

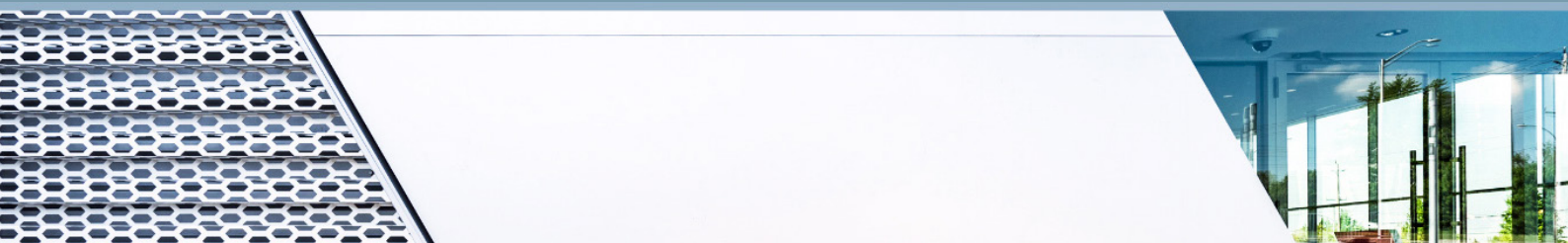
G A _ P

Gómez-Acebo & Pombo

Boletín

SOCIEDADES

N.º 35



Contenido

Análisis	3	• Administradores	15
— Régimen jurídico del representante persona física Fernando Marín de la Bárcena, Consejero académico de GA_P	3	— No es necesario firmar contrato si el cargo de consejero ejecutivo es gratuito (SAP Madrid de 4 de octubre de 2024)	15
Práctica Societaria	9	— Orden del día del acuerdo sobre ejercicio de la acción social (SAP Madrid de 10 de enero de 2025)	16
• Acciones y participaciones.....	9	— ¿Cuándo puede considerarse que una retribución es adecuada (art. 217.4 LSC)? (STS de 7 de febrero de 2025)	17
— Es posible disociar el voto de la nuda propiedad y del usufructo de acciones (SAP Madrid de 25 de octubre de 2024)	9	• Disolución y liquidación	19
• Junta general.....	11	— Recuperación de la «moratoria contable» del cómputo de las pérdidas causadas por el COVID-19 en los ejercicios 2020 y 2021 hasta el cierre del ejercicio que se inicie en el año 2025 (Real Decreto Ley 4/2025).....	19
— En caso de herencia yacente —con heredera menor de edad— hay que convocar a la madre que es su representante legal (SAP Madrid de 18 de noviembre de 2024)	11		
— La lesión del derecho de asistencia no es superable con la prueba de resistencia (STS de 20 de febrero de 2025)	13		

ANÁLISIS

Régimen jurídico del representante persona física

Fernando Marín de la Bárcena

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

La posibilidad de que una persona jurídica sea administradora de una sociedad de capital constituye una forma de organización de la administración, típica de grupos de sociedades, cuya utilidad práctica reside en que permite cambiar al representante persona física de la persona jurídica administradora sin necesidad de alterar el órgano de administración de la sociedad administrada. También se utiliza en el marco de las actividades de prestación de servicios profesionales de dirección o gerencia de empresas, cada vez más especializados en el ámbito de la reestructuración.

Como la persona jurídica administradora no está reconocida en todos los ordenamientos, ha quedado excluida en el ámbito de

las sociedades cotizadas (arts. 212, 212 *bis* y 529 *bis*.1 de la Ley de Sociedades de Capital —LSC—).

Se trata de una figura que plantea todavía algunas dificultades de régimen jurídico.

En el ámbito tributario, la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (Sala Primera) de 24 de septiembre del 2024 (RG 1354/2023) consideró que los servicios prestados por el representante persona física de una persona jurídica administradora que al tiempo es administrador de ésta no están incluidos en las funciones propias del cargo de administrador, por lo que, al concurrir un supuesto de vinculación fiscal, deben ser retribuidas a precio de mercado, al no resultar de aplicación la excepción del artículo 18.2 de la Ley 27/2014

del Impuesto de Sociedades. Todo ello sin perjuicio del resto de implicaciones en la tributación de las empresas familiares y del propio representante persona física en su Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

En el ámbito mercantil, los principales problemas se han planteado en torno a la aplicación de la regla que dispone la extensión al representante persona física de los deberes y la responsabilidad de la persona jurídica administradora (art. 236.4 LSC) a supuestos no expresamente previstos, como la responsabilidad por no promoción de la disolución (art. 367 LSC) o la responsabilidad concursal (art. 455 TRLC), que han dado lugar a posiciones contradictorias, sobre todo en la jurisprudencia.

