



Sociedades

Área de Mercantil de Gómez-Acebo & Pombo

Contenido

Análisis.....	3		
— Test de relevancia e infracción del derecho de información Alberto Díaz Moreno, Consejero académico de GA_P	3		
— Las vías procesales para la impugnación de un acuerdo social con fundamento en el incumplimiento de un pacto parasocial Faustino Javier Cordón Moreno, Consejero académico de GA_P	12		
Práctica Societaria	15		
• Transmisión de acciones y participaciones	15		
— Carta en la mesa «presa» (SAP Salamanca de 16 de febrero de 2024)	15		
• Junta general	15		
— La omisión en la convocatoria de la mención al derecho de examinar el texto íntegro de la modificación estatutaria NO SIEMPRE impide la inscripción de los acuerdos adoptados (RDGSJFP de 16 de abril de 2024)	15		
• Administradores.....	16		
— La acción individual por desaparición de activos no prospera (SAP Barcelona Sección 15ª de 23 de febrero de 2024).....	16		
— ¿Para qué sirve el artículo 367.2 LSC? (STS 1ª de 27 de febrero de 2024).....	18		
• Disolución y liquidación	18		
— El balance final de liquidación de una SL no tiene que ajustarse al Plan General de Contabilidad (falta de correspondencia entre activo y pasivo) (RDGSJFP de 23 de abril de 2024)	18		
• Fiscalidad de Sociedades	19		
— La deducibilidad de las retribuciones de los administradores sociales: evolución de la cuestión a la luz de la última jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	19		

Análisis

Test de relevancia e infracción del derecho de información

ALBERTO DÍAZ MORENO

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 762/2024, de 29 de mayo, se ha enfrentado a la cuestión del alcance del «test de relevancia» previsto en el artículo 204.3b de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) en relación con las eventuales infracciones del derecho de información del socio. Y, en referencia a la impugnabilidad de los acuerdos sociales afectados por tales vulneraciones, ha distinguido entre la información que debe ser proporcionada al socio por resultar «necesaria» y aquella otra que merece la calificación de «esencial».

1. Antecedentes

La junta general de una sociedad de responsabilidad limitada fue convocada para deliberar el día 28 de junio del 2017 sobre el siguiente orden del día: «Primero.- Aprobación, si procede, de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio iniciado el 1 de enero del año 2016 y finalizado el 31 de diciembre del 2016. Segundo.- Aprobación, si

procede, de la propuesta de aplicación del resultado del citado ejercicio. Tercero.- Aprobación, si procede, de la gestión el órgano de administración de la entidad, correspondiente al ejercicio iniciado el 1 de enero del año 2016 y finalizado el 31 de diciembre del 2016. Cuarto.- Cambio de motores de la embarcación [...]. Reclamación a la propiedad. Quinto.- Ruegos y preguntas. Sexto.- Redacción, lectura y, en su caso, aprobación del acta de la junta».

El día 16 de junio del 2017 un socio titular del 20 % del capital social de la compañía requirió de ésta, en ejercicio de su derecho de información (arts. 196 y 272.3 LSC), un conjunto de documentos, entre los que se contaban las «nóminas de cada uno de los empleados de la sociedad devengadas durante el ejercicio 2016» y la «relación de ventas diarias realizadas durante el ejercicio por cada uno de los distintos puntos de venta a través

de los cuales la sociedad comercializa los tiquets [sic] para acceder a las embarcaciones que explota durante el ejercicio 2016 [...] y, en particular, los contratos en los que se recojan las condiciones pactadas con cada uno de ellos». Dos días antes de la fecha prevista para la asamblea, el socio requirente acudió a las oficinas de la sociedad, donde se pusieron a su disposición no sólo el informe de auditoría, sino también los soportes documentales de la contabilidad relativa a las cuentas anuales objeto de aprobación, y se le facilitó información relacionada con la documentación solicitada.

Finalmente, en la junta general se aprobaron los tres primeros puntos del orden del día antes mencionados. El socio que había solicitado la información impugnó los acuerdos adoptados alegando la infracción de su derecho de información dado que, en su opinión, no se le proporcionó la documentación requerida.

El Juzgado de lo Mercantil analizó la documentación solicitada y la información suministrada y concluyó que, efectivamente, se había infringido el derecho de información del socio porque no se le proporcionaron ni la relación de las ventas diarias realizadas durante el ejercicio 2016 por cada uno de los distintos puntos de venta ni las nóminas de cada uno de los empleados de la sociedad correspondientes a dicho ejercicio. En consecuencia, estimó la demanda y declaró nulos, por infracción del derecho de información del actor, los acuerdos sociales adoptados (que fueron los correspondientes a los tres primeros puntos del orden del día antes detallado).

La resolución de primera instancia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 5.^a) en su Sentencia

núm. 807/2019, de 21 de noviembre (ECLI:ES:APIB:2019:2656).

El recurso de casación interpuesto por la sociedad demandada fue estimado por el Tribunal Supremo, con la correspondiente desestimación de la demanda, en su Sentencia núm. 762/2024, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2024:2900).

2. El marco jurídico aplicable

2.1. *La doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 762/2024*

Para la solución del caso, el Tribunal Supremo partió de las siguientes ideas sobre el alcance del derecho de información y, especialmente, sobre el tratamiento reservado a su infracción en el contexto de la impugnación de los acuerdos de la junta general:

- a) En la actualidad, el régimen general del derecho de información en las sociedades de responsabilidad limitada se encuentra recogido en el artículo 196 de la Ley de Sociedades de Capital. Esta disciplina se ve complementada por otras previsiones legales relativas a ciertos acuerdos específicos de la junta general, como —por lo que interesaba al litigio en cuestión— los vinculados con la aprobación de las cuentas anuales. En este sentido cabe recordar, por una parte, que el artículo 272 de la citada Ley de Sociedades de Capital añade a la mencionada disciplina general el derecho del socio a obtener cierta documentación e información con anterioridad a la celebración de la junta ordinaria de censura y aprobación de cuentas; y,

por otra, que el tercer apartado de dicho precepto prevé además que el socio de la sociedad de responsabilidad limitada que represente al menos el 5 % del capital (técnicamente se trata de un «derecho de minoría») tiene derecho a examinar los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales.

