran adoptarse por unanimidad.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) 1615/2021, de 27 de julio de 2021 [ECLI:ES:APB:2021:6327] confirmó la de primera instancia, que había desestimado totalmente la demanda. En relación con la cuestión tratada en esta nota cabe destacar las siguientes observaciones de la Audiencia:

- 1) La Ley permite que los estatutos contemplen mayorías reforzadas, esto es, superiores a la mayoría ordinaria del artículo 198 LSC o a la mayoría legal reforzada prevista en el artículo 199 LSC. La mayoría reforzada estatutaria puede contemplarse para todos o algunos de los asuntos, pero en ningún caso puede pactarse en los estatutos una mayoría de votos inferior a la contemplada en la Ley. En todo caso, la facultad de modificar las mayorías legales tiene como límite la prohibición expresa de un régimen estatutario que derive en la exigencia de unanimidad en la toma de decisiones. En suma, no puede hacerse depender el funcionamiento institucional de la compañía de la voluntad de todos y cada uno de los socios: ello iría contra un punto clave de la estructura y organización de las sociedades de capital al impedir la necesaria independencia orgánica y de funcionamiento entre la sociedad y sus socios (ya se pronunció en este sentido la Audiencia en su Sentencia 2230/2019 de 29 de noviembre de 2019 [ECLI:ES:APB:2019:14025], reseñada en el siguiente enlace¹).

¹ <https://www.ga-p.com/publicaciones/licitud-de-la-clausula-estatutaria-que-de-facto-suponga-la-exigencia-de-unanimidad-para-la-adopcion-de-acuerdos-sociales/>

- 2) El hecho de que, como consecuencia de la distribución de capital existente en una determinada compañía, el logro de las mayorías reforzadas exija contar con el voto favorable de todos los socios no comporta la ineficacia de las correspondientes disposiciones estatutarias.
- 3) Pese a las diferencias apreciables entre los pactos parasociales y los estatutos de una sociedad de capital (pues estos últimos se someten a los límites referidos en el art. 28 LSC, mientras que para los primeros rige el principio de libertad de pactos: art.1258 CC), el mismo razonamiento resulta aplicable a la cláusula controvertida (incluida en el pacto de socios) que, por tanto, no resulta inválida.

Estatutos

Convocatoria de la junta mediante burofax con acuse de recibo e interpretación de los estatutos (RDGSJFP de 3 de diciembre de 2021)

El registrador mercantil suspendió la inscripción de la escritura de constitución de una sociedad limitada en cuyos estatutos se establecía que la convocatoria de la junta general se haría «mediante burofax o carta remitida por correo certificado con acuse de recibo con una antelación de quince días en la que se contenga el anuncio de convocatoria de Junta que deberá necesariamente expresar el nombre de la sociedad, el lugar, fecha y hora del orden del día en que figurarán los asuntos a tratar, y el cargo de la persona o personas que realicen la comunicación...». Según la nota de calificación, a la vista de la exigencia de que la convocatoria se realice por un medio que asegure la recepción del anuncio por los socios (art. 173 LSC), resulta necesario prever que

cuando la convocatoria se efectúe mediante burofax, éste se remitirá con acuse de recibo.

El recurso interpuesto por el notario autorizante de la escritura fue estimado por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) en su Resolución de 3 de diciembre de 2021 (BOE núm. 305, de 22 de diciembre), que revocó la calificación impugnada.

El centro directivo comenzó recordando su doctrina en relación con la cuestión planteada, que sintetizó en torno a los siguientes puntos: (i) 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. Resoluciones de 16 de abril de 2005 y 2 de agosto de 2012). 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 361/2001 de 3 abril [RJ 2001\6644]), por lo que no cabe exigencia adicional sobre la acreditación fehaciente del contenido de ésta. (ii) Es admisible que la convocatoria se realice mediante burofax con certificación del acuse de recibo (cfr. Resoluciones de 21 de marzo de 2011 y 15 de junio de 2020). 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.» (Resoluciones de 2 de enero y 6 de noviembre de 2019 y 15 de junio de 2020).

En el caso concreto la Dirección General estimó que no se había infringido esta doctrina. Y ello porque la interpretación de los estatutos sociales (interpretación no sólo literal, sino también teleológica y sistemática de la cláusula debatida) llevaba a concluir que el requisito de que la comunicación de la convocatoria se realizara «con acuse de recibo» resultaba de aplicación (igual que los restantes previstos en la misma disposición estatutaria en relación a la antelación mínima de la comunicación y al contenido de la misma), no sólo en el caso de remisión del anuncio mediante carta remitida por correo, sino también en el de envío mediante burofax.

Criptomonedas: qué es y qué no es actividad regulada (RDGSJFP de 16 de diciembre de 2021)

La RDGSJFP de 16 de diciembre de 2021, (BOE núm. 312, de 29 de diciembre) en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador mercantil XXIII de Madrid, por la que se suspende la inscripción de una escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada en cuanto a determinados aspectos del objeto social, aplica la disposición adicional segunda de la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, introducida por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, disposición que establece la obligatoria inscripción en el registro *ad hoc* creado en el Banco de España, para las entidades que se dediquen a la actividad de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria así como para los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos. Esto es, se requiere autorización administrativa previa para la prestación de los servicios citados.

La Dirección General, con base en el artículo 84 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM),

confirma la calificación registral suspensiva de la inscripción de una sociedad limitada en cuyo objeto social, entre otras actividades, se incluía «el asesoramiento, comercialización, implementación y mantenimiento de proyectos (...) en el ámbito de la generación, e intercambio de monedas digitales».