En las líneas que siguen analizaremos algunas cuestiones sobre lo que se podría denominar *estatuto jurídico del representante persona física*.

2. Relación entre el representante y la persona jurídica administrada

La LSC regula dos cuestiones sobre la relación entre el representante persona física y la persona jurídica administrada.

- La primera se refiere a los actos de designación y aceptación del representante.

La persona jurídica administradora debe designar *una única* persona física como su representante en la persona jurídica administrada, cargo que debe ser expresamente aceptado antes de su inscripción en el Registro Mercantil (art. 212 bis.1 LSC y art. 143 del Reglamento del Registro Mercantil).

Las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de marzo de 1991 (RJ 1991\2534) y de 3 de junio de 1999 (BOE de 6 de julio) explicaron que la exigencia legal de que la designación recaiga sobre *un único* representante *permanente* en la sociedad de capital encuentra su fundamento en necesidades «prácticas» y «operativas» relacionadas con la necesidad de dotar de «estabilidad» a la organización de la sociedad administrada. Se trata de una exigencia lógica, sobre todo cuando se trata de ejercer funciones que llevan aparejada la gestión social con carácter continuado. No se trata sólo de una comparecencia ocasional, como ocurre con la representación en junta general (art. 183 LSC) o como la necesaria para ejercer derechos de socio por una comunidad de bienes (art. 126 LSC).

La doctrina registral ha ido aclarando que la competencia para la designación corresponde al órgano de administración de la persona jurídica administradora y que puede recaer tanto en miembros de dicho órgano como en terceros, siempre que reúna los requisitos legales (o estatutarios) para ser administradora en la sociedad administrada (así lo exige el artículo 236.5 LSC). En todo caso, la designación debe ser expresa y constar en escritura pública (v. gr., no vale una «certificación» del autonombramiento realizada por un administrador único o por un consejero delegado de la persona jurídica administradora). Si la designación se realiza por acuerdo del pleno del consejo de administración, será suficiente la elevación a público de la certificación del nombramiento que contenga dicha atribución de funciones en un consejero determinado. Si la persona designada

para el cargo de representante persona física no es un miembro del órgano de administración de la persona jurídica, sino que es un tercero, es preciso otorgar un apoderamiento (general o especial) formalizado en escritura pública (*cfr.* resoluciones de 18 de mayo del 2016 y de 20 de septiembre del 2019).

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de diciembre del 2019 (*BOE* de 10 de marzo del 2020) declaró además que, con carácter previo a la inscripción de la persona jurídica administradora, la persona física designada debía aceptar expresamente el cargo. Tal exigencia se deduce de la remisión que realiza el artículo 212.2 *bis* LSC al 215 de la propia ley. Como afirma el centro directivo, el representante debe tomar conciencia de que estará sometido a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administradora (art. 236.5). La declaración de incompatibilidad a los efectos del artículo 213 de la ley mencionada, aunque se aplica también al representante persona física, la realiza la persona jurídica administradora al tiempo que acepta el cargo y designa a su representante.

- La segunda cuestión regulada por la LSC consiste en la extensión al representante persona física de los requisitos legales para ser administrador, de los deberes y, lo que importa, de la responsabilidad solidaria con la persona jurídica administradora por los actos u omisiones que efectúe en el desempeño de sus funciones (art. 236.5 LSC).

El hecho de que el representante persona física fuera designado por la persona

jurídica administradora para el desempeño de las funciones y competencias propias del cargo pudo llevar a considerar al representante como un delegado de la persona jurídica, de modo que, en caso de incumplimiento de los deberes que integran la relación de administración, debía responder sólo la persona jurídica que fuera el administrador. Ésta es la razón que subyace a la sentencia de 1 de marzo del 2018, que exigió probar que el representante persona física hubiera sido calificado de administrador de hecho para hacerlo responsable como administrador, prueba imposible si se tiene en cuenta que en la mayor parte de los casos se trata de directivos de una sociedad matriz que asumen ese puesto en el marco de su relación laboral con el grupo.

Se trataba de una aproximación técnicamente incorrecta que obligó al legislador de la reforma de la LSC del 2014 a promulgar una norma aclaratoria de un principio básico en materia de responsabilidad orgánica: quien ejerce el poder de decisión debe asumir la responsabilidad.