- b) La jurisprudencia anterior a la reforma de la Ley de Sociedades de Capital del 2014 venía configurando el derecho de información como un derecho *autónomo*, sin perjuicio de que pudiera cumplir también una finalidad instrumental del derecho de voto (*cf.* STS núm. 24/2019, de 16 de enero [ECLI:ES:TS:2019:58]). Y se le atribuía la función de permitir el control del cumplimiento por los administradores de sus deberes de diligente administración, fidelidad y lealtad (STS núm. 741/2012, de 13 de diciembre [ECLI:ES:TS:2012:8061]); de ahí que pudiera considerarse igualmente instrumental respecto de la exigencia de responsabilidad a los administradores sociales.
- c) Aunque la Ley 31/2014 no llegó a modificar ni el artículo 196 ni el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital, es cierto que ha obligado a matizar en alguna medida la doctrina jurisprudencial a la que se acaba de hacer referencia. Y ello porque ha restringido la impugnabilidad de los acuerdos de la junta general por infracción del derecho de información ejercido antes de la junta a los casos en los 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).

- d) Esto último significa que no toda infracción del derecho de información del socio justificará la impugnación de los acuerdos sociales afectados. Como explica el Tribunal Supremo, la ley ha venido a establecer «un test de relevancia» que se traduce en la necesidad de examinar cuándo una información solicitada y que se debió proporcionar tiene carácter esencial para que un «socio medio» ejerza el derecho de voto (o cualquier otro derecho de participación).
- e) A la luz de las anteriores consideraciones, la sentencia reseñada se ocupó de distinguir entre la información «esencial» (mencionada en el citado art. 204.3b) y la información «necesaria» (a la que se refiere el art.197.3 LSC cuando prevé, en relación con las sociedades anónimas, que «los administradores estarán obligados a proporcionar la información solicitada [...], salvo que esa información sea innecesaria para la tutela de los derechos del socio»). En este segundo caso (art. 197.3 LSC), que la información sea necesaria (no por ser estrictamente imprescindible, sino por resultar «racionalmente útil o relevante para condicionar el comportamiento del accionista respecto del ejercicio de sus derechos») constituye, en rigor, un presupuesto

del nacimiento de la obligación de informar. Y, una vez constatado el carácter necesario de la información solicitada para el ejercicio de sus derechos por los socios (en el sentido que se acaba de señalar) y, por tanto, una vez que se verifica que existe la obligación de proporcionarla, entra en juego el artículo 204.3b de la Ley de Sociedades de Capital, según el cual no toda infracción de esta obligación es suficiente para fundamentar la impugnación de los acuerdos afectados. En suma: puede haber información racionalmente útil o relevante para la tutela de los derechos de socio (necesaria en el sentido de que ha de ser suministrada) que no sea, sin embargo, esencial (en el sentido del mencionado artículo 204.3b) para el ejercicio de sus derechos de participación. En esos casos, señaló el Tribunal Supremo, la denegación de la información por la sociedad no justificaría la impugnación de los acuerdos afectados, aunque sí podría amparar el ejercicio de otras acciones (concretamente, la de condena a suministrar esa información necesaria que no resultaba, sin embargo, esencial).

- f) El Tribunal Supremo concluyó así que, en lo que hace a los derechos de participación social, debe considerarse información esencial aquella que «habría que conocer para deliberar y votar los acuerdos afectados». A lo cual añadió que, tal y como está articulada legalmente esta excepción o limitación a la impugnabilidad de los acuerdos,

corresponde al socio impugnante acreditar dicho carácter esencial.

2.2. *Observaciones y acotaciones a lo manifestado por el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 762/2024*

Las consideraciones del Tribunal Supremo de las que se acaba de dar cuenta contienen un conjunto de ideas (algunas de ellas implícitas o meramente insinuadas) que merecen, cuando menos, un breve comentario:

- a) Como señaló el Tribunal Supremo, en las sociedades de responsabilidad limitada (pero no en las sociedades anónimas), y salvo disposición contraria de los estatutos, a partir de la convocatoria de la junta, el socio o socios que representen al menos el 5% del capital social podrán examinar en el domicilio social (por sí o en unión de experto contable) los documentos que sirvan de soporte y de antecedente a las cuentas anuales (art. 272.3 LSC). Dejando de lado otras cuestiones que puede suscitar la configuración de este derecho de examen documental, lo cierto es que constituye una manifestación específica (y en cierto modo reforzada) del derecho de información del socio (art. 93d LSC). A la vista de la Sentencia núm. 762/2024, parece, por lo demás, que el ejercicio del derecho de examen documental constituye un supuesto de ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, por lo que la infracción de este derecho podrá constituir sin duda (cuando resulte relevante en el sentido del artículo 204.3 LSC) motivo de impug-

nación de los acuerdos sociales de aprobación de las cuentas, aplicación del resultado y censura de la gestión social (vide, no obstante, lo apuntado más adelante sobre esta cuestión). Éste era precisamente el caso al que se enfrentó la sentencia reseñada. Conviene apuntar, con todo, que este derecho del artículo 272.3 no es incompatible con el derecho a solicitar, al amparo del artículo 196 de la Ley de Sociedades de Capital, los informes o aclaraciones que se estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día (bien entendido que, si ya se obtuvo esa información mediante el examen de la documentación puesta a disposición del socio, no será pertinente volver a solicitarla en la junta).

- b) El Tribunal Supremo observó (con cita de su Sentencia núm. 24/2019, de 16 de enero [ECLI:ES:TS:2019:58]) que, hasta la reforma legal del 2014, la jurisprudencia se había ido inclinando por configurar el derecho de información como un «derecho autónomo». Con esta expresión se alude a la atribución a este derecho, además de una evidente función instrumental con respecto al derecho de voto del socio, de un importante papel —particularmente en las sociedades cerradas— en relación con la supervisión y censura de la gestión social y también como mecanismo de tutela de la minoría (recuérdese, como índice de esta autonomía con

respecto al derecho de voto, que el de información puede ser ejercido, aunque el socio carezca de aquel derecho o no esté legitimado para asistir a la junta y que, en ciertas circunstancias, puede ser satisfecho incluso después de celebrada la junta general —art. 197.2 LSC—¹.

- c) Pero la propia sentencia que reseñamos recordó que la modificación por la Ley 31/2014 del artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital ha afectado en alguna medida a esta línea de pensamiento. En efecto, si bien la mencionada reforma legal no incidió directamente sobre los artículos 196 y 272 de dicha ley, lo ha hecho de forma indirecta al establecer que no procederá la impugnación de los acuerdos de la junta general, «salvo 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, aplicable tanto a las sociedades anónimas como a las limitadas). Así pues, y en lo que se refiere a su consideración como derecho cuya violación puede dar lugar a la impugnación de acuerdos sociales, el derecho de información (en principio, exclusivamente el ejercido con anterioridad a la reunión, aunque vide lo apuntado más abajo) sólo encuentra espacio en cuanto opera como derecho instrumental de los

¹ Baste con citar, para ilustrar esta tendencia, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo núm.986/2011, de 16 de enero del 2012 (ECLI:ES:TS:2012:101); núm. 741/2012, de 13 de diciembre (ECLI:ES:TS:2012:8061); núm. 531/2013, de 19 de septiembre (ECLI:ES:TS:2013:4950), y núm. 608/2014, de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2014:5346).

derechos de participación del socio. Únicamente cuando la falta o la incorrección de la información hubiera tenido repercusión sobre el derecho de voto o de cualquier otro de participación social se podrá hacer valer como motivo de impugnación. No parece, por tanto, que el derecho de información pueda seguir viéndose, *a estos concretos efectos impugnatorios*, como un derecho propiamente autónomo, ya que, como hemos visto, ha de encontrarse vinculado con los derechos de participación

- d) Cuestión diferente —que también pone de manifiesto el Tribunal Supremo— es que la vulneración del derecho de información no haya de tener consecuencias al margen de las impugnatorias. Si el derecho existe, pero es ignorado de manera injustificada, el socio, aunque tenga cerrada por el artículo 204.3b la posibilidad de impugnar los acuerdos sociales por este motivo, estará en condiciones de reclamar el cumplimiento de la obligación de informar y de pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por el incumplimiento.
- e) Es importante destacar como el Tribunal Supremo distingue entre las condiciones precisas para que surja efectivamente el deber de informar al socio (la información debe ser necesaria para la tutela de los derechos del socio) y las condiciones exigidas para que una eventual infracción de tal deber pueda fundamentar la impugnación de los acuerdos sociales afectados (la

información debe tener carácter esencial para el ejercicio razonable por el socio de su derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación). La información solicitada será necesaria en el sentido legal no sólo cuando sea imprescindible para la tutela de los derechos del socio; antes bien, bastará para que merezca tal calificación —como hemos visto— con que sea «racionalmente útil o relevante» y pueda «condicionar» al socio en el ejercicio de sus derechos. Por ello cabe entender que será obligado proporcionar la información cuando sea necesaria (en el sentido visto) no sólo para el ejercicio adecuado de sus derechos de participación, sino también cuando lo sea para que pueda llevarse a cabo eficazmente el control de la gestión realizada por los administradores (art. 160a LSC) o para ejercer otros derechos diferentes al de voto (por ejemplo, el de separación).

Por otro lado, el Tribunal Supremo señaló que la información requerida deberá merecer la consideración de *esencial* para que pueda fundamentar la impugnación del acuerdo social afectado por su falta, insuficiencia o incorrección. La ley, en efecto, exige que la infracción cometida en relación con el derecho de información supere un test o prueba de relevancia (como hace también en relación con la vulneración de los requisitos meramente procedimentales: art. 204.3a LSC). A estos efectos, el Tribunal Supremo indicó que la información *esencial* «es aquella que habría que

conocer para deliberar y votar los acuerdos afectados». Aunque probablemente habrá que esperar a posteriores decisiones para conocer su alcance exacto, no está claro en qué medida la fórmula empleada por el Tribunal Supremo coincide con la interpretación propuesta por cierto sector de la doctrina (que tiende a vincular el carácter esencial de la información solicitada y no proporcionada —o proporcionada de manera insuficiente o incorrecta— con su importancia y capacidad, valoradas en términos objetivos, para influir en el sentido del voto del socio) o si resulta algo más restrictiva (en la medida en que parecería limitarse a los casos en los que, atendiendo a datos objetivos, el socio debería recibir esa información para ejercer su derecho de voto o cualquier otro de participación; se trataría, así, de una información que rozaría prácticamente la calidad de *imprescindible*).

- f) Partiendo de lo que se acaba de exponer, el Tribunal Supremo concluyó, según se anticipó más arriba, que «puede haber información racionalmente útil o relevante para la tutela de los derechos de socio que no sea esencial para el ejercicio de sus derechos de participación». En otros términos: puede infringirse el derecho del socio a recibir la información necesaria solicitada sin que ello abra la puerta por sí mismo a la impugnación del acuerdo social cuya adopción se vio afectada por dicha infracción, salvo cuando la información no proporcionada

(o proporcionada —consciente o inconscientemente— de manera incorrecta o insuficiente) deba reputarse esencial para el ejercicio del derecho de voto o cualquier otro de participación.

- g) Por lo demás, y en relación con todo lo dicho, cabe formular tres observaciones adicionales:
- i) Según se ha indicado en los antecedentes, en el caso, la solicitud de información documental se cursó por escrito antes de la asamblea. De ahí que el Tribunal Supremo no tuviera que entrar a considerar la discutida cuestión de si el artículo 197.5 de la Ley de Sociedades de Capital (que impide al accionista impugnar los acuerdos sociales cuando se hubiera desatendido el derecho de información ejercido durante la celebración de la junta) es o no aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada (como parecería desprenderse en principio del tenor del inciso inicial del art. 204.3b LSC; *cfr.*, sin embargo, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.^a, núm. 197/2019, de 12 de abril [ECLI:ES:APM:2019:5821]). Bien entendido que, si la regla del artículo 197.5 de la Ley de Sociedades de Capital no fuera aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada, la consecuencia sería la admisibilidad de la impugnación de los acuerdos de las compañías de

este tipo en caso de infracción del derecho de información ejercido durante la junta, siempre que se superara el «test de relevancia» al que antes nos hemos referido.

- ii) A pesar de que la demandada era una sociedad de responsabilidad limitada, el Tribunal Supremo recurre al artículo 197.3 de la Ley de Sociedades de Capital (referido a las sociedades anónimas) para desarrollar su razonamiento. Ello parece indicar que asume implícitamente la tesis de que, en rigor, y a pesar de la diferente dicción de los artículos 196.2 y 197.3, la interpretación del sistema debe llevar a considerar que los motivos que justifican la negativa a proporcionar la información requerida por el socio no son sustancialmente diferentes en un tipo social y en el otro (porque, según esta opinión, el precepto aplicable a las sociedades anónimas no haría otra cosa que enunciar causas de rechazo de solicitud de información que ya se encontrarían contenidas en la formulación genérica aplicable a las limitadas y porque, a fin de cuentas, la excepción a la obligación de informar prevista expresamente para éstas presupone el carácter necesario de la información denegada para el ejercicio de los derechos del socio solicitante).
- iii) También comparte la Sentencia núm. 762/2024 la idea de

que la acción de cumplimiento constituye un remedio aplicable no sólo en el caso del artículo 197.5 de la Ley de Sociedades de Capital, sino también en otros casos —como el planteado— en los que se produzca una negativa ilegítima a proporcionar la información solicitada (arts. 196.2 y 197.3 LSC) y, por tanto, también en relación con la información solicitada antes de la celebración de la junta cuando la infracción no sea esencial. Lo que la mencionada resolución no afirma expresamente —aunque no parece que haya obstáculo para admitirlo— es que cabrá también reclamar el resarcimiento de los daños causados por esta infracción del derecho de información y que ambas acciones (la de cumplimiento y la indemnizatoria) podrán ejercerse aun cuando, por ser esencial la información no proporcionada, fuera posible impugnar el acuerdo.

3. La decisión en el caso concreto

Como ya se ha indicado, tanto el juzgado como la audiencia estimaron la impugnación del socio demandante al entender que se había infringido su derecho de información por no haberse satisfecho la pretensión formulada de que se le proporcionara cierta información documental que, en ambas instancias, se consideró relevante (la relación de ventas diarias realizadas durante el ejercicio 2016 por cada uno de los distintos puntos de venta y las nóminas de cada uno de los empleados de la sociedad devengadas durante el referido ejercicio).

En cuanto a las nóminas de los trabajadores, el Tribunal Supremo puntualizó que, si bien no le fueron proporcionadas al socio demandante, se le ofreció un resumen de las nóminas que contenía la información más relevante (el montante total del gasto del personal y, de forma individualizada, el salario de cada uno de los trabajadores y el coste de la Seguridad Social). Esta información era suficiente —a criterio del alto tribunal— para conocer la actividad desarrollada por la administración de la sociedad en relación con la contratación de personal y para advertir posibles nepotismos (cuestión a la que se hacía referencia en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 846/2011, de 21 de noviembre [ECLI:ES:TS:2011:8011]). En suma, el Tribunal Supremo no apreció que la falta de exhibición de las nóminas propiamente dichas tuviera relevancia suficiente como para estimar que se había impedido al socio demandante participar adecuadamente en la junta general para así proceder a controlar la gestión social y deliberar y votar sobre las cuentas anuales.

Por lo que concierne a la relación de ventas diarias realizadas durante el ejercicio, la sentencia reseñada atendió a los argumentos de la sociedad demandada y recurrente

relativos, de un lado, a que dicha relación no constituía un documento exigible y tampoco preexistía a la solicitud (por lo que habría de ser elaborado ex profeso) y, de otro, a que toda la información requerida podía extraerse del libro mayor, al que sí tuvo acceso el socio demandante. Es interesante observar que el Tribunal Supremo añadió una observación ulterior para reforzar su opinión: cuando la ley prevé que el socio pueda ayudarse de un experto contable para revisar los soportes contables en que se apoyan las cuentas anuales formuladas, presupone que con ese auxilio puede extraerse información como la que se requería en el litigio resuelto, sin que se tenga derecho en todo caso a que se elabore un documento no preexistente.

A la vista de la información que se suministró y de la que podía el socio haber recabado al personarse en las oficinas de la sociedad y examinar los soportes contables, el Tribunal Supremo concluyó que la falta de entrega de las nóminas y de la relación de ventas no constituyeron infracciones «del derecho de información esencial a los efectos del artículo 204.3b» de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que no podía fundamentarse eficazmente en tales hechos la impugnación de los acuerdos sociales.

Análisis

Las vías procesales para la impugnación de un acuerdo social con fundamento en el incumplimiento de un pacto parasocial

FAUSTINO JAVIER CORDÓN MORENO

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Navarra
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Se examinan las tres vías posibles: i) la acción de impugnación con fundamento en el incumplimiento del pacto parasocial; ii) acumulación de la acción declarativa de incumplimiento del pacto y de impugnación del acuerdo social; y iii) ejercicio de ambas acciones por separado. Solo las dos últimas vías son admisibles. La primera de las vías ha sido excluida por la jurisprudencia, salvo en los supuestos en que pueda apreciarse la existencia de mala fe o abuso de derecho.

1. Se analiza la pretensión de impugnar los acuerdos adoptados en la junta general de una sociedad con fundamento en el incumplimiento de un pacto parasocial; en concreto, en que la aprobación se produjo con la participación (decisiva) de unos socios que debieron haber sido excluidos por incumplimiento de un pacto parasocial, cuya consecuencia era precisamente su apartamiento de la sociedad.

Ante tal hipótesis las vías posibles son las siguientes: i) ejercitar la acción de impugnación de los acuerdos sociales invocando como fundamento el incumplimiento del pacto parasocial; ii) acumular la acción declarativa del incumplimiento del pacto y la acción de impugnación de los acuerdos; y iii) ejercitar ambas acciones por separado.

Veamos cada una de estas vías, teniendo en cuenta estos dos datos que no me parecen discutibles: a) el incumplimiento del pacto parasocial, en el caso con la consecuencia de la exclusión de los socios, es una cuestión prejudicial que el juez debe decidir antes de pronunciarse sobre la impugnación de los acuerdos sociales; y b) la competencia objetiva para conocer de la acción de impugnación de acuerdos sociales se atribuye a los juzgados de lo mercantil mientras que para conocer de la pretensión de incumplimiento

del pacto parasocial, corresponde a los jueces de primera instancia.

2. Respecto de la primera de las vías, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 103/2016, de 25 de febrero [ECLI:ES:TS:2016:659] y, más recientemente, STS 300/2022, de 7 de abril [ECLI:ES:TS:2022:1386]), el acuerdo adoptado en el seno del órgano social no puede ser declarado nulo o anulado por contravenir un pacto parasocial porque, para estimar la impugnación de tal acuerdo, es preciso justificar que este infringe, además del pacto parasocial, la ley, los estatutos, o que el acuerdo lesione, en beneficio de uno o varios socios o de terceros, los intereses de la sociedad (véase ahora el art. 204.1 LSC, que añade la oposición del acuerdo al reglamento de la junta de la sociedad).

Obsérvese que la consecuencia de esta doctrina general es la exclusión del proceso de impugnación de acuerdos de la cuestión relativa a la infracción del acuerdo parasocial, por no estar prevista como causa legal de impugnación, aunque la misma tenga la eficacia prejudicial a la que antes hacía referencia.

No obstante, excepcionalmente, se admite tal posibilidad (véase la segunda de las sentencias citadas) en los casos en que se aprecie mala fe o abuso de derecho. Cuando los acuerdos parasociales fueron adoptados por todos los socios, puede defenderse que, a pesar de que vinculen solo a los socios (todos) que los adoptaron, adoptar un acuerdo posterior en contra de lo pactado en ellos sería una actuación contraria a la buena fe que podría determinar la nulidad de lo acordado, aunque no por la infracción del pacto parasocial en sí mismo, sino por la lesión del interés social, que es una causa legal de impugnación.

3. La vía de la acumulación de las dos acciones, cuya competencia objetiva viene atribuida a jueces que tienen atribuida una competencia objetiva diferente, tiene cobijo hoy en el artículo 73.1-1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC): «cuando se acumulen inicialmente varias acciones conexas cuyo conocimiento se atribuya a tribunales con diferente competencia objetiva, corresponderá conocer de todas ellas a los Juzgados de lo Mercantil si éstos resultaren competentes para conocer de la principal y las demás fueren conexas o prejudiciales a ella». El precepto ha venido a dotar de cobertura legal, y además dotándola de carácter general, a la jurisprudencia que, exceptuando la prohibición contenida en el apartado primero del artículo 73.1-1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, había admitido la acumulación de acciones de responsabilidad frente a la sociedad y frente a los administradores, considerando, además, que la competencia para conocer de ambas corresponde a los juzgados de lo mercantil.

Podemos preguntarnos qué ocurre si las controversias sobre los pactos parasociales están sometidas a arbitraje. De la naturaleza de estos pactos se desprende que no derogan lo dispuesto en los estatutos, salvo, por supuesto, en el caso de que se incorporen a ellos. En consecuencia, es posible que la cláusula de sumisión de arbitraje coexista con la eventual de sumisión a los tribunales contenida en los estatutos.

En el caso que nos ocupa no estamos ante una demanda en la que se hace valer una relación jurídica sustantiva inescindible frente a varios sujetos (sometidos unos a tribunales y otros a arbitraje), en que, como dijo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 febrero 2003 (JUR 2004/14182), se trata de una cuestión en la que «entran en juego, por una parte, la necesidad de no dividir la con-

tinencia de la causa para evitar la fragmentación del pleito y generar la posibilidad de resoluciones contradictorias (*cuestiones de litisconsorcio pasivo necesario*), y por otra cuestiones relativas a la naturaleza especial del arbitraje, como mecanismo para solución de controversias de naturaleza especial que tiene como presupuesto inexcusable la voluntad expresa de las partes de someterse al mismo en virtud de la autonomía de la voluntad, y —dada la naturaleza contractual de dicha sumisión— la imposibilidad de vincular a un tercero que no fue parte en el pacto de sumisión a arbitraje (*cuestiones de relatividad del pacto de sumisión a arbitraje*)». Y, por eso, los tribunales, en los pocos casos en que se ha planteado el problema, han aplicado la fuerza atractiva de la jurisdicción (por ejemplo, la SAP Gerona de 14 de febrero de 2002, JUR 2002/125253).

Por el contrario, en la demanda se acumulan dos acciones frente a sujetos diversos que tienen conexión por el título o por la causa de pedir; en concreto, una conexión por prejudicialidad. Se trata de un caso en el que no se deduce una relación sustantiva única e inescindible, sino varias relaciones que ontológicamente se pueden separar y someterse cada una de ellas a su fuero propio (tribunales y arbitraje), por lo que la acumulación quedaría excluida (véase el AAP Barcelona, Sección 15, de 30 de diciembre de 2010, JUR/2011/182838). No obstante, la separabilidad de las acciones y el sometimiento de cada una de ellas a su fuero (arbitral o judicial) propio debe tener en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre cuando ambas se ejercitan en procesos diferentes dentro de la vía judicial, el riesgo de sentencias contradictorias no podrá subsanarse *a posteriori*, a través del expediente de la acumulación de procesos. Por ello, cabe plantearse si dicha opción (por la separabilidad de las accio-

nes) debe excluirse, y considerarse posible la acumulación, por lo menos en los casos de conexión cualificada, como pueden ser los de prejudicialidad, que es lo que ocurre en el caso que nos ocupa. En tal sentido se pronunció la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 febrero 2003 (JUR 2004/14182), citada anteriormente, y en contra el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 245/2017, de 25 de abril (JUR 2017/201136).

4. Con respecto a la tercera vía, existirán dos procesos independientes que serán acumulables por aplicación de la excepción prevista en el apartado segundo del artículo 77.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: aunque los procesos se están tramitando ante juzgados con diferente competencia objetiva, «podrá instarse la acumulación de procesos ante el Juzgado de lo Mercantil, aunque no esté conociendo del proceso más antiguo y alguno de ellos se esté tramitando ante un Juzgado de Primera Instancia, siempre que se cumplan los demás requisitos mencionados en los artículos 76 y 78». Y, en el caso, estos requisitos se cumplen: i) la acumulación es procedente porque la sentencia que haya de recaer en uno de los procesos puede producir efectos prejudiciales en el otro (art. 76.1-1ª LEC), y ii) no concurre ninguno de los casos previstos en el artículo 78 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que determinarían la improcedencia de la acumulación.

Y si lo anterior es cierto, no será posible promover ante el juzgado de lo mercantil, que está conociendo de la acción de impugnación de los acuerdos sociales, la cuestión prejudicial civil que debe ser resuelta por el juez de primera instancia. Lo impide la exigencia del artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de que no sea posible la acumulación de autos.

Práctica Societaria

Transmisión de acciones y participaciones

Carta en la mesa «presa» (SAP Salamanca de 16 de febrero de 2024)

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 16 de febrero de 2024 [ECLI:ES:APSA:2024:139] recuerda que no cabe revocar o desistir de una notificación o «denuntiatio» (salvo pacto estatutario en contra):

«La denuntiatio de la intención de transmitir las acciones ocurrida en esta litis contenía como se ha dicho los requisitos suficientes como para no considerarla una mera propección del sentir de los demás socios. Sólo cuando el comunicante ve que será la sociedad quien adquiera su paquete de acciones es cuando “desiste” de su oferta. Sin embargo, la comunicación inicial, correcta a salvo de una aclaración, supuso una declaración de voluntad recepticia que incluía la oferta de venta. Y no es revocable. Es la manera de preservar el equilibrio entre los diversos intereses concurrentes (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de enero de 1995 [BOE núm.42, de 18 de febrero]). Siendo posible el pacto de revocabilidad de la oferta, si el oferente pudiera verse económicamente perjudicado, en este caso ni está previsto ni consta que pudiera existir ese perjuicio, fijado el precio».

El principal problema que se plantea en este tipo de supuestos deriva de que el socio futuro transmitente, que ha enviado la notificación, se ve obligado a vender al titular de la preferencia (y éste a comprar) no por el precio ofrecido por el tercero (que consta en la notificación), sino por

el precio que fije un auditor de cuentas (el «precio justo»), cláusula típica en estatutos de sociedades cerradas. La cláusula estatutaria de la Sentencia establecía que, en caso de ejercicio de la preferencia: «El precio de adquisición, a falta de acuerdo, será el que corresponda al valor real de la acción, entendiéndose como tal el que determine el auditor de la Sociedad y si ésta no estuviese obligada a la verificación de las cuentas anuales, el auditor que, a solicitud de cualquiera de los interesados, nombre el Registrador Mercantil del domicilio social».

Por eso es interesante la (voluntariosa) solución que ofrece la Resolución de 9 de enero de 1995 citada en la sentencia: «(...) una cláusula como la ahora discutida, ni siquiera podría impedir que el socio que pretenda enajenar sus acciones solicite antes de comunicar a la sociedad su propósito que se fije el valor real de aquéllas, y así podría conocer, antes de emitir la oferta irrevocable, el precio por el que se ejercitaría el derecho de adquisición preferente».

Desde luego, es una opción a valorar, aunque la ley no reconoce semejante facultad y los estatutos no suelen reconocerlo tampoco.

Junta general

La omisión en la convocatoria de la mención al derecho de examinar el texto íntegro de la modificación estatutaria NO SIEMPRE impide la inscripción de los acuerdos adoptados (RDGSJFP de 16 de abril de 2024)

La junta general de una sociedad limitada profesional acordó varias modificaciones de los es-

tatutos. El orden del día de la convocatoria de la junta contenía el texto íntegro de los acuerdos propuestos y de la nueva redacción de los artículos estatutarios afectados. La sociedad estaba formada por tres socios profesionales, cada uno de ellos titular de la tercera parte del capital social y a su vez administradores solidarios. Los acuerdos se adoptaron por mayoría de dos tercios del capital social, con el voto en contra de uno de los socios.

La registradora suspende la inscripción porque en la convocatoria no se hizo constar el derecho que corresponde a todos los socios de examinar, en el domicilio social, el texto íntegro de la modificación propuesta (art. 287 LSC). La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP), en su resolución de 16 de abril de 2024 (BOE núm. 118, de 15 de mayo), revoca la decisión porque el severo régimen de exigencia formal de la convocatoria de juntas debe mitigarse cuando por el conjunto de circunstancias concurrentes no resulten indebidamente postergados los derechos individuales del socio. La resolución destaca las siguientes circunstancias:

i) El anuncio de convocatoria de la junta general del caso estudiado expresa con suficiente claridad el contenido de las modificaciones estatutarias y el texto íntegro de los acuerdos sometidos a debate, así como la nueva redacción que pasarían a tener los artículos de los estatutos cuya modificación se proponía; ii) los tres únicos socios eran también administradores solidarios de la sociedad, por lo que no sólo tenían el derecho sino también el deber de estar informados sobre la marcha de los asuntos de la sociedad y podían acceder a toda la documentación social; iii) la omisión de uno de los medios de hacer efectivo el derecho de información (esto es, no hacer constar en el anuncio de convocatoria el derecho de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos) no implica

una privación del derecho de información pues el anuncio tiene un carácter meramente funcional al ser el derecho de información de atribución legal; iv) el socio disidente que haya deseado impugnar los acuerdos adoptados por la mayoría lo ha podido llevar a cabo e incluso ha podido solicitar y obtener el mandamiento de publicidad de su acción en el Registro Mercantil; y v) al haber asistido los tres únicos socios y adoptarse los acuerdos por mayoría suficiente, la convocatoria de una nueva junta en nada alteraría el resultado de lo acordado.

Administradores

La acción individual por desaparición de activos no prospera (SAP Barcelona Sección 15ª de 23 de febrero de 2024)

Hace tiempo que el Tribunal Supremo elaboró una doctrina que permite acudir a la acción individual de responsabilidad del artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital para exigir una indemnización por lesión del derecho de crédito derivado de comportamientos de incumplimiento masivo de deberes relacionados con la protección del patrimonio social (cierre de hecho, falta de depósito de cuentas, incumplimiento de deberes de liquidación ordenada, etc.). Como ya es tradicional en la jurisprudencia, el Tribunal requiere realizar un «esfuerzo argumentativo» para explicar por qué se debe condenar a un administrador por lesión del derecho de crédito cuando el daño en estos casos deriva normalmente de la desaparición del patrimonio social. Concretamente, en la Sentencia del Tribunal Supremo 1ª de 14 de noviembre de 2019 [ECLI:ES:TS:2019:3626] se dijo que: «en un supuesto como este la dificultad radica en apreciar una relación de causalidad entre esta conducta y el impago de la deuda, pues

se precisa la constatación de la existencia de concretos activos cuya realización hubiera permitido abonar total o parcialmente la deuda. Algo que realizado hubiera servido para pagar el crédito».

Ante esta situación, los operadores comenzaron a actuar como sigue: 1º) Cuando tienen obligaciones impagadas posteriores a la causa de disolución (presumida normalmente por falta de depósito de cuentas) acuden al artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital. 2º) Para reclamar las deudas anteriores al momento en que la sociedad incurrió en disolución por pérdidas, acuden a la acción individual del artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital. El argumentario procesal de la acción individual es sencillo. El demandante acude a las últimas cuentas depositadas, que suelen identificar una situación patrimonial neta positiva, se identifican algunos activos y se alega en la demanda que, si esos activos se hubieran liquidado de forma ordenada, el acreedor habría podido cobrar su crédito (en todo o en parte). El administrador demandado no suele poder explicar qué ocurrió con los activos, bien porque la sociedad se cerró de hecho y no conserva ninguna documentación bien porque, como ocurre tantas veces, esos activos reflejados en las cuentas, en realidad, no existían. Las demandas solían prosperar (*cfr.*, entre otras, la SAP Cantabria de 18 de marzo de 2024, JUR\2024\137702), a menos que se acreditara que existían deudas preferentes (por ejemplo, de la seguridad social) a la del demandante (STS 1ª de 28 de mayo de 2020 [ECLI: ES:TS:2020:1453]).

Pues bien, esta estrategia no funciona en Barcelona, como lo demuestran los siguientes tres pasajes de la Sentencia de la Audiencia Provincial (Sección 15ª) de 23 de febrero de 2024 [ECLI: ES:APB:2024:1498]:

1) «El actor acude a las últimas cuentas anuales de la sociedad, en cuyo balance, lógicamente se contabilizan una serie de bienes y derechos

en las partidas de activo. De su existencia y de la falta de explicaciones del administrador, el actor deriva, sin mayor análisis, que de haberse seguido un proceso ordenado de liquidación el actor podría haber cobrado parcial o totalmente su crédito».

- 2) Pero «Esas no pueden ser las circunstancias excepcionales a las que se refiere el Tribunal Supremo, puesto que las últimas cuentas anuales de una sociedad siempre presentarán partidas de activo y de pasivo, que es lo que define el balance. Es cierto igualmente que el administrador no ha dado cuenta de su destino, pero todas ellas son circunstancias comunes en aquellos casos en los que el administrador no ha seguido un proceso de disolución ordenado o ha instado la declaración de concurso. En todos los casos en los que el administrador social haya incumplido su deber de disolver, encontraremos partidas de activo en las últimas cuentas anuales de la sociedad, de las que ignoremos su destino».
- 3) «Si ligamos la responsabilidad del administrador a ese hecho común a todos aquellos casos, en los que el administrador haya incumplido su deber de disolver la sociedad, estaremos extendiendo dicha responsabilidad a todas las deudas sociales, cuando la Ley la ha limitado a las deudas posteriores al acaecimiento de la causa de disolución».

En conclusión, no vale alegar y sentarse a esperar la contestación. Hay que redoblar el esfuerzo argumentativo y probatorio si se quiere obtener una indemnización por daños causados al patrimonio social mediante la acción individual de responsabilidad en sociedades cerradas de hecho y reaccionar ante lo dicho en la contestación a la demanda (*cfr.* la referencia a las aportaciones realizadas con posterioridad a las «últimas» cuentas anuales que menciona la sentencia comentada).

¿Para qué sirve el artículo 367.2 LSC? (STS 1ª de 27 de febrero de 2024)

El artículo 367.2 de la Ley de Sociedades de Capital —en la redacción vigente en el momento de la sentencia que comentamos— establecía que: «2. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior».

Esta norma planteó problemas de interpretación desde el principio. Como la fecha de nacimiento de una obligación está clara y es un hecho cuya prueba no presenta dificultad alguna, en su momento consideramos que tenía por finalidad presumir no el carácter «posterior» de la obligación, sino el hecho de que la sociedad incurrió en causa de disolución «antes» del nacimiento de la obligación reclamada. La causa de disolución concurre en un momento «anterior» al nacimiento de la obligación que, por eso, es «posterior». Una regla integrada en la Ley de Sociedades de Capital sólo puede tener por finalidad presumir la disolución y no la fecha de nacimiento de una obligación.

El resultado es que, a nuestro juicio, se ponía a cargo del administrador demandado la carga de probar el momento concreto en el tiempo (normalmente en un ejercicio social) en el que la sociedad incurrió en causa de disolución, algo muy difícil de concretar para el acreedor demandante. Por ejemplo, si según las cuentas anuales una sociedad estaba incurso en causa de disolución por pérdidas al cierre del ejercicio de 2021 y la obligación nació en mayo de ese ejercicio, el demandante podría alegar que la sociedad ya estaba incurso en causa de disolución al finalizar el mes de enero de 2021 y apoyarse a efectos probatorios en el artículo 367.2 de la Ley de Sociedades de Capital para considerar probado ese extremo.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 27 de febrero de 2024 (ECLI: ES:TS:2024:1002), sin embargo, no lo entiende así. En la sentencia aquí referenciada se dice: «El párrafo segundo del art. 367 LSC permite presumir que las obligaciones sociales son posteriores a la aparición de la causa de disolución, de forma que recae sobre el administrador la prueba de que la deuda social es anterior. Pero esta previsión legal presupone que antes se ha acreditado por el acreedor la aparición de la causa de disolución. En efecto, al tratarse de un hecho constitutivo de su pretensión, es el acreedor que ejercita esta acción de responsabilidad quien debe probar la concurrencia de la causa de disolución y desde cuándo concurre». Es decir, según la Sentencia, no se trata sólo de alegar que la sociedad incurrió en causa de disolución antes del nacimiento de la obligación reclamada (que es necesario para que la pretensión de responsabilidad encaje en el tenor de la norma), sino que hay que probarlo. Y si esto es así, la pregunta es: ¿para qué sirve el artículo 367.2 LSC?

P.D.: Quien pretenda contestar a esta pregunta a la vista del redactado vigente tras la reforma de Ley 16/2022, de 5 de septiembre fracasará probablemente en el empeño porque ya la norma no tiene ningún sentido y requiere ser reformada.

Disolución y liquidación

El balance final de liquidación de una SL no tiene que ajustarse al Plan General de Contabilidad (falta de correspondencia entre activo y pasivo) (RDGSJFP de 23 de abril de 2024)

Presentada a inscripción la escritura de disolución y liquidación de una sociedad de responsabilidad limitada, el registrador suspende la inscripción porque el balance final no contiene la partida del capital social ni coincide el total del activo con el del pasivo, lo que impide verificar la situación patrimonial de la sociedad y la cuota de liquidación de cada socio.

La Dirección General, en su resolución de 23 de abril de 2024 (BOE núm. 118, de 15 de mayo), estima el recurso y revoca la nota de calificación del registrador.

La función del balance final de liquidación es la de ser una verdadera «cuenta de cierre», lo que significa que opera como un acto de rendición de cuentas y ello no encaja en las normas que regulan la estructura y el contenido del balance de ejercicio según el PGC.

El balance final debe atender exclusivamente a la finalidad de reflejar el patrimonio que resulte tras las operaciones de liquidación permitiendo determinar las cuotas de liquidación, pero no a determinar si el balance final reúne o no los requisitos de un balance de ejercicio y/o que contenga partidas innecesarias o superfluas para cumplir con su finalidad.

El hecho de que el balance final no refleje el capital social no impide la inscripción, pues en la escritura se indica la cifra de capital y el registrador puede comprobar si se corresponde con la inscrita. Tampoco el hecho de que no exista correspondencia entre la cifra del activo y el pasivo puede producir el efecto de suspender la inscripción, pues al tratarse de una cuenta de cierre y no de un balance anual o de situación, dicha exigencia resulta superflua por innecesaria.

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

El TEAC acepta también la deducibilidad de las retribuciones que perciben los administradores «por razón de su cargo», aunque no exista previsión estatutaria.

En los últimos meses han sido varias las sentencias del Tribunal Supremo que han abordado la cuestión relativa a la posible deducibilidad de las retribuciones de los administradores/consejeros. La evolución de tal jurisprudencia ha sido analizada desde Gómez-Acebo & Pombo¹ tomando como punto de partida la Sentencia de 27 de junio de 2023 [ECLI:ES:TS:2023:2897], fallo con el que el Alto Tribunal comenzó a defender de forma decidida una posición antiformalista sobre la cuestión, que reforzó y completó a través de fallos posteriores como la Sentencia de 2 de noviembre de 2023 [ECLI:ES:TS:2023:2897]; las Sentencias de 18 de enero [ECLI:ES:TS:2024:214] y 20 de febrero [ECLI:ES:TS:2024:828] y, más recientemente, la Sentencia de 30 de abril de 2024 (rec. núm. 7481/2022) [ECLI:ES:TS:2024:2433].

De ellas se infiere claramente que la falta de cumplimiento estricto de los requisitos mercantiles relativos a las retribuciones de los administradores —incluida la falta de previsión estatutaria o de acuerdo por la junta general—, no impide la deducibilidad en el impuesto sobre sociedades de las remuneraciones que puedan abonarse a tales

¹ Ver en el siguiente [enlace](#).

sujetos por la realización de «funciones ejecutivas» en el marco de un contrato de alta dirección, siempre que se acredite que dichos servicios han sido efectivamente prestados y están correlacionados con los ingresos de la entidad.

Sin embargo, y aunque en su momento ya consideramos que tal jurisprudencia aportaba argumentos sólidos para defender que la misma conclusión debería poder aplicarse respecto de las retribuciones que los administradores/consejeros puedan recibir «por razón de su cargo» — toda vez que la mayor parte de los argumentos barajados por el Tribunal Supremo para fundamentar la deducibilidad de las retribuciones de los administradores podrían extrapolarse a las distintas situaciones de relación que pueden existir entre el administrador y la entidad—, lo cierto es que no existía una manifestación expresa al respecto, ausencia que podía conducir a conclusiones diferentes a la que defendíamos desde Gómez-Acebo & Pombo.

Prueba de esa última afirmación la constituyeron dos Resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central, de 22 de febrero de 2024 (RG 5806/2023 y RG 6496/2022). En ellas, tras admitir la deducibilidad de las retribuciones que los administradores o consejeros pueden percibir por el desempeño de funciones ejecutivas (relación laboral) aun cuando no se hayan respetado los requisitos mercantiles relativos a la retribución de tales sujetos, el tribunal concluyó que podría determinarse la no deducibilidad de las retribuciones percibidas por la estricta condición de consejero/administrador de la entidad (relación mercantil), ya que respecto a ellas —decía el tribunal— se exige 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—».

Pues bien, ha sido el propio Tribunal Económico Administrativo Central quien, en su reciente Resolución de 22 de abril de 2024 (8895/2021), ha resuelto la cuestión interpretando la jurisprudencia del Alto Tribunal en el sentido que indicábamos anteriormente. Matizando así el criterio establecido en las citadas resoluciones del mes de febrero de 2024 en relación con las retribuciones percibidas por los consejeros por razón de su cargo, considera ahora que la citada posición antiformalista preconizada por el Tribunal Supremo es aplicable a las remuneraciones que los administradores pueden percibir tanto por el desempeño de funciones ejecutivas como deliberativas.

En ese sentido, el Tribunal Central sienta como doctrina que las retribuciones percibidas por los administradores de una entidad con funciones deliberativas y ejecutivas, que consten debidamente acreditadas y contabilizadas y que correspondan a unos servicios efectivamente prestados, aún sin estar prevista en los estatutos su aprobación en junta, deben ser consideradas como un gasto fiscalmente deducible al tratarse de retribuciones onerosas, y ello, añade, porque la no previsión en los estatutos de las retribuciones concretas a percibir por los Administradores no puede comportar, en todo caso, la consideración de liberalidad del gasto y, sin más, la improcedencia de su deducibilidad.

Cabe celebrar, por tanto, que el Tribunal Económico Administrativo Central haya matizado la posición que parecía defender en las citadas resoluciones del mes de febrero, donde acogía la doctrina del Tribunal Supremo en relación con las retribuciones que los administradores podrían cobrar por el desempeño de funciones ejecutivas, pero se separaba de aquélla respecto de las remuneraciones abonadas a los consejeros por razón de su cargo. De ese modo, las conclusiones que se derivan de la posición antiformalista que ha venido manteniendo el Alto Tribunal resultarán

aplicables a los pagos que los administradores puedan percibir tanto por sus funciones ejecutivas como deliberativas, siempre y cuando todas ellas cumplan con los requisitos que, en definitiva, implica la prestación de un servicio oneroso.

Por último, sólo puntualizar que la doctrina del Tribunal Económico Administrativo Central se ha vertido al hilo de un supuesto en el que una persona física desarrollaba ambos tipos de funciones, esto es, ejecutivas y deliberativas. Quizás sería deseable, para cerrar así definitivamente la contro-

versia que ha rodeado a este tema durante años, una manifestación expresa en el mismo sentido en relación con aquellos consejeros que únicamente realicen funciones propias de su cargo, aunque entendemos que tanto el Tribunal Central —en la resolución comentada—, como el Tribunal Supremo, han facilitado argumentos suficientes para defender también la deducibilidad de tales remuneraciones aunque no cumplan estrictamente con los requisitos que la normativa mercantil recoge al respecto, siempre y cuando, como hemos venido reiterando, se trate de servicios reales y efectivos.

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

Estibaliz Aranburu

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

Fernando de las Cuevas

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

Íñigo Erlaiz

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

Fernando Igartua

Socio, 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

Socio, 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