Y estima en cambio el recurso respecto a otras actividades comprendidas en el objeto social de la limitada: la generación de monedas electrónicas y criptoactivos («minería») y la prestación de servicios a terceros para la generación de monedas electrónicas o criptoactivos, por entender con acierto que no requieren autorización administrativa previa del Banco de España. Respecto a la también incluida actividad de compraventa de criptomonedas, aclara que la adquisición por cuenta propia no es una actividad regulada «y no existe indicio alguno de que la actividad se lleve a cabo en régimen de servicios a terceros», que es lo que requeriría la previa inscripción en el Registro del Banco de España.

Lo más interesante de esta resolución es la interpretación que se realiza acerca de la consideración de la actividad, también comprendida en el objeto social, de inversión, gestión y explotación de negocios relacionados con monedas virtuales o criptoactivos. Entiende el órgano que «la referencia genérica a la gestión y explotación de negocios relacionados con monedas virtuales puede comprender las actividades previstas en los apartados 6 y 7 de la Ley 10/2010, de 28 de abril», esto es, el cambio de moneda virtual por fiduciaria o la custodia de monederos electrónicos por cuenta de terceros. Razona entonces, con cita entre otras muchas la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 8 de octubre de 2018 (BOE núm. 262, de 30 de octubre), que «la delimitación por el género al comprender todas sus especies, requiere previsión específica para que alguna de ellas pueda quedar excluida y no a la inversa. Dicha

doctrina afirma que cuando una actividad comprendida en el objeto pueda ser lícita y posible en términos generales, pero existen limitaciones legales para su ejercicio en relación con determinadas ramas o manifestaciones de la misma, ya por exigir un título habilitante, ya una forma o estructura social concreta, el ejercicio de la actividad que se define como objeto social, que ha de entenderse extensiva a todas las especies incluidas en su enunciado al no excluirse ninguna, no será posible ni lícita, dos de los requisitos que para todo objeto de contrato imponen los artículos 1271 y 1272 del Código Civil. Procede en consecuencia la desestimación del recurso en este punto al ser inadmisibles comprender como objeto social la realización de cualquier actividad relacionada con las monedas virtuales siendo así que alguna de dichas actividades está regulada y sujeta a inscripción en el Registro del Banco de España».

**Doctrina de la DGSJFP:
la inclusión en el objeto social
de actividades relacionadas
con las finanzas no constituye per se
actividad regulada
(RDGSJFP de 10 de noviembre
de 2021)**

La Dirección General aclara que la consultoría y servicios relacionados con las finanzas no es una actividad sometida a autorización administrativa, máxime cuando se excluyen expresamente del objeto social las actividades financieras reguladas. Ni tampoco la inversión del patrimonio de la sociedad al no prestarse este servicio a terceros.

En la RDGSJFP de 10 de noviembre de 2021 (BOE núm. 280, de 23 de noviembre), la cuestión debatida gira en torno a dos pasajes del artículo estatutario delimitador del objeto social de una limitada. En uno de ellos se incluye la «consultoría y servicios relacionados con el

desarrollo empresarial, la estrategia comercial y las finanzas», y en el otro se lee que «las actividades también incluyen la inversión y participación en otras sociedades y otras propiedades, incluida entre otras, como opciones de compra de acciones, criptomonedas e inmuebles».

El Registrador entiende que se están estableciendo como actividades del objeto social el asesoramiento e inversión financiera «que está reservado, en exclusiva, por los artículos 143, 144 [del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores], a las empresas de servicios de inversión, cuyos requisitos, autorización e inscripción en los correspondientes registros administrativos, esta sociedad no cumple». La Dirección General, con motivo del análisis de estos párrafos corrige, aunque no lo diga expresamente, la doctrina expresada en su Resolución de 25 de mayo de 2021 (BOE núm. 138, de 10 de junio de 2021) en el sentido de que la actividad referida en el artículo 141 c) de la Ley del Mercado de Valores (LMV) («El asesoramiento a empresas sobre estructura del capital, estrategia industrial y cuestiones afines, así como el asesoramiento y demás servicios en relación con fusiones y adquisiciones de empresas») no es una actividad reservada a las empresas de servicios de inversión y por ello no está sometida a autorización administrativa. En esta Resolución de 10 de noviembre, tras citar el artículo 144.1 de la referida Ley [«Ninguna persona o entidad podrá, sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros administrativos de la CNMV o del Banco de España, desarrollar con carácter profesional o habitual las actividades previstas en el artículo 140 y en el artículo 141.a), b), d), f) y g), en relación con los instrumentos financieros contemplados en el artículo 2, comprendiendo, a tal efecto, a las operaciones sobre divisas»] afirma en el fundamento de derecho segundo que «De la lectura atenta del texto transcrito resulta con toda claridad que no está sujeta a la

disciplina especial de la Ley del Mercado de Valores la actividad definida en el apartado c) del artículo 141, es decir, la consistente en el asesoramiento a empresas sobre estructura del capital, estrategia industrial y cuestiones afines, así como el asesoramiento y demás servicios en relación con fusiones y adquisiciones de empresas». Y concluye respecto a esta primera cuestión que la referencia en el objeto social a «consultoría y servicios relacionados con el desarrollo empresarial, la estrategia comercial y las finanzas» no debe entenderse incluida en la prohibición del artículo 144.1 LMV, por cuanto que en los propios estatutos de la sociedad se dispone que «quedan excluidas todas aquellas actividades sujetas a legislación que exija el cumplimiento de requisitos específicos que no reúna la sociedad». De donde deduce con acierto la Dirección General que «no quiere constituirse una sociedad sujeta a la citada Ley del Mercado de Valores».

Respecto a la segunda cuestión, afirma en el fundamento de derecho cuarto que «la actividad a que se refiere el texto controvertido no consiste en la prestación de servicios a terceros, sino en la inversión del patrimonio de la propia compañía. Resulta evidente que, en tal caso, no existe prestación alguna de servicios de inversión, que en todo caso exige un tercero que los reciba», citando en su apoyo el concepto de empresa de servicios de inversión del artículo 138.1 LMV («aquellas empresas cuya actividad principal consiste en prestar servicios de inversión, con carácter profesional, a terceros sobre los instrumentos financieros señalados en el artículo 2»). Reitera lo indicado por la entonces DGRN en su Resolución de 29 de enero de 2014 (BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2014): el mero hecho de la previsión estatutaria de la compra y venta de valores como una de sus actividades propias del objeto de la sociedad «no la convierte en sujeto activo del Mercado de Valores ni en sujeto obligado al cumplimiento de los

rigurosos requisitos que para los mismos exige la legislación especial».

Junta general

Nulidad de junta general por infracción del derecho de información de los socios (STS de 5 de octubre de 2021)

Los hechos: a) se celebra junta general ordinaria y extraordinaria de una sociedad anónima en la que se acuerda la aprobación de las cuentas anuales de la sociedad de varios ejercicios y la reactivación de la sociedad, que estaba en proceso de liquidación, mediante una operación acordeón; b) en la convocatoria de la junta se designó un lugar para consultar la documentación relativa a los puntos del orden del día que no era correcto y los socios acudieron a dicho lugar en dos ocasiones y no pudieron acceder a la documentación y c) el día de celebración de la junta general tampoco estaban a disposición de los socios las cuentas anuales y el resto de documentos que afectaban al orden del día.

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 670/2021, de 5 de octubre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3603) desestima el recurso de casación y ratifica la nulidad de la junta general, concluyendo:

- 1) La jurisprudencia de la Sala Primera ha calificado el derecho de información como «derecho mínimo», inderogable (no puede ser eliminado por acuerdo de la junta o del órgano de administración) e irrenunciable, sin perjuicio de que el socio sea libre de ejercitarlo o no en cada caso, según su conveniencia.
- 2) No obstante lo anterior, la configuración amplia de este derecho de información se ha

visto afectada tras la reforma de 2014, que restringe la impugnabilidad de los acuerdos por infracción del derecho de información a los casos en que «la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación» (art.204.3b LSC).

En el presente caso hubo incumplimiento tanto de las obligaciones genéricas de información, como las específicas para el tipo de acuerdos incluidos en el orden del día — aprobación de cuentas anuales y modificación de estatutos—, y no puede considerarse irrelevante, en los términos del artículo 204.3.b LSC, la información no suministrada, sino esencial para aprobar los acuerdos adoptados, por lo que la junta general en la que se adoptaron dichos acuerdos es nula.

- 3) La trascendencia de la información no depende de la actitud del socio (no es un requisito subjetivo), sino de la exigencia legal de su suministro a los socios en función de los puntos del orden del día que se van a tratar y votar en la junta general (carácter objetivo). Y el cumplimiento de tales exigencias compete a la sociedad.
- 4) No existe abuso de derecho en la impugnación de acuerdos sociales porque no se trata de un simple error u omisión, dado que la información nunca estuvo a disposición de los socios, que tuvieron que votar en la ignorancia más absoluta de la documentación esencial para decidir sobre los acuerdos sociales sometidos a su decisión.

Convocatoria realizada por administrador con cargo caducado para cambiar la estructura del órgano

de administración y designar nuevo administrador y solapamiento con una convocatoria registral (RDGSJFP de 31 de enero de 2022)

En el caso resuelto por RDGSJFP de 31 de enero de 2022 (BOE núm. 41, de 17 de febrero) se discute la inscripción en el Registro Mercantil de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales adoptados por la junta general de una sociedad anónima, por dos razones: a) por haber sido convocada por el consejo de administración cuyo mandato había expirado seis años antes, en la que se acordó el cambio de la estructura del órgano de administración a un administrador único y la designación de la persona que habría de ocupar este cargo y b) por hallarse pendiente la celebración de una junta general convocada registralmente para celebrarse en una fecha posterior, con el mismo orden del día que la junta convocada por el consejo de administración con cargo caducado.

El centro directivo concluye lo siguiente:

- 1) El hecho de que se convoque registral o judicialmente una junta, no impide que los administradores puedan convocar junta para ser celebrada en fecha anterior a la prevista en la convocatoria registral o judicial, incluso aunque ambas juntas tengan el mismo orden del día. Ninguna junta general goza de preferencia sobre otras por razón del órgano o autoridad convocante; es una cuestión que, sin más orden temporal que el derivado del principio de prioridad, debe resolverse en atención a la competencia para realizar la convocatoria, el cumplimiento de los requisitos de publicidad y la validez de los acuerdos que se adopten por la junta.
- 2) Tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General admiten excepcionalmente la validez de la junta general convocada por sus administradores con cargo caducado

con el único objeto de nombrar nuevos administradores «en aras al principio de conservación de la empresa y estabilidad de la sociedad y de los mercados, a fin de evitar la paralización de los órganos sociales y, a la postre, la incursión en causa de disolución, en los supuestos de acefalía funcional del órgano de administración».

- 3) Recientes Resoluciones de la Dirección General de 22 de octubre y 12 de noviembre de 2020 (BOE núm. 293, de 6 de noviembre de 2020 y BOE núm. 309, de 25 de noviembre de 2020) (si bien en ambos casos se trataba de sociedades de responsabilidad limitada, al amparo del artículo 210.3 LSC), admiten expresamente la validez de la convocatoria de junta general por administrador con cargo caducado no solo para designar nuevo administrador, sino para aprobar el cambio de estructura del órgano de administración, cuando los estatutos contemplan distintos modos alternativos de organizar la administración, de manera que la junta puede optar por cualquiera de ellos sin necesidad de modificación estatutaria.
- 4) En el caso reseñado, el centro directivo rechaza la inscripción de los acuerdos adoptados por la junta por tratarse de una sociedad anónima, en la que el cambio de estructura del órgano de administración requiere una modificación estatutaria, extremo para el que, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 171.2 LSC, el administrador caducado convocante carece de competencia para incluirlo en el orden del día.

Suponemos que los estatutos de la sociedad anónima del caso analizado no contemplaban la posibilidad de establecer dos o más modos de organizar la administración atribuyendo a la junta de accionistas la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos sin necesidad de

modificación estatutaria, pues esta posibilidad es válida también para las sociedades anónimas tras la entrada en vigor de la Ley 25/2011 (aunque no esté expresamente contemplada para las sociedades anónimas en el art. 210.3 LSC, se deduce de la Exposición de Motivos de la citada ley y del art. 23 e LSC) siendo práctica habitual su inscripción registral.

Administradores

Tampoco en caso de reelección puede la junta fijar un plazo de ejercicio del cargo de administrador diferente al señalado en los estatutos (RDGSJFP de 23 de diciembre de 2021)

La junta general de una sociedad anónima, reunida con carácter universal, acordó por unanimidad renovar el nombramiento de los miembros del órgano de administración por un período de seis meses. Los estatutos establecían que el plazo de ejercicio del cargo sería de seis años.

El registrador mercantil denegó la inscripción del nombramiento argumentando que el nombramiento de consejero, fuera de los casos de cooptación, debe realizarse necesariamente por el plazo determinado en los estatutos sociales (art. 221.2 LSC). Esta decisión fue recurrida por la compañía afectada argumentando, entre otras cosas, que debía tenerse en cuenta el hecho de que se tratara de la reelección de administradores que ya habían previamente ejercido el cargo por el plazo estatutario máximo. A este respecto la recurrente incidió en la diferente redacción de las normas referidas a la renovación de los cargos administrativos en la sociedad limitada (art. 221.1 LSC) y en la sociedad anónima (art. 221.2, segundo párrafo, LSC): el primero establece expresamente que los periodos de reelección deben ser de «igual duración» a la determinada

en los estatutos, mientras que el segundo únicamente exigiría —en opinión de la sociedad— que la reelección se llevase a cabo por períodos de «igual duración máxima» (es decir, de seis años como máximo).

Mediante Resolución de 23 de diciembre de 2021 (BOE núm. 3, de 4 de enero de 2022), la DGSJFP desestimó el recurso interpuesto.

Sin entrar a considerar directamente si el hecho de que se tratara de una renovación de los nombramientos había de suponer alguna diferencia, reafirmó su doctrina previa (RRDGRN de 9 de diciembre de 1996 [BOE núm. 25, de 29 de enero de 1997], 29 de septiembre de 1999 [BOE núm. 251, de 20 de octubre] y 9 de febrero de 2013 [BOE núm. 60, de 11 de marzo]) para recordar que la junta general, al proceder al nombramiento de un administrador, no puede fijar un plazo de duración del cargo inferior al establecido en los estatutos. Criterio que se fundamenta, tanto en la claridad del propio texto legal (art. 221.2 LSC), como en la doble circunstancia de ser el plazo de duración del cargo una mención necesaria de los estatutos sociales (art. 23 LSC) y de contar la junta con la ilimitada facultad de destituir a los administradores (art. 223 LSC).

Cuentas anuales

La renuncia del auditor nombrado por el registrador mercantil no elimina la necesidad del informe de auditoría para el depósito de las cuentas (RDGSJFP de 19 de enero de 2022)

Un auditor de cuentas designado por el registrador mercantil a instancia de la minoría (art. 265.2 LSC) y con cargo inscrito solicitó la toma de razón en el registro de su renuncia,

motivada por la falta de la oportuna provisión de fondos.

La RDGSJFP de 19 de enero de 2022 (BOE núm. 40, de 16 de febrero) estimó el recurso interpuesto por el interesado contra la calificación negativa del registrador.

La Dirección General señaló, en primer lugar, que la relación mercantil de auditoría existente entre quien ha de llevarla a cabo y quien es objeto de la misma tiene naturaleza contractual; de ahí que las partes se encuentren vinculadas por lo pactado sin posibilidad de modificación unilateral. Ahora bien, teniendo en cuenta la especial relación de confianza entre el auditor y el sujeto cuyas cuentas son objeto de verificación, así como el hecho de que la labor de auditoría puede venir impuesta por la ley o por una resolución judicial o administrativa, dicho principio general encuentra —según la Resolución reseñada— algunas excepciones en la propia ley. Dejando de lado el supuesto de revocación por la sociedad a auditar (arts. 264.3 y 266 LSC y 22.2 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas [LAC]), el propio artículo 5.2 LAC recoge la posibilidad de renuncia al encargo por el propio auditor, si bien condiciona el ejercicio de esta facultad a la concurrencia de una justa causa (y, además, impone —en el caso de auditoría obligatoria— la carga de informar o dar cuenta al registro mercantil competente y al ICAC de dicha renuncia). Por su parte, el artículo 11.4 del Reglamento de Auditoría de Cuentas (RD 2/2021), en relación precisamente con los supuestos regulados en los artículos 265 y 266 LSC, prevé como causa de renuncia el hecho de que no se preste la caución o provisión de fondos reclamada (e impone igualmente la carga de poner tal renuncia en conocimiento del Registro Mercantil o del órgano judicial que efectuó el nombramiento). A la vista de estas reglas, el Centro Directivo concluyó que, sin lugar a dudas, el auditor designado por el registrador mercantil de conformidad con el artículo 265 LSC puede renunciar al ejercicio de

la labor de verificación si, requerida a tal efecto la persona obligada, no procede a la satisfacción de la provisión solicitada. Y el Registro Mercantil deberá reflejar dicha circunstancia en la forma procedente.

Ahora bien, el Centro Directivo aclaró inmediatamente que la conclusión anterior no implica que pueda considerarse desaparecido el interés del socio tutelado por el artículo 265.2 LSC (consistente en que un auditor verifique las cuentas anuales). En consecuencia, la sociedad habrá de continuar obligada a la verificación contable a pesar de la eficacia de la renuncia. En efecto, estando obligada la sociedad a efectuar la auditoría (lo que resultará del propio registro), el depósito de las cuentas anuales no podrá llevarse a cabo si no se presentan acompañadas del informe correspondiente (art. 279.1 LSC), con independencia de la causa por la que tal auditoría no haya sido realizada (la Dirección General cita en su apoyo las Resoluciones de 16 de abril de 2003 [BOE núm. 127, de 19 de mayo de 2003], 31 de agosto de 2007, 6 de noviembre de 2013 [BOE núm. 297, de 12 de diciembre de 2013], 24 de noviembre de 2015 [BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 2015], 18 de abril de 2016 [BOE núm. 133, de 2 de junio de 2016], 15 de junio [BOE núm. 160, de 6 de julio de 2017], 14 de septiembre [BOE 240, de 5 de octubre de 2017] y 29 de noviembre de 2017 [BOE núm. 308, de 20 de diciembre de 2017], 27 de julio de 2018 [BOE núm. 188, de 4 de agosto de 2018] y 7 de febrero [BOE núm. 177, de 26 de junio de 2020] y 5 de junio de 2020 [BOE núm. 206, de 30 de julio de 2020]).

En suma: aunque se practique el asiento por el que se haga constar la eficaz renuncia del auditor, la sociedad continúa obligada a verificación contable cuando así resulte de la aplicación del artículo 265.2 LSC. De modo que dicha constancia registral no afectará a su obligación de presentar el informe de auditoría junto a las cuentas anuales a los efectos de su depósito (de conformidad con lo previsto en el art. 279 LSC).

De nuevo sobre el ámbito de la calificación del registrador en el depósito de cuentas (RDGSJFP de 21 de febrero de 2022)

Se presentaron a depósito en el Registro Mercantil las cuentas anuales de una sociedad de responsabilidad limitada. El registrador decidió no practicar el depósito solicitado porque la cifra del capital social resultante del balance (4.005,06 euros) no se correspondía con la que constaba en los asientos del registro (3.005,06 euros).

La representación de la compañía solicitante interpuso recurso en el que reconocía que no se había llevado a cabo un aumento de capital. Sin embargo, se pedía «que se deje el capital en 3.005,06 euros en lugar de los 4.005,06 euros (...) y se proceda al depósito de las cuentas anuales con el capital de 3.005,06 euros».

Mediante Resolución de 21 de febrero de 2022 (BOE núm. 63, de 14 de marzo) la DGSJFP acordó desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

La Dirección General recordó a este propósito que la calificación del registrador para tener por depositados los documentos contables no puede limitarse a una mera comprobación de cuáles son los presentados y de los requisitos formales a los que alude el artículo 366 RRM. Antes bien, con el objeto de garantizar la seguridad jurídica que ha de proporcionar el Registro —y que despliega sus efectos en garantía de acreedores y terceros— la labor de calificación no debe reducirse a comprobar que los administradores firman los documentos, las causas por las que, en su caso, no procedieron a firmarlos y la vigencia de sus cargos. Por el contrario, debe extenderse al contenido de los propios documentos, lo que comporta, básicamente, la verificación de la cifra de capital social resultante del balance y de su correspondencia con la que aparece inscrita. Se confirma, de esta forma, la doctrina registral

previa (vid. Resoluciones de la DGRN de 28 de febrero de 2005 [BOE núm. 88, de 13 de abril] y 17 de diciembre de 2012 [BOE núm. 32, de 6 de febrero de 2013]).

En consecuencia, concluye la Resolución reseñada, no cabe proceder al depósito de unas cuentas anuales que proclaman una cifra de capital distinta a la que resulta del contenido del Registro (que se encuentra amparado por el principio de legitimación plasmado en el artículo 20 del Código de Comercio). Tampoco cabía atender la solicitud de la recurrente de dejar sin efecto la cifra de capital resultante del balance presentado a depósito, ya que lo procedente era efectuar la correspondiente subsanación.

Disolución y liquidación

Otorgamiento de la escritura de liquidación de la sociedad extinguida y cancelada como consecuencia de la conclusión del concurso (RDGSJFP de 4 de octubre de 2021)

Con posterioridad a la conclusión del concurso de una sociedad limitada por insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa (art. 465.5 del Texto Refundido de la Ley Concursal [TRLC]), se presentó en el Registro de la Propiedad la escritura de liquidación de la compañía otorgada por todos sus socios. En dicha escritura se recogía la adjudicación a los referidos socios de dos inmuebles en concepto de satisfacción de su cuota de liquidación.

En relación con este caso resultaban relevantes las siguientes circunstancias: a) antes de la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa, se abrió la fase de liquidación del concurso, con la consiguiente suspensión de las

facultades de administración y disposición de los administradores sociales (que fueron sustituidos por la administración concursal); b) posteriormente se acordó la conclusión del concurso por insuficiencia de bienes y se decretó la extinción de la compañía y el cierre de su hoja registral en el Registro Mercantil.

La registradora de la propiedad denegó la inscripción con fundamento en dos defectos: a) la falta de constancia, existiendo bienes para liquidar, de un pronunciamiento del juez del concurso por el que, conociendo la existencia de bienes —aquellos de los que se pretendía disponer en favor de los socios— se determinara si procedía o no la «rehabilitación» del procedimiento; b) para el otorgamiento de la escritura de liquidación deben necesariamente comparecer los liquidadores de la compañía con cargo inscrito en el Registro Mercantil.

La RDGSJFP de 4 de octubre de 2021 (BOE núm. 263, de 3 de noviembre) estimó el recurso interpuesto por los socios adjudicatarios en cuanto al primer defecto señalado. A este propósito vino a considerar, dicho resumidamente, que no se daba el supuesto legal para la reapertura del concurso (aparición de nuevos bienes: art. 505.1 TRLC). Y que tampoco procedía solicitar del juzgado un pronunciamiento sobre la posibilidad de tal reapertura porque resultaba evidente que el juzgado, al acordar la conclusión del concurso, había tenido conocimiento de la existencia de los inmuebles después adjudicados.

Por el contrario, la Dirección General confirmó el segundo de los defectos invocados. En este sentido precisó que la adjudicación no se enmarcaba en la liquidación concursal (llevada a cabo con anterioridad a la conclusión del procedimiento) sino que suponía la liquidación de los bienes de la sociedad subsistentes una vez acordada su extinción. En esta línea, la Resolución reseñada indicó que el vacío legal existente en torno a la forma en la que ha de procederse a la liquidación

patrimonial en un supuesto como el planteado obliga a buscar una solución que salvaguarde, por un lado, los legítimos intereses de los acreedores y, por otro, los de los socios, facilitando al mismo tiempo la operatividad de la sociedad y su representación hasta la extinción material de la misma (todo ello teniendo en cuenta la dicción literal del artículo 485 TRLC, que ordena la cancelación de la hoja de la sociedad con carácter imperativo y del que se infiere que la conclusión del concurso, la extinción de la sociedad concursada y su cancelación registral deben acordarse en la misma resolución judicial).

Pues bien, según el Centro Directivo, cualquier solución razonable debe partir necesariamente de que la existencia de ciertos bienes en el patrimonio de la sociedad (de los que se tiene que poder disponer) resulta perfectamente conocida por el juez que acuerda la conclusión de su concurso. Pero, al mismo tiempo, ha de tomarse en consideración la especial situación de la sociedad, cuya extinción y cancelación registral han sido ordenadas pero que, conforme a la jurisprudencia y a la propia doctrina registral, mantiene su personalidad jurídica hasta su extinción material, lo que implica que debe existir un órgano que pueda representarla a tal fin. Pero la ley no ha establecido de forma expresa quién debe representar en estos casos a la sociedad extinta pero no totalmente liquidada.

En relación con el concreto supuesto planteado, la Dirección General recordó que el cargo de administrador social ya no estaba vigente cuando se decidió la conclusión del concurso. En aquel momento era la administración concursal el órgano inscrito encargado de la gestión y representación de la sociedad, si bien dicha administración cesó a su vez por efecto de la conclusión del procedimiento (art. 483 TRLC). Por ello la Resolución comentada concluyó (al hilo de las consideraciones antes expuestas y de las contenidas en la RDGRN de 2 de septiembre de 2019 [BOE

núm. 261, de 30 de octubre]) que cabe una de las siguientes soluciones: a) entender que el cese del administrador concursal implica la reactivación de las facultades del órgano de administración societario para convocar una junta general que acuerde el nombramiento de liquidador, o bien b) entender que, dado que el órgano social y el concursal de administración fueron cesados, debe procurarse directamente el nombramiento de liquidador por la junta. De cualquier forma, el correspondiente acuerdo habrá de adoptarse conforme a las reglas aplicables al tipo social de que se trate (cfr. arts. 171 y 377 LSC), entre las que se encuentra la celebración, a estos efectos, de junta universal de socios.

En todo caso, resulta indudable, según la Dirección General, que para llevar a cabo la liquidación es preciso el nombramiento de un liquidador y su inscripción en el Registro Mercantil. En suma, la liquidación societaria complementaria, fuera del concurso, no debe quedar al margen del Registro (por lo que, a estos efectos, el cierre de la hoja registral, por su propia configuración, debe admitir eventuales asientos posteriores, como el propio nombramiento de liquidador o las relativas a las operaciones de liquidación —aprobación del balance de liquidación, distribución del activo remanente...—: RDGRN de 30 de agosto de 2017 [BOE núm. 228, de 21 de septiembre]).

Separación de socios

Un supuesto de ejercicio abusivo de derecho de separación del artículo 348 bis LSC (STS de 25 de enero de 2021)

En la junta general de una sociedad limitada celebrada el 15 de junio de 2017 se acordó destinar los resultados del ejercicio anterior a la dotación

de reservas voluntarias. El 21 de junio de 2017 se convocó nueva junta para deliberar sobre un reparto de dividendos correspondiente al ejercicio 2016 con cargo a reservas (la junta se celebró el 12 de julio y en ella se acordó, efectivamente, dicho reparto). El 30 de junio un socio —que había votado en contra del acuerdo adoptado en la primera junta— comunicó a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación con base en el artículo 348 *bis* LSC.

Planteado en estos términos el conflicto, el socio en cuestión formuló demanda en la que pretendía hacer efectivo su derecho de separación. La demanda fue desestimada tanto en primera como en segunda instancia, como también lo fue el recurso de casación interpuesto por el actor (STS 38/2021, de 25 de enero [ECLI:ES:TS:2022:199]).

El Tribunal Supremo recordó que, si bien en principio, no hay inconveniente en que una junta general deje sin efecto lo acordado en otra junta general previa (STS 589/2012, de 18 de octubre [ECLI:ES:TS:2012:6901]), el acuerdo posterior sólo tiene eficacia —por lo general— desde que se adopta, de manera que no elimina los efectos ya producidos por el anterior, especialmente cuando ha generado derechos a favor de terceros de buena fe (STS 32/2006, de 23 de enero [ECLI:ES:TS:2006:72]).

Ahora bien, a la vista de las circunstancias, el TS entendió que en el caso concreto lo verdaderamente relevante era que el socio demandante había ejercido abusivamente el derecho de separación. Y sobre esta consideración apoyó su decisión.

En este sentido, el Alto Tribunal apuntó que la finalidad del artículo 348 *bis* LSC radica en posibilitar la salida de la compañía del socio minoritario que se vea perjudicado por una estrategia abusiva de la mayoría dirigida a no repartir dividendos. Pero el precepto citado no

puede llevar a hacer posible que el socio minoritario termine por eludir sus deberes de buena fe con respecto de la sociedad bajo el pretexto de la falta de distribución de beneficios. Según la sentencia reseñada, la *ratio* del precepto no consiste propiamente en proteger el derecho del socio a separarse, sino su derecho al dividendo; derecho que, en el caso litigioso, había quedado garantizado por el acuerdo adoptado en la segunda junta —muy próxima temporalmente a la primera— y por el ofrecimiento de pago de los dividendos acordados en ella, que el demandante rechazó.

Por eso el Tribunal Supremo vino a señalar que «*si los administradores convocan nueva junta general, para deliberar sobre la propuesta de distribuir dividendos en los términos legales, antes de que el socio haya ejercitado el derecho de separación, el posterior ejercicio de este derecho puede resultar abusivo*».

En este caso, la actuación del socio demandante había puesto de manifiesto que su intención real no era obtener el dividendo que le correspondía, sino separarse de la sociedad, en cualquier caso. En efecto, aunque pudo perfectamente percibir el dividendo que le correspondía, se negó a recibir el ofrecido por la sociedad poco después de la comunicación del ejercicio del derecho de separación, lo que evidencia que su auténtico propósito era obtener de la compañía el valor de su participación. Interés que no es el protegido por el artículo 348 *bis* LSC.

Tendencias regulatorias

Las sociedades de responsabilidad limitada podrán constituirse con 1 euro de capital social

Con fecha 17 de diciembre se ha publicado en el Boletín General de las Cortes Generales el Proyecto de Ley de creación y crecimiento de

empresas, estableciendo plazo de enmiendas que finaliza el próximo 7 de febrero.

El objeto de esta ley es la mejora del clima de negocios impulsando la creación y el crecimiento empresarial a través de la adopción de medidas para agilizar la creación de empresas; la mejora de la regulación y la eliminación de obstáculos al desarrollo de actividades económicas; la reducción de la morosidad comercial y la mejora del acceso a financiación.

En esta nota nos referiremos exclusivamente a las medidas contempladas en el Proyecto de Ley para agilizar la creación de empresas, contenidas en su Capítulo II.

Estas medidas pueden agruparse en dos categorías:

1. **Modificación de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, para fijar el capital mínimo para la constitución de sociedades de responsabilidad limitada en 1 euro.**

El objeto de esta modificación que afecta a los artículos 4, 4 bis, 5 y 23 LSC es promover la creación de empresas mediante el abaratamiento de los costes de constitución y ampliar las opciones de los socios fundadores respecto del capital social que deseen suscribir en función de sus intereses y necesidades.

De conformidad con la Exposición de Motivos, «la opción de fijar el importe mínimo legal en una cuantía simbólica de 1 euro, frente a la opción de eliminar sin más el requerimiento de un mínimo legal, tiene por objeto garantizar la consistencia de la normativa sobre sociedades de capital, que se sustenta en la lógica de que estas sociedades se constituyen con un capital

social de importe estrictamente superior a cero». Así:

- a) Se modifica el artículo 4 LSC, estableciendo que el capital de la sociedad de responsabilidad limitada no podrá ser inferior a 1 euro.
- b) Se elimina la posibilidad de constituir sociedades de responsabilidad limitada en régimen de formación sucesiva (con la consecuente derogación de los arts. 4 bis, 5.2 y la modificación del art. 23d LSC), puesto que dicho régimen estaba concebido para facilitar la constitución de sociedades de responsabilidad limitada por debajo del mínimo legal (tres mil euros). Su supresión se acompaña de una disposición —disposición transitoria segunda— que precisa la forma en que las sociedades sujetas al mismo que lo deseen puedan dejar de estarlo sin menoscabo de terceros.
- c) Se introducen en el artículo 4.1 LSC dos reglas específicas mientras el capital de las sociedades de responsabilidad limitada no alcance la cifra de tres mil euros, para salvaguardar el interés de los acreedores:
 - Deberá destinarse a la reserva legal una cifra al menos igual al 20 por ciento del beneficio hasta que dicha reserva junto con el capital social alcance el importe de tres mil euros.
 - En caso de liquidación, voluntaria o forzosa, si el patrimonio de la sociedad fuera insuficiente para atender el pago de las obligaciones sociales, los socios responderán solidariamente

de la diferencia entre el importe de tres mil euros y la cifra de capital social.

- d) Por otro lado, se deroga el Título XII de la LSC y las disposiciones adicionales cuarta, quinta y sexta, relativos a la sociedad nueva empresa.

2. Impulso de la utilización del sistema CIRCE para la constitución telemática de sociedades de responsabilidad limitada y modificación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización

Se impulsa de forma decidida la utilización del sistema de tramitación telemática Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE) y el Documento Único Electrónico (DUE).

- a) A tal fin, se establece la obligación para los notarios e intermediarios que asesoren en la creación de sociedades de responsabilidad limitada de informar a los fundadores de las ventajas (particularizadas en el Proyecto de Ley) de emplear los Puntos de Atención al Emprendedor (PAE) y el sistema CIRCE.
- b) Todos los notarios deberán estar disponibles en la Agencia Electrónica Notarial y en disposición de llevar a cabo la constitución de sociedades a través del sistema CIRCE.
- c) Se modifican los artículos 15 y 16 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (Ley de Emprendedores), para dotarlos de mayor precisión en los trámites para la constitución

de sociedades mediante escritura pública con formato estandarizado y estatutos-tipo y sin estatutos-tipo y mejorar la utilización del sistema CIRCE. Cabe destacar:

- En relación con la constitución de sociedades sin estatutos tipo, deberá utilizarse la escritura pública en formato estandarizado para agilizar trámites y se reduce el plazo que tiene el registrador mercantil para inscribir la escritura de forma definitiva.
- La publicación de la inscripción de la sociedad en el BORME estará exenta del pago de tasas.

- d) Se modifica el artículo 13 de la Ley de Emprendedores que regula los Puntos de Atención al Emprendedor (PAE) y se prevé la sustitución del procedimiento para la adquisición de la condición de PAE por un procedimiento administrativo que se regulará por orden.
- e) A partir de la entrada en vigor de la norma de transposición de la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales, el procedimiento notarial para la constitución de sociedades de responsabilidad limitada de forma telemática quedará incorporado al sistema CIRCE y sujeto a los plazos, aranceles y demás requisitos previstos en la regulación de CIRCE.

Fiscalidad

Aplicación de las limitaciones previstas en el TRLIS para la compensación de bases imponibles negativas en operaciones de reestructuración empresarial (STS de 10 de diciembre de 2021)

El Tribunal Supremo, en su Sentencia 1455/2021, de 10 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:4643), interpreta en casación el artículo 90.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, y en particular su apartado segundo, con el fin de determinar si, en el contexto de una operación de fusión por absorción, la Administración sólo podría aplicar las limitaciones a la compensación de bases imponibles negativas previstas en el citado precepto tras haber comprobado que previamente ningún socio aprovechó fiscalmente las pérdidas, tal y como defiende la entidad recurrente. A juicio de ésta, dicha labor de comprobación o acreditación es indispensable pues, de aplicarse automáticamente la limitación a la compensación de bases imponibles negativas, existirán supuestos en los que nadie podrá aplicarlas —el antiguo socio porque no lo hizo y el nuevo porque lo impediría la norma—, alterándose de esta forma la neutralidad fiscal e impidiendo sin justificación alguna la sucesión universal de bienes y derechos que constituye el principio general de toda fusión.

En contra de esa posición, la Abogacía del Estado entiende que la Administración ha de aplicar automáticamente la limitación establecida en dicho precepto, sin estar obligada por tanto, a comprobar si el antiguo socio aprovechó o no, fiscalmente, la pérdida, ya que ello no es exigido por dicho precepto y porque, en todo caso, corresponde invocarlo y, sobre todo, acreditarlo, a la entidad adquirente. En su opinión, el criterio que defiende es el que impide que se produzca

la doble compensación que trata de evitarse con el citado artículo 90.3, algo que sucedería si el aprovechamiento de bases imponibles negativas generadas en la sociedad absorbida se produjese tanto en sede de los socios de dicha entidad —bien a través de la correspondiente depreciación, bien con ocasión de las pérdidas puestas de manifiesto en la transmisión— como en sede de la sociedad absorbente, mediante la compensación una vez realizada la operación de reestructuración planteada.

Teniendo en cuenta las argumentaciones de ambas partes, el Tribunal Supremo realiza las siguientes consideraciones:

- El régimen especial que se preveía para las operaciones de reestructuración empresarial en el capítulo VIII del Título VII del citado Texto Refundido, establecía, como principio general, la subrogación de la entidad adquirente en los derechos y obligaciones tributarias de la entidad transmitente. En particular, recogía el derecho de la entidad adquirente a compensar las bases imponibles negativas generadas por la entidad transmitente que estuvieran pendientes de compensar en el momento de la fusión (apartado primero del citado artículo 90.3).
- Ese derecho, sin embargo, está sujeto a limitaciones. En ese sentido, en el supuesto objeto de análisis ha de atenderse a la limitación prevista en el párrafo segundo del aludido precepto, puesto que la entidad adquirente participaba en el 100 por 100 del capital de la absorbida, y el valor contable de su participación en esta última era inferior al valor de las aportaciones que los socios habían realizado a la entidad transmitente.
- Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que dentro de la expresión «socios», cabe incluir tanto a los titulares de las participaciones en

el momento de la fusión, como a cualquier socio previo de la entidad absorbida, esto es, antiguos socios de la entidad transmitente que también pueden deducirse fiscalmente las pérdidas generadas en el momento de la transmisión.

- La lógica de la finalidad del controvertido artículo 90.3 era evitar el doble aprovechamiento fiscal de las pérdidas de la entidad transmitente. En ese sentido, no es admisible que las bases imponibles negativas se apliquen doblemente, es decir, una vez por el transmitente al computar una pérdida por la

diferencia entre el valor de las aportaciones y el de la transmisión y, otra vez por el adquirente cuando se aplican las bases imponibles negativas de la entidad absorbida.

De acuerdo con todo lo anterior, el Alto Tribunal concluye que, interpretando el artículo 90.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, ha de entenderse que, en el contexto del principio de neutralidad, la Administración Tributaria debe aplicar automáticamente la limitación que establece dicho apartado a la hora de efectuar la compensación de bases imponibles negativas.

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

Estibaliz Aranburu

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

Fernando de las Cuevas

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

Íñigo Erlaiz

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

Fernando Igartua

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

David González

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

Daniel Marín

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

Alfonso Areitio

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

Mónica Weimann

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

Francisco Fita

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

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

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