El fundamento de la responsabilidad del representante persona física no reside en una delegación de funciones por parte de la persona jurídica administradora. Si así fuera, habría que admitir que aquélla quedase exonerada si acredita el correcto cumplimiento de sus deberes de control del comportamiento del delegado. Es más correcto afirmar por ello que la responsabilidad del representante persona física es una «responsabilidad por asunción», esto es, que deriva del acceso a una relación material de dominio social en virtud de la competencia

para el ejercicio de las funciones propias de administrador.

La persona jurídica administradora debe designar un representante al tiempo que acepta el cargo porque la protección de la eficacia preventivo-punitiva de las normas sobre responsabilidad orgánica (frente a la sociedad, socios o terceros) requiere que exista una persona física responsable con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 del Código Civil —CC—) del correcto desempeño de las funciones y competencias propias del cargo. Por eso es indiferente que se trate de un supuesto de responsabilidad por daños o de responsabilidad por deudas o de responsabilidad concursal, porque, en todos los casos, hay que proteger las legítimas expectativas que el tráfico jurídico puede depositar en que quien asume la función cumplirá los deberes inherentes, como acertadamente han acabado por resolver los tribunales (*cfr.*, últimamente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de diciembre del 2024, con interesante resumen de la jurisprudencia).

Se trata de una responsabilidad añadida (solidariamente) a la responsabilidad de la persona jurídica administradora a la que se imputan todos los actos (y las consecuencias de las omisiones) realizados por su representante permanente en el desempeño del cargo y no puede tratar de desligarse de su responsabilidad alegando que cumplió con sus deberes de correcta elección, vigilancia o intervención de la actividad de la persona designada porque no se puede considerar a aquél un delegado. Si además deben responder personalmente los administradores orgánicos

de la persona jurídica administradora, dependerá de si concurren o no los presupuestos de su responsabilidad en el caso concreto (*v. gr.*, responsabilidad del administrador único de la persona jurídica administradora que no destituye a un representante persona física que está incumpliendo sus deberes). La regla que dispone la extensión al representante persona física de las personas vinculadas propias de los administradores persona física (art. 231.2d LSC) lo establece claramente: el administrador es la persona jurídica y el representante es el responsable por asunción (designación - aceptación) del correcto desempeño de las funciones y competencias del cargo.

3. Relación entre el representante y la persona jurídica administradora

La caracterización de la relación jurídica entre el representante persona natural y la persona jurídica administradora dependerá de cada caso.

Si el representante persona física es, al mismo tiempo, administrador de la persona jurídica con funciones ejecutivas, es imposible distinguir unas funciones de otras. La aceptación del cargo de administrador en otra sociedad es un acto neutro desde el punto de vista del objeto social cuya ejecución en el tráfico es competencia exclusiva de los administradores. El administrador único o el solidario se autodesignará representante persona física y, en otros casos, concurrirá un acto de atribución de esta función ejecutiva conforme a las reglas que sean aplicables (autorización del mancomunado o atribución de funciones en un consejero ejecutivo), pero en todos los casos actúa en el desempeño de las funciones propias de

su cargo y, por tanto, en el marco de la relación orgánica de administración. La resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central que establece un «cortafuegos» entre las funciones desempeñadas como administrador de la persona jurídica administradora y el desempeño de las funciones como representante de ésta en la sociedad administrada resulta muy forzada.

Si el representante persona natural no es administrador de la persona jurídica, su relación, formalizada mediante un poder expreso de representación en escritura pública, podrá ser laboral o tener la naturaleza de un arrendamiento de servicios, ya que la actividad de gestión social con carácter permanente que debe realizar en la persona jurídica administrada excede el ámbito jurídico-negocial propio del mandato o de la comisión mercantil.

Lo cierto es que, con independencia de que el representante sea administrador de la persona jurídica administradora o lo sea un tercero, es necesario aclarar los términos de la intervención de unos y otros en la gestión de la sociedad administrada porque plantea problemas de gran interés y enorme relevancia práctica.

La doctrina más reciente razona en torno a la aplicación —de origen legal— de una figura equivalente a la de la «sustitución» del mandatario o comisionista (arts. 1721 CC y 261 CCom). De este modo, la sociedad administrada tendría dos administradores de derecho a los que conjuntamente se atribuiría la función de administrar: la persona jurídica y el representante persona física, que sería el «sustituto» de la primera. De ahí se extraen conclusiones de enorme relevancia práctica: por un lado, si el cargo en la sociedad administrada es retribuido, se pagará

al representante persona natural con el que habrá que firmar el contrato de administración si es consejero ejecutivo (art. 249 LSC); por otro lado, como la persona jurídica es también administradora y los dos sujetos están sometidos a los mismos deberes, en caso de discrepancia entre el representante y el órgano de administración de la persona jurídica administradora, el representante persona física debe acatar las instrucciones que le impartan y, si fuera condenado a indemnizar, la persona jurídica administradora deberá dejarlo indemne.

En nuestra opinión, parece claro que, desde la perspectiva de la organización corporativa, la persona jurídica es el administrador, pero la extensión al representante de los deberes y la responsabilidad propia de un administrador convierte a éste en una suerte de *gatekeeper* en protección de la sociedad administrada. El representante asume la relación de dominio social sobre la función de administración (con la responsabilidad consiguiente) en el marco de la relación que lo vincula con la persona jurídica administradora, lo que lo obliga a comportarse de modo conforme al rol de administrador, bajo sanción de responsabilidad. Si el cargo de administrador en la sociedad administrada es retribuido, se debe abonar la retribución a la persona jurídica y no al representante, incluso en el caso de los consejeros ejecutivos. El representante cobrará según la relación que lo vincule con la persona jurídica administradora (v. gr., su nómina como trabajador o su retribución como administrador de la persona jurídica administradora).

En lo que se refiere a las instrucciones, el representante no podrá imponer su propio criterio empresarial al criterio del órgano de administración de la persona jurídica administradora y deberá cumplir las instrucciones



que le imparta, pero siempre que no sean manifiestamente lesivas para el patrimonio social o el de un tercero (dolo) y siempre que se hayan adoptado con arreglo al procedimiento de decisión adecuado exigible en el ámbito de la adopción de decisiones diligentes de carácter empresarial (art. 226.1 LSC).

En todo caso responderá personalmente frente a la sociedad y frente a los socios o terceros en los mismos términos que cualquier administrador. Si tiene derecho a ser indemnizado (o no) por la persona jurídica

administradora en el caso de que sea condenado a indemnizar a la sociedad o a un socio o tercero por actos realizados en su condición de representante, es una cuestión que se ha de resolver en función de la relación (laboral, civil, orgánica) que lo vincule con ésta. En principio, cualquiera que actúe por cuenta y en interés de otro tiene derecho a ser indemnizado si resulta condenado a indemnizar a un tercero, salvo que haya infringido normas legales o haya actuado dolosamente, pero no es lo mismo un trabajador que un consejero ejecutivo que reciba instrucciones del consejo en pleno.



Práctica Societaria

Acciones y participaciones

Es posible disociar el voto de la nuda propiedad y del usufructo de acciones (SAP Madrid de 25 de octubre de 2024)

1. Los hechos

Mediante legado específico contenido en testamento otorgado por D. Alfredo, se adjudica a dos hijos del otorgante, D. Evelio y D. Cándido, la nuda propiedad de unas acciones —sin derecho de voto durante un periodo de ocho años— de la sociedad Aceites Toledo S.A., correspondiendo el usufructo vitalicio sobre esas acciones a la esposa del causante y madre de sus hijos, Dña. Evangelina. En dicho legado se dispuso expresamente que el derecho de voto de las acciones correspondería durante un plazo de 8 años a un tercer hijo, D. Everardo.

Fallecido D. Alfredo y otorgada escritura de partición de herencia, se celebraron varias juntas de accionistas de Aceites Toledo S.A., en las que D. Everardo, en cumplimiento del legado testamentario, ejercitó los derechos de voto correspondientes a las acciones de sus hermanos, D. Evelio y D. Cándido.

Dña. Evangelina presentó demanda solicitando la nulidad de una de dichas juntas de accionistas y de los acuerdos adoptados en la misma, alegando infracción de la LSC, los

estatutos de la Sociedad y el orden público societario. La impugnación se basaba en la prohibición de la disociación de los derechos de voto de las acciones. Adicionalmente se solicitaba la inoponibilidad frente a la sociedad de la disposición testamentaria anteriormente descrita y la rectificación de la anotación contenida en el libro registro de acciones nominativas de la sociedad relativa al otorgamiento de los derechos de voto.

Desestimada la demanda íntegramente, Dña. Evangelina interpone recurso de apelación, que es igualmente desestimado por la Audiencia Provincial de Madrid mediante Sentencia 15004/2024, de 25 de octubre (ECLI:ES: APM:2024:15004).

2. La Sentencia

La cuestión de fondo planteada es si la disociación de los derechos de voto de las acciones supone una vulneración del orden público societario.

En opinión de la recurrente, la disposición testamentaria que conlleva la disociación de los derechos de voto de las acciones, que es la que permite en el supuesto debatido el ejercicio del derecho de voto por una persona distinta de los titulares de las acciones, supone la vulneración del orden público societario y ello justifica la impugnación de los acuerdos así adoptados.

La Audiencia Provincial evita pronunciarse sobre esta cuestión, aludiendo, por un lado, a la equiparación de las disposiciones sucesorias a los pactos parasociales y, por otro lado, y como argumento principal, a la doctrina sobre los actos propios.

a) *Validez de las disposiciones testamentarias y los pactos parasociales*

Defiende la Audiencia que, al igual que ocurre con los pactos parasociales, las disposiciones sucesorias no están constreñidas por los estatutos ni por las reglas societarias, ni siquiera las de orden público societario, sino por los límites de la autonomía de la voluntad, que en este caso se enmarcan en el ámbito del derecho sucesorio. Ello es así porque las disposiciones sucesorias despliegan sus efectos en un ámbito ajeno al societario, es decir, no se integran en el ordenamiento jurídico propio de la sociedad concernida.

Dicho lo anterior, de la misma manera que los pactos parasociales producen efecto entre las partes, aunque no sean oponibles frente a la sociedad, las previsiones sobre el ejercicio de voto, que se contienen en la escritura de partición objeto de la *litis*, no pueden oponerse frente a la sociedad, pero sí frente al otorgante y frente a quienes se hayan adherido a tales disposiciones mediante su aceptación expresa o tácita (en este caso, la esposa e hijos del testador).

En este supuesto, la aceptación del legado testamentario por parte de Dña. Evangelina produce efectos vinculantes entre los herederos (y socios), y ello impide que sean impugnables los acuerdos sociales en los que se ejercitó

el voto conforme a las disposiciones del legado.

b) *Doctrina de los actos propios y buena fe*

La doctrina de los actos propios impide a una persona actuar en contradicción con sus propios actos anteriores que han generado expectativas legítimas en otros.

La impugnación de los acuerdos sociales en este supuesto es contraria a la doctrina de los actos propios, basada en el principio de buena fe. Concluye la Audiencia que la aceptación del legado testamentario por parte de Dña. Evangelina produce efectos vinculantes, implica una vinculación a las disposiciones del testamento y, por ende, está obligada a actuar de manera coherente con esa aceptación, de manera que no cabe la impugnación de unos acuerdos sociales adoptados de conformidad con las disposiciones testamentarias expresamente aceptadas.

c) *La resolución de una controversia no exige siempre la aplicación de la normativa especial sobre la materia*

Esta es la explicación que da la Audiencia para justificar que no se aborde en este caso la cuestión de fondo planteada sobre la legalidad societaria de los acuerdos societarios y sobre la inoponibilidad de las disposiciones testamentarias.

En palabras textuales de la Audiencia, «Ciertamente, la impugnación de acuerdos sociales y la declaración de inoponibilidad interesada son controversias societarias, pero eso no significa que su resolución exija siempre la aplicación de

la normativa especial sobre la materia. En este caso, la “ratio decidendi” se sustenta en la regla de la buena fe, que es un principio transversal aplicable con carácter general en todos los sectores del ordenamiento. La vinculación a los actos propios, como principio general,

se antepone en este caso al análisis de la normativa societaria». En el caso, el principio de buena fe impone la desestimación de la demanda, lo que hace innecesario e irrelevante efectuar un análisis desde el punto de vista estrictamente societario.

Junta general

En caso de herencia yacente —con heredera menor de edad— hay que convocar a la madre que es su representante legal (SAP Madrid de 18 de noviembre de 2024)

1. Antecedentes

El socio titular del 51 por 100 del capital social de una sociedad de responsabilidad limitada falleció en marzo de 2021 estando casado y con una única hija menor de edad fruto de ese matrimonio. El fallecido había otorgado testamento abierto —sin que constase su fecha— en el que, por una parte, legó «a sus padres el tercio de libre disposición de su herencia» y, por otra, instituyó como heredera a su hija y dispuso que «los bienes heredados de él por su hija queden expresamente exceptuados de la administración materna y sean administrados, hasta que alcance la mayoría de edad» por su tía (hermana del fallecido) y, en su defecto, por los abuelos paternos. A ello añadió el testador que quedaba revