



# Sociedades

---

Área de Mercantil de Gómez-Acebo & Pombo

**2024** N.º 31

# Contenido

<b>Análisis.....</b>	<b>3</b>	ex artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital y presunción de concurrencia de la propia causa de disolución (STS 94/2024, de 25 de enero) .....	12
— Aportación no dineraria (conjunta) de activos y deuda			
Fernando Marín de la Bárcena .....	3		
<b>Práctica societaria.....</b>	<b>9</b>	— Notificación del cese de administrador residente en el extranjero a los efectos del artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil (RDGSJFP de 19 de marzo del 2024) .....	13
• <b>Transmisión de acciones y participaciones ...</b>	<b>9</b>		
— Eficacia de la transmisión de participaciones sociales una vez transcurridos tres meses desde la comunicación del propósito de enajenarlas (SAP Madrid 610/2023, de 20 de octubre) .....	9		
• <b>Estatutos .....</b>	<b>9</b>		
— La ampliación (o supresión) de actividades integrantes del objeto social suponen modificación sustancial que da lugar al derecho de separación (RDGSJFP de 11 de marzo de 2024) .....	9		
• <b>Junta general.....</b>	<b>10</b>		
— No se pueden celebrar juntas generales (no universales) fuera del término municipal del domicilio social (RDGSJFP de 18 de enero del 2024).....	10		
• <b>Administradores.....</b>	<b>11</b>		
— El poder de representación otorgado entre administradores mancomunados debe formalizarse en documento público cuando se utilice para la realización de actos que deben constar en escritura pública (RDGSJFP de 16 de enero del 2024).....	11		
— Presunción de posterioridad, respecto a la causa de disolución, de las deudas sociales reclamadas			
		• <b>Modificaciones estructurales .....</b>	<b>14</b>
		— Revocación de un acuerdo previo de transformación societaria: hay que transformar «al revés» (RDGSJFP de 16 de enero del 2024).....	14
		• <b>Disolución y liquidación .....</b>	<b>15</b>
		— Se puede inscribir la extinción de una sociedad —sin manifestación de pago a los acreedores o de consignación de créditos— en caso de ausencia de activos (RDGSJFP de 5 de febrero del 2024). .....	15
		— Una sociedad en concurso en fase de liquidación no puede nombrar a su órgano de administración (RDGSJFP de 19 de febrero del 2024).....	15
		— En caso de que existan deudas no exigibles en el balance final de liquidación, para poder extinguir la sociedad es necesario la consignación de dichas deudas, y no es suficiente la constitución de una provisión para su pago (RDGSJFP de 21 de marzo del 2024) .....	16
		• <b>Fiscalidad de sociedades .....</b>	<b>16</b>
		— La deducibilidad de las retribuciones de los administradores sociales: evolución de la cuestión a la luz de la última jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	16

Análisis

# Aportación no dineraria (conjunta) de activos y deuda

---

## FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

### 1. Introducción

Se plantea la cuestión de si es posible aportar a una sociedad de capital —podría ser a la cuenta 118 del Plan General de Contabilidad o realizarse en el marco de un aumento de capital social— las participaciones sociales representativas del capital de una sociedad (no necesariamente una participación mayoritaria) junto con la deuda derivada de la adquisición de dichas participaciones.

No se plantea acudir a un procedimiento de modificación estructural, pero se han obtenido todas las autorizaciones para proceder a la transmisión de las participaciones sociales como activos *uti singuli*, así como el consentimiento del acreedor para que la deuda sea asumida por la sociedad beneficiaria de la aportación, con liberación del socio aportante y la consiguiente novación subjetiva del

contrato de financiación suscrito para la compra de las participaciones sociales (art. 1205 del Código Civil [CC]).

La respuesta requiere determinar si, desde un punto de vista mercantil, es posible y en qué casos realizar una aportación *in natura* conjunta de activos y deuda a una sociedad de capital.

### 2. Régimen general de las aportaciones *in natura*

#### 2.1. Régimen societario

La aportación en Derecho de Sociedades debe ser común a los socios (art. 1666 CC). Esto exige que la aportación que se comprometa a realizar un socio debe ser «adecuada» para la promoción del fin social o fin común, que a su vez viene determinado por el objeto social (v. gr.,

una sociedad *holding* cuyo objeto social sea gestionar inversiones puede recibir participaciones en cualesquiera sociedades). En lo demás, sólo se exige el cumplimiento de los requisitos generales del objeto de cualquier contrato más las reglas especiales que se aplican a las sociedades de capital.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), «[e]n las sociedades de capital sólo podrán ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica». Con frecuencia se habla de la aportación de un contrato (v. gr., de arrendamiento) y con ello se alude a la aportación del derecho de uso que deriva de ese contrato o de la opción de compra anudada en el *leasing*. Lo que está claro, en todo caso, es que no es posible aportar (exclusivamente) una «deuda» a una sociedad de capital.

La aportación de una deuda se produce por ejemplo en la «aportación de empresa» que sí aparece tipificada por la ley (art. 66) e implica la aportación de activos y pasivos inherentes al funcionamiento de la empresa (la empresa como objeto de negocios jurídicos). Una modalidad de este tipo de aportación es la aportación de una «rama de actividad», esto es, no de todo el negocio desarrollado por el aportante, sino sólo de determinados elementos patrimoniales (factores de producción) capaces por su composición de «servir de base por sí mismos al desarrollo de una actividad productiva, es decir, a una actividad que partiendo de ese conjunto patrimonial permita colocar bienes o servicios en el mercado y obtener recursos suficientes

del mismo para su viabilidad en términos económicos».

Este tipo de aportación está expresamente reconocida en la legislación fiscal que, al tiempo que reconoce este concepto (de *rama de actividad*), acepta la idea de que se pueden atribuir a la entidad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan. Textualmente, el artículo 76 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS) dispone lo siguiente (la cursiva es nuestra):

3. Tendrá la consideración de *aportación no dineraria de ramas de actividad* la operación por la cual una entidad aporta, sin ser disuelta, a otra entidad de nueva creación o ya existente la totalidad o una o más ramas de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de la entidad adquirente.
4. Se entenderá por *rama de actividad* el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios. *Podrán ser atribuidas a la entidad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan.*

En conclusión, no cabe duda de la posibilidad de aportar una empresa o una rama de actividad integrada por activos

y pasivos. El único requisito que puede añadirse aquí es que el valor patrimonial neto siempre tiene que ser positivo, dado que de otro modo se estarían creando acciones o participaciones que no corresponden a una aportación patrimonial efectiva (denominadas *liberadas*), lo cual está prohibido por la ley (art. 59 LSC).

La aportación de acciones o participaciones sociales y la deuda contraída para su adquisición no se puede considerar aportación de una «rama de actividad» o de una «empresa» (ni siquiera a efectos fiscales) porque la participación en una sociedad de capital no permite desarrollar una actividad empresarial («colocar bienes y servicios en el mercado») ni constituye una unidad económica «autónoma» (esto es, un «conjunto capaz de funcionar por sus propios medios»). Es cierto, sin embargo, que puede considerarse una forma de aportar una empresa de forma «indirecta» y que, en el ámbito de las modificaciones estructurales, se ha aceptado la idea de que las participaciones sociales de una entidad mercantil (cuando confieren la mayoría o el control) constituyen una «unidad económica» que puede servir a una escisión por constitución de una nueva sociedad o por aportación a una sociedad ya existente, en su caso, mediante aumento de capital social.

## 2.2. Régimen especial de las modificaciones estructurales

La Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (LME) hace referencia al concepto de *unidad económica* en la regulación de las operaciones de escisión parcial y de segrega-

ción (arts. 60 y 61) y en la cesión global plural (art. 73). En este contexto, la ley prevé expresamente (apdo. 2 del art. 60) la posibilidad de atribuir a la sociedad beneficiaria «las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de la empresa que se traspasa» en el caso de que la parte del patrimonio que se transmite en bloque esté constituida por «una o varias empresas o establecimientos comerciales, industriales o de servicios».

Este requisito de que el conjunto de activos y pasivos que se traspasa constituyan una «unidad económica» —que contiene la normativa española de escisiones— tiene por finalidad evitar el desmembramiento «arbitrario» del patrimonio de la sociedad escindida o segregada, de modo que la operación de modificación estructural sirva a una «verdadera» operación de desconcentración empresarial. Sin embargo, se trata de una exigencia o requisito que no existe expresamente en la normativa comunitaria de modificaciones estructurales, por lo que (parte de) la doctrina se ha pronunciado en el sentido de atribuir al término *unidad económica* un sentido más amplio del que a primera vista se deduce de su identificación con el concepto (mercantil y fiscal) de *rama de actividad*, lo que permitiría conciliar el requisito de la norma española con la normativa comunitaria.

Desde este punto de vista, se ha afirmado que existe unidad económica ante cualquier división patrimonial dotada de «autonomía funcional» (actual o potencial), en referencia a la existencia de cierta cohesión entre los distintos

elementos del bloque patrimonial transmitido que les permita «servir de base a una actividad económica», sin que sea necesario que el desarrollo de esa actividad se pueda realizar «por sí solo» con ese bloque patrimonial.

Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), en resolución de 19 de septiembre del 2019, declaró —contra el criterio del registrador— que se puede considerar «unidad económica» a un «conjunto de participaciones o acciones que confieren la mayoría en el capital social de una sociedad». La resolución cita el artículo 76, apartado 2.1.º c de la LIS, que reconoce expresamente la denominada «escisión financiera» (la cursiva es nuestra):

- c) Una entidad segrega una parte de su patrimonio social, *constituida por participaciones en el capital de otras entidades que confieran la mayoría del capital social en éstas*, y las transmite en bloque a una o varias entidades de nueva creación o ya existentes, *manteniendo en su patrimonio, al menos, participaciones de similares características en el capital de otra u otras entidades o bien una rama de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de estas últimas*, que deberán atribuirse a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones, reduciendo el capital social y las reservas en la cuantía necesaria y, en su caso, una compensación en dinero en los términos de la letra a anterior.

Esta resolución reconoce indirectamente que ese conjunto (mayoritario) de acciones o participaciones constituye una «unidad económica» a efectos de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles; la doctrina científica la apoya por considerar que, cuando se transmite (o se aporta) un paquete mayoritario de acciones o participaciones, se está transmitiendo la empresa subyacente y, por lo tanto, no hay sino una transmisión indirecta de una «verdadera» unidad económica o rama de actividad, que es lo que pretende garantizar la regulación española en la materia.

### 3. La aportación de activos y pasivos como negocio «mixto»

La Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 23 de noviembre del 2013 y en otras resoluciones citadas por ésta (y la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 1 de octubre del 2021, desde la perspectiva fiscal) admitió la posibilidad de aportar junto con un inmueble la deuda contraída para su adquisición en los siguientes términos (la cursiva es nuestra):

5. También es perfectamente posible que la finca se aporte a la sociedad como un «negocio mixto» de transmisión de un activo y de un pasivo: se transmite la finca y, a su vez, la sociedad asume un compromiso de hacer frente al pago del crédito o préstamo hipotecario.

No hay inconveniente en que exista una «aportación de deuda a sociedad» en sede de constitución o de ampliación del capital social: por la vía de una aportación no dineraria imputable a capital o a prima de ciertos bienes particulares o conjuntos de

bienes, pueden asumirse junto con los elementos de activo recibidos ciertas deudas de los socios aportantes con terceros siempre que el valor en conjunto de lo aportado sea positivo (es nula la emisión de acciones o participaciones sin contrapartida patrimonial) y cuando tales deudas conformen un «negocio», «establecimiento», «rama de actividad» o «unidad económica» (debe tratarse de «deudas contraídas para la organización o funcionamiento de la empresa que se aporta», vid. artículo 70.2 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (RCL 2009\719) por analogía; Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 noviembre 1989) o se trate de deudas de suyo vinculadas o «inherentes» a los bienes aportados como ocurre en las aportaciones de fincas hipotecadas cuando se prevea la asunción de deudas por parte de la sociedad o de un bien aportado cuyo precio estuviere pendiente de pago» (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de noviembre 1989 y 3 de abril de 1991).

Es conveniente destacar como la Dirección General admite expresamente que una deuda sea objeto de aportación a una sociedad, pero con estas exigencias:

- 1) que vaya vinculada a un activo;
- 2) que «el conjunto de lo aportado» tenga un valor «positivo» (por el principio de integración);
- 3) y que se trate de una deuda: a) integrada en «unidad económica» (v. gr., deuda contraída para la adquisición de participaciones representativas de una mayoría en el capital social de una empresa como mecanismo de aportación indirecta de

empresa); o, como alternativa, b) que se trate de deudas inherentes o vinculadas a los bienes aportados (v. gr., deudas contraídas para la adquisición de un bien inmueble).

#### 4. Conclusiones

A la vista de todo lo anteriormente expuesto, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- 1) La Ley de Sociedades de Capital permite aportar a una sociedad «bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica» y no hace referencia a la posibilidad de aportar una deuda a una sociedad. Esta posibilidad sólo aparece referenciada en la normativa tributaria en conexión con la aportación de «rama de actividad», donde se afirma que es posible aportar «las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan» (aportación conjunta de activos y pasivos).
- 2) La Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles permite aportar (a título universal) a una sociedad de nueva creación o ya existente (con aumento de capital o imputado a prima de escisión) una mayoría de acciones o participaciones a una sociedad de capital, considerándose —a estos efectos— que dichas participaciones constituyen «unidad económica».
- 3) La Dirección General de los Registros y del Notariado ha considerado válida la aportación de deudas «vinculadas» o «inherentes» a bienes (o derechos) aportados, normalmente en el marco de la aportación de bienes inmuebles

gravados con carga hipotecaria en los que, al efectuar la valoración, no sólo se descuenta el valor de carga (la «responsabilidad hipotecaria») cuando exista alta probabilidad de impago, sino la totalidad de la deuda que es asumida por la sociedad.

- 4) En nuestra opinión, no existe inconveniente legal en aportar a una sociedad de capital (sea en un aumento de capital o a la cuenta 118 del Plan General de Contabilidad) acciones o participaciones sociales (sin necesidad de que constituyan una «mayoría») o cualesquiera otros bienes o derechos junto con la deuda contraída para su adquisición o para su mantenimiento (con asunción de la deuda, liberatoria o no), mediante la realización de los ajustes necesarios en la valoración que debe dar un valor

neto positivo (prohibición de emitir acciones o participaciones liberadas). La mera existencia de una carga sobre las participaciones sociales (prenda) para garantizar otras deudas distintas de las contraídas para la adquisición o mantenimiento de dichas participaciones sociales no permitiría, sin embargo, aportar la deuda garantizada por la participación social, ya que no sería inherente a la adquisición del activo ni guardaría la necesaria conexión funcional con el activo aportado.

- 5) La posibilidad de que este tipo de operaciones (aportación conjunta de activos y deuda) encajen en el régimen de diferimiento previsto en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, requiere su análisis caso por caso.



# Práctica societaria

## Transmisión de acciones y participaciones

### Eficacia de la transmisión de participaciones sociales una vez transcurridos tres meses desde la comunicación del propósito de enajenarlas (SAP Madrid 610/2023, de 20 de octubre)

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.<sup>a</sup>) 610/2023, de 20 de octubre (ECLI:ES:APM:2023:17087) ha recordado que la transmisión de participaciones sociales llevada a cabo transcurridos tres meses desde la comunicación a la sociedad de la intención de enajenarlas será eficaz cuando, en ese tiempo, la sociedad no haya indicado al socio que pretende enajenarlas la identidad de los interesados en adquirirlas (art. 107.2f de la Ley de Sociedades de Capital o LSC).

Dadas las circunstancias concurrentes y en relación con lo anterior, la Audiencia se ocupó de precisar que, desde luego, la no celebración de junta general para deliberar sobre si autorizar o no la transmisión no constituye impedimento para proceder a la transmisión de las participaciones sociales. De ser de otra forma —apunta la sentencia reseñada—, las sociedades contarían con «un mecanismo unilateral por el cual podrían evitar que sus socios transmitieran sus participaciones sociales: podrían decidir deliberadamente no celebrar junta y simplemente así se evitaría que la venta prosperase».

La anterior conclusión resultará aplicable con independencia de quién sea el responsable de que la junta no se haya celebrado. En efecto, según explica la Audiencia Provincial de Madrid, la Ley

de Sociedades de Capital (art. 107.2c) no prevé como causa de denegación del consentimiento «la no celebración de la junta o cualquier otra objeción de la sociedad que no sea presentar a un socio o tercero que adquiera las participaciones que se pretenden transmitir. Por tanto, el hecho de que el administrador, una vez recibida la notificación de la oferta por parte del transmitente, omita su deber de convocar la junta general para comunicar la oferta a los socios y que los mismos puedan ejercer sus correspondientes derechos, no puede suponer la paralización de la venta».

Del mismo modo resultó irrelevante en el caso de que, una vez comunicada regularmente la intención de transmitir, se pretendiera cuestionar la eficacia de la transmisión anunciada con el argumento de que faltaban en dicha comunicación datos suficientes sobre las condiciones de aplazamiento del precio por el que se pretendía enajenar las participaciones. A la vista de los hechos, esta actuación fue considerada en ambas instancias no conforme con la buena fe. Y ello porque, de un lado, la sociedad no indicó, antes de la efectividad de la transmisión, qué datos concretos adicionales eran los que necesitaba para valorar adecuadamente la operación, limitándose a verter manifestaciones genéricas. Y, de otro, porque, al margen de lo anterior, la compañía pudo intentar recabar de forma efectiva la información que decía necesitar, dirigiéndose, bien a la transmitente mediante algún intento serio de comunicación (y no simplemente para cubrir las apariencias), bien a la proyectada adquirente, todo lo cual estaba perfectamente a su alcance.

## Estatutos

### La ampliación (o supresión) de actividades integrantes del objeto

## **social suponen modificación sustancial que da lugar al derecho de separación (RDGSJFP de 11 de marzo de 2024)**

Presentada a inscripción una escritura de ampliación del objeto social, el registrador rechaza la inscripción porque, en su opinión, en el presente caso estamos ante una modificación sustancial del objeto social que origina el derecho de separación y no consta en la escritura el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 348 y 349 de la Ley de Sociedades de Capital y 206 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM) en relación con este derecho.

La sociedad recurre alegando que se ha producido una mera ampliación del objeto social y que no se trata de una modificación sustancial, sino de meras concreciones o especificaciones al objeto primigenio, por lo que no procede en ningún caso el derecho de separación.

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP), mediante resolución de 11 de marzo del 2024 (BOE núm. 89, de 11 de abril), ratifica la calificación registral y rechaza la inscripción de la escritura. Tradicionalmente se ha discutido entre dos opiniones doctrinales: i) sólo cabe ejercitar el derecho de separación en el caso de que las actividades integrantes del objeto social fueran reemplazadas por otras nuevas; o ii) es suficiente con que la sociedad, sin sustituir el objeto social, modifique su objeto de modo que se yuxtapongan, se amplíen o restrinjan determinadas actividades integrantes de tal objeto, como acabó por declarar el Tribunal Supremo. En contra de la tesis de la sociedad recurrente (dedicada a la «limpieza general de edificios»), el centro directivo considera que en este caso sí existe modificación sustancial del objeto social, pues además de determinadas actividades que se han añadido al objeto social que, efectivamente, constituyen meras concreciones o especificaciones del objeto primigenio, se han introducido otras, «que indu-

dablemente implican una modificación sustancial del conjunto de actividades que conforman el objeto social por referirse a realidades económicas y jurídicas distintas de aquellas que hasta entonces constituían dicho objeto», en referencia a la actividad «transporte de mercancías por carretera, agencia de transportes».

Como señala el centro directivo es «el criterio de actividad el que debe servir de referencia para determinar si la modificación del objeto social tiene o no el carácter de esencial. Tanto la supresión como la adición de actividades distintas a las que constituían el objeto antes de la modificación merecen tal categorización».

## **Junta general**

### **No se pueden celebrar juntas generales (no universales) fuera del término municipal del domicilio social (RDGSJFP de 18 de enero del 2024)**

Se rechaza el depósito de las cuentas anuales de una sociedad limitada porque la junta general en la que se aprobaron las cuentas se convocó y celebró —ante notario— en un término municipal distinto al del domicilio social, sin que de los estatutos resulte previsión alguna al respecto.

La Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 18 de enero del 2024 (BOE núm. 48, de 23 de febrero) confirma la calificación del registrador y declara que el domicilio social no puede ser alterado por el órgano de administración de la sociedad a los efectos de la celebración de las juntas generales en atención a determinadas circunstancias particulares concurrentes en uno o varios de los socios o de la propia sociedad. El artículo 175 de la Ley de Sociedades de Capital establece claramente que las juntas generales se celebrarán, salvo disposición contraria de los estatutos, en el

término municipal en que la sociedad tenga su domicilio. Sólo existen dos excepciones a esta regla general: 1) la prevista en el artículo 178 de la Ley de Sociedades de Capital cuando la junta se celebre por el procedimiento universal, en cuyo caso puede celebrarse «en cualquier lugar del territorio nacional o extranjero», y 2) la derivada de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1989 que dejó a salvo de la necesidad de que la junta se celebrara en el término municipal del domicilio de la sociedad el supuesto de «fuerza mayor».

De conformidad con lo anterior, el registrador en ningún caso puede entrar a valorar las razones que han llevado al administrador a convocar la junta fuera del domicilio social, pues, si se admitiera la inscripción de unos acuerdos procedentes de una junta celebrada en lugar distinto de la sede de la sociedad, ello «implicaría dejar sin aplicación el artículo 175 de la ley, lo que podría afectar a la validez de los acuerdos (cfr. art. 204 LSC) y vulnerar las garantías legalmente fijadas en interés los socios» (RDGRN de 16 de septiembre del 2011).

Por otro lado, aclara que la decisión de la sociedad de que las juntas generales se hagan en presencia de notario (artículo 203 LSC), no puede suponer la conculcación de otros preceptos de protección de los socios, máxime cuando la normativa vigente regula el ejercicio de la competencia notarial (arts. 116 y 117 del Reglamento Notarial) cuando en el término municipal correspondiente al domicilio social no existe Notaría demarcada.

## Administradores

**El poder de representación otorgado entre administradores mancomunados debe formalizarse en documento público cuando se utilice para la realización de actos que deben constar en escritura pública (RDGSJFP de 16 de enero del 2024)**

Los administradores mancomunados de una sociedad anónima acuerdan la venta de un inmueble, compareciendo al otorgamiento de la escritura de compraventa, en representación de la sociedad, uno solo de los administradores mancomunados, debidamente autorizado para ello como consta en la certificación de acuerdos del órgano de administración en ese sentido, que se aporta a la escritura con las firmas legitimadas notarialmente.

El registrador suspende la inscripción porque considera que dicho certificado es un poder que tiene que constar en escritura pública, conforme a lo dispuesto por el artículo 1280 del Código Civil. El notario autorizante recurre y alega que no es un poder, sino un certificado de un acuerdo del órgano de administración, y por ello bastan las firmas legitimadas.

La Dirección General en su resolución de 16 de enero del 2024 (BOE núm. 48, de 23 de febrero), desestima el recurso. Considera que la representación de los administradores mancomunados a favor de uno de ellos debe otorgarse mediante un poder notarial (no mediante una certificación, aunque tenga firmas legitimadas), toda vez que la actuación pretendida (la transmisión de un inmueble) se formaliza en escritura y se inscribe en un registro público.

Como regla general, el apoderamiento se otorgará mediante documento privado en el que se consignará el alcance de la representación, por ejemplo, un simple proxy para firmar un contrato de arrendamiento, o en un acta que consigne la decisión adoptada por los administradores mancomunados, sin necesidad de legitimación de firmas (arts. 1.278 y 1.710 CC). Sin embargo, el poder de representación deberá otorgarse en documento público cuando se pretenda su inscripción en el Registro Mercantil (art. 5.1 RRM) y, entre otros, cuando se pretenda utilizar para la realización de actos que deban constar en escritura pública por exigencias del artículo 1280 5º del Código Civil y artículo 3 de la Ley Hipotecaria (transmisión de un inmueble, como ocurre en este caso).

## **Presunción de posterioridad, respecto a la causa de disolución, de las deudas sociales reclamadas ex artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital y presunción de concurrencia de la propia causa de disolución (STS 94/2024, de 25 de enero)**

Se ejerció la acción de responsabilidad por deudas sociales del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital contra la administradora de derecho y el administrador de hecho de una sociedad de responsabilidad limitada. La demanda fue estimada en ambas instancias al considerarse que, antes del nacimiento de la obligación cuyo cumplimiento reclamaba el demandante (2012), la compañía deudora se hallaba ya incurso en la causa de disolución del artículo 363.1e de dicha ley (pérdidas cualificadas).

El administrador de hecho condenado recurrió en casación alegando, en sustancia, que la Audiencia había aplicado de forma automática e indebida la presunción recogida en el artículo 367.2 de la Ley de Sociedades de Capital (las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad). En su opinión, el fallo condenatorio se había basado en la mera falta de depósito de las cuentas anuales del 2011 (y ejercicios sucesivos) y en entender que todas las deudas surgidas después de esa fecha eran posteriores a la causa de disolución.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación en su Sentencia 94/2024, de 25 de enero (ECLI:ES:TS:2024:232). A los efectos que ahora interesan, su argumentación se basó en las siguientes ideas:

a) Según el artículo 367.2 de la Ley de Sociedades de Capital se presume que las obligaciones sociales cuyo cumplimiento se reclama a los administradores son posteriores a la aparición de la causa de disolución, de

forma que recae sobre éstos la prueba de que, por el contrario, la deuda social es anterior a dicha fecha.

- b) La entrada en juego de esta previsión legal presupone que previamente el acreedor ha acreditado la propia existencia de la causa de disolución. En efecto, al tratarse de un hecho constitutivo de su pretensión, es el acreedor que ejercita la acción de responsabilidad quien debe probar la concurrencia de la causa de disolución y su fecha de acaecimiento.
- c) Cuestión distinta es que, en supuestos como el que dio origen al litigio, la prueba de la concurrencia de la causa de disolución (en este caso, la existencia de pérdidas que redujeron el patrimonio de la sociedad deudora por debajo de la mitad del capital social) pueda acreditarse indirectamente. En efecto, según el Tribunal Supremo, cuando la sociedad no tenga depositadas las cuentas en el Registro Mercantil y existan indicios de que se encuentra en esa situación de pérdidas (por ejemplo, por el cierre *de facto* o por el impago generalizado de créditos), cabe presumir la concurrencia de la citada causa de disolución (en este sentido, STS 652/2021, de 29 de septiembre, ECLI:ES:TS:2021:3524). La falta de presentación de las cuentas anuales operaría, así, una inversión de la carga probatoria, de suerte que será el demandado quien soporte la carga de probar la ausencia de una situación de desbalance (bien entendido que el incumplimiento del deber legal del depósito de las cuentas anuales ni es causa legal de disolución de la sociedad ni determina por sí mismo la obligación de los administradores de responder de las deudas sociales). Esto fue lo que precisamente había sucedido: al no haber sido depositadas las cuentas anuales de la deudora en el Registro Mercantil (ni haber sido tampoco aportadas por su administrador), no pudo verificarse si

se habían o no generado pérdidas cualificadas. En suma, fue el incumplimiento del administrador (o, en el caso, del administrador de hecho, al no cerciorarse de que fueran formuladas por la administradora de derecho) lo que impidió conocer con certeza la situación a 31 de diciembre del 2011. Y ello llevó a la Audiencia a presumir que concurría efectivamente la causa de disolución en esa fecha y, en consecuencia, a hacerlo responsable de las deudas posteriores.

### **Notificación del cese de administrador residente en el extranjero a los efectos del artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil (RDGSJFP de 19 de marzo del 2024)**

Se elevan a público los acuerdos de cese de administrador único y de nombramiento de nuevo administrador y se solicita al notario que, a efectos del artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil, notifique el cese al administrador cesado que reside en el extranjero (en Francia). Mediante diligencias notariales queda acreditado que se realizó la notificación por el sistema de carta certificada con aviso de recibo y que no pudo ser entregada a su destinatario por dirección desconocida, según indica la entidad francesa de correos.

El registrador mercantil resuelve no practicar la inscripción porque, habiendo resultado infructuosa dicha notificación, debe reintentarse conforme a los artículos 202 y 203 del Reglamento de la organización y régimen del notariado—reglamento notarial— (es necesaria una doble actuación notarial que dé cobertura al menos a dos intentos de notificación con entrega de la correspondiente cédula: uno, efectuado mediante la personación del notario en el domicilio en que la notificación ha de practicarse y, otro, mediante su envío por

correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro procedimiento que permitiera dejar constancia fehaciente de la entrega).

Recurrida la calificación, el centro directivo, mediante resolución de 19 de marzo del 2024 (BOE núm. 89, de 11 de abril), desestima el recurso y confirma la calificación del registrador, si bien aclarando que en los casos de notificación en el extranjero no es aplicable lo dispuesto en el reglamento notarial.

Indica la Dirección General que el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil lo único que exige es que se acredite la «notificación fehaciente del nombramiento al anterior titular, con cargo inscrito, en el domicilio de éste según el Registro», si bien añade —como posibilidad no excluyente de otras vías— que «la notificación quedará cumplimentada y se tendrá por hecha en cualquiera de las formas expresadas en el artículo 202 del reglamento notarial».

El Reglamento Notarial se limita a regular las notificaciones nacionales o internas. Por ello, en cuanto a la notificación o traslado de documentos a personas con dirección en otro Estado, hay que aplicar la normativa específica sobre cooperación jurídica internacional en el ámbito civil y mercantil: Reglamento (UE) 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil; Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965, sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, y Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil; ello, según el ámbito competencial y territorial de que se trate, sin perjuicio de otros convenios multilaterales.

En el presente caso, como la notificación fehaciente del nombramiento de administrador debe

practicarse en Francia, es aplicable el citado Reglamento (UE) 2020/1784, de conformidad con los mecanismos previstos en el mismo. Esto es: a) la notificación notarial deberá ser trasladada a través del organismo transmisor designado por el Reino de España —el letrado de la Administración de Justicia que corresponda al tribunal del domicilio del notario autorizante— y b) el acta notarial —como documento extrajudicial— así transmitido deberá cumplir los restantes requisitos establecidos en el reglamento y, especialmente, su traducción (arts. 9 y 12).

## Modificaciones estructurales

### Revocación de un acuerdo previo de transformación societaria: hay que transformar «al revés» (RDGSJFP de 16 de enero del 2024)

En fecha 30 de noviembre del 2020, una sociedad anónima adopta por mayoría el acuerdo de transformación en sociedad limitada, acuerdo que es inscrito en el Registro Mercantil. En fecha 16 de mayo del 2023, la misma sociedad adopta por mayoría el acuerdo de dejar sin efecto el anterior acuerdo de transformación, aprueba de nuevo los estatutos de la sociedad como sociedad anónima y solicita la inscripción de la sociedad otra vez como anónima.

El registrador mercantil lo califica negativamente alegando que los acuerdos cuya inscripción se solicita debían haber cumplido —cosa que no sucede— los requisitos previstos en la ley para la transformación de una sociedad limitada en anónima. Todo ello para asegurar la protección de los socios y de los terceros.

La sociedad recurre, con base sobre todo en la idea de que no había existido un (segundo) acuer-

do de transformación, sino un (mero) acuerdo de revocación del acuerdo de transformación previo. Con ello se pretendía, en suma, que no llegasen a alcanzar a la compañía los efectos jurídicos que se derivaron (plenamente) de aquel primer acuerdo de transformación (que había sido inscrito).

El centro directivo (RDGSJFP de 16 de enero del 2024 —BOE núm. 48, de 23 de febrero—) ratifica la calificación registral afirmando que, en el plano material, la sociedad no puede pretender actuar como si el acuerdo previo de transformación en sociedad de responsabilidad limitada no hubiera existido, por lo que los efectos producidos en la esfera jurídica de socios y terceros quedan inalterados. Y apunta, además, que, en el plano formal o procedimental, el (segundo) acuerdo (para el que se solicitaba la inscripción) debía reunir los requisitos exigidos por el ordenamiento para producir los efectos propios de la transformación en un tipo social distinto (convocatoria, *quorum*...) e ir acompañado de las medidas de garantía previstas en el ordenamiento en favor tanto de socios como de acreedores.

En definitiva: la transformación acordada en el 2020 ya había producido todos sus efectos, por lo que, para «retornar» a la forma «anónima», la sociedad debería haber llevado a cabo una operación de transformación de sentido contrario a la primera con cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos impuestos por la legislación societaria. Tal posibilidad está, naturalmente, abierta para la compañía. Pero, y esto es importante, esa eventual segunda transformación no podría tener eficacia retroactiva y, por tanto, no podría afectar a los derechos consolidados por terceros y socios (de tal forma que sólo tendría efectos *ex nunc*). No cabía, por tanto, como pretendía la sociedad, adoptar eficazmente un mero acuerdo por el que se dejara sin efectos, con eficacia *ex tunc*, la transformación previamente efectuada.

## Disolución y liquidación

### Se puede inscribir la extinción de una sociedad —sin manifestación de pago a los acreedores o de consignación de créditos— en caso de ausencia de activos (RDGSJFP de 5 de febrero del 2024)

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, mediante resolución de 5 de febrero del 2024 (BOE núm. 60, de 8 de marzo), ratifica su doctrina sobre la inscribibilidad de la extinción de una sociedad de capital y la cancelación de sus asientos registrales en aquellos supuestos en los que no existe activo alguno que liquidar y así lo manifiesta el liquidador.

- a) En casos en que se declare judicialmente la improcedencia del concurso, no se puede condenar a los socios a la subsistencia de la inscripción registral de una sociedad disuelta y con las operaciones de liquidación realizadas (aunque no se haya podido satisfacer a los acreedores si la sociedad es insolvente).
- b) Con independencia de que sea o no procedente la declaración del concurso, las normas de la Ley de Sociedades de Capital y de la Ley Concursal no supeditan la cancelación de los asientos registrales de una sociedad que carezca de activo social a la previa declaración del concurso (con aplicación de las normas sobre extinción concursal por insuficiencia de masa) ni a que los acreedores sean notificados o hayan dado su consentimiento.
- c) Las disposiciones de la Ley de Sociedades de Capital relativas al pago de los acreedores o a la consignación de sus créditos presuponen necesariamente una disponibilidad patrimonial que permita el cumplimiento de tales obligaciones, de suerte que, si resulta acreditada la inexistencia de haber social, no

puede impedirse la cancelación de los asientos registrales de la sociedad.

### Una sociedad en concurso en fase de liquidación no puede nombrar a su órgano de administración (RDGSJFP de 19 de febrero del 2024)

El registrador mercantil rechaza la inscripción del nombramiento de un administrador único aprobado por la junta general de una sociedad en concurso, con apertura de la fase de liquidación, con base en el artículo 413.2 de la Ley Concursal (cuya redacción es muy parecida a la del artículo 145.3 de la Ley 22/2003, Concursal, vigente en el momento de la declaración del concurso).

El recurrente argumenta que en ningún caso la situación jurídica de liquidación y el nombramiento de la administración concursal (mientras dure el concurso de acreedores) implican la disolución automática de la sociedad —disolución que no ha sido declarada formalmente en este caso— y, por ello, únicamente se ha producido una suspensión temporal de las facultades del administrador, siendo posible la designación de uno nuevo.

La Dirección General, mediante resolución de 19 de febrero del 2024 (BOE núm. 69, de 19 de marzo), ratifica la calificación registral y rechaza la inscripción del nombramiento del administrador, confirmando que la dicción de la Ley Concursal no puede ser más clara. Las operaciones de liquidación societaria son competencia de los liquidadores, sin que puedan ser llevadas a cabo por los administradores sociales, que, como consecuencia del estado de disolución, quedan cesados *de iure*. Recuerda el centro directivo que es doctrina reiterada del Tribunal Supremo (Sentencias de 4 de junio del 2000, de 27 de diciembre del 2011, de 20 de marzo del 2013 y de 24 de mayo del 2017), que, en aquellos supuestos en

que no se ha concluido el proceso liquidatorio en sentido sustancial, los liquidadores continuarán como tales y deberán seguir representando a la sociedad mientras surjan obligaciones pendientes o sobrevenidas, máxime cuando la inscripción de cancelación en el Registro Mercantil no tiene efecto constitutivo, sino meramente declarativo.

**En caso de que existan deudas no exigibles en el balance final de liquidación, para poder extinguir la sociedad es necesario la consignación de dichas deudas, y no es suficiente la constitución de una provisión para su pago (RDGSJFP de 21 de marzo del 2024)**

Se rechaza la inscripción de una escritura de disolución y liquidación de una sociedad limitada por dos motivos: en primer lugar, porque en el balance final de liquidación aparece una deuda con la Hacienda Pública (Impuesto de Sociedades del último ejercicio), que no es objeto de consignación y, en segundo lugar, porque de la cuota de liquidación que corresponde a cada uno de los dos socios de la sociedad se resta el importe correspondiente a la deuda con Hacienda por el Impuesto de Sociedades, creándose una provisión para su pago en el balance.

Presentado recurso, la Dirección General (RDGSJFP de 21 de marzo del 2024 —BOE núm. 93, de 16 de abril—) confirma la calificación registral. El régimen legal de la liquidación previsto en la Ley de Sociedades de Capital es un sistema de liquidación en sentido estricto, pues se fundamenta en la total realización del activo no dinerario (art. 387), en la satisfacción del pasivo (art. 385.1) y en el reparto del líquido remanente (arts. 390.1 y 393.1).

La Ley de Sociedades de Capital no ignora que al tiempo de la liquidación pueden existir deudas que, por el motivo que sea, no puedan ser satisfechas en ese momento, permitiendo que las operaciones de liquidación se completen siempre que se proceda a su consignación en una entidad de crédito (arts. 391.2 y 392.1b) o a su aseguramiento (art. 394.1).

La pretensión de llevar a cabo la liquidación de un modo distinto al previsto legalmente no es conforme a Derecho.

Tiene razón el recurrente cuando señala que la deuda con la Hacienda pública derivada del acuerdo de liquidación no es exigible hasta el cumplimiento del plazo previsto legalmente (arts. 27.2a, 28 y 124.1 de la LIS pero de aquí no se deriva la imposibilidad de realizar el pago, sólo su postergación en el tiempo, supuesto para el que, de acuerdo con el artículo 391.1 de la Ley de Sociedades de Capital, se prevé la consignación en entidad de crédito.

## Fiscalidad de sociedades

### **La deducibilidad de las retribuciones de los administradores sociales: evolución de la cuestión a la luz de la última jurisprudencia del Tribunal Supremo**

La deducibilidad de las retribuciones de los administradores sociales ha sido siempre un tema rodeado de controversia. Sin embargo, las últimas sentencias del Tribunal Supremo han contribuido a aportar claridad sobre este tema. En ese sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio del 2023 (rec. núm. 6442/2021) supuso un primer paso hacia la defensa de una posición antiformalista de la cuestión, determinando que las retribuciones percibidas por los administradores de una sociedad anónima unipersonal, que constan acreditadas, contabilizadas y previstas en



los estatutos de la sociedad, no constituyen una liberalidad no deducible por el hecho de que la relación que une a los perceptores de las remuneraciones con la empresa sea de carácter mercantil y aunque no se cumpla el requisito mercantil relativo al acuerdo de la junta general sobre tales retribuciones.

No obstante, dicho fallo se emitió en el contexto de una sociedad unipersonal que estatutariamente había previsto la retribución del cargo de administrador, por lo que dejaba sin aclarar suficientemente la posibilidad de extender tales conclusiones tanto a *entidades no unipersonales* como a aquellas que *hubiesen previsto en sus estatutos la gratuidad del cargo*.

La primera de esas cuestiones fue resuelta por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero del 2024 (rec. núm. 4378/2022) —extendiendo el criterio de la Sentencia de 27 de junio del 2023 a entidades no unipersonales— y por la Sentencia de 20 de febrero del 2024 (rec. núm. 7435/2021) —admitiendo, también en el contexto de una entidad no unipersonal, la deducibilidad cuando sí existe acuerdo de la junta general, pero éste no se ha inscrito debidamente en el Registro Mercantil—.

Ahora bien, dichos fallos —referidos a la *inexistencia de acuerdo de la junta general* o, en su caso, a la falta de *inscripción registral de éste* — se dictaron siempre en un escenario en el que existía previsión estatutaria sobre el carácter retribuido del cargo. Esto llevó al Tribunal Económico-Administrativo Central, en dos resoluciones de 22 de febrero del 2024 (RG 5806/2023 y RG 6496/2022), a entender que podía denegarse la deducibilidad de las retribuciones que los administradores o consejeros pudieran recibir por razón de su cargo —relación mercantil— cuando no concurría el «*estricto cumplimiento de las normas mercantiles sobre la retribución de los consejeros/administradores de las sociedades* —carácter no

gratuito del cargo, fijación con certeza del sistema retributivo a seguir, para éstos, en los estatutos, con el suficiente grado de certeza—».

Sin embargo, avanzando en el análisis de la jurisprudencia del alto tribunal, su Sentencia de 13 de marzo del 2024 (rec. núm. 9078/2022) parece admitir la posibilidad de extender la referida posición antiformalista también a los supuestos en los que no existe previsión estatutaria del carácter retribuido del cargo. En ese sentido concluye que «las previsiones en las normas mercantiles no comportan una presunción *iuris et de iure* que trasciende al ámbito fiscal», por lo que «en todo caso, del juego de las previsiones mercantiles debe partirse de que, si no hay previsión estatutaria, en principio y salvo prueba en contrario, se presume que las cantidades entregadas a los administradores son gratuitas». Sin embargo, «cuando se acredita, como es el caso [...] que sí existe onerosidad, que las retribuciones percibidas por los [...] miembros del consejo de administración [...] responden a los servicios prestados a la misma para obtención de ingresos, desaparece el carácter de gratuidad de las mismas, y de cumplirse el resto de [los] requisitos antes referidos conforme a las normas fiscales han de considerarse gastos susceptibles de deducción», requisitos con los que el alto tribunal se refiere, básicamente a la contabilización del gasto, a su onerosidad y a su correlación con los ingresos.

Del análisis de esta sentencia, unido a lo establecido en las anteriores, se desprende que si bien la inobservancia de los requisitos mercantiles relativos a la retribución de los administradores podría comportar un ilícito mercantil, tales consecuencias no deberían trasladarse al ámbito fiscal, siempre que quede acreditado que dichos servicios hayan sido efectivamente prestados y que estén correlacionados con los ingresos de la compañía, debiendo existir a estos efectos prueba suficiente que permita demostrar tal extremo.

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***Socia, Madrid*

Tel.: (+34) 91 582 91 00

fcuevas@ga-p.com

**Íñigo Erlaiz***Socio Director, Madrid*

Tel.: (+34) 91 582 91 00

ierlaiz@ga-p.com

**Fernando Igartua***Socio, New York*

Tel.: (+34) 91 582 91 00

figartua@ga-p.com

**David González***Socio, Madrid*

Tel.: (+34) 91 582 91 00

dgonzalez@ga-p.com

**Daniel Marín***Director, Barcelona*

Tel.: (+34) 93 415 74 00

dmarin@ga-p.com

**Alfonso Areitio***Socio, Bilbao*

Tel.: (+34) 94 415 70 15

aareitio@ga-p.com

**Mónica Weimann***Socia, Madrid*

Tel.: (+34) 91 582 91 00

mweimann@ga-p.com

**Francisco Fita***Director, Valencia*

Tel.: (+34) 96 351 38 35

ffita@ga-p.com

---

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

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, 2024. Todos los derechos reservados.

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

ISSN 2951-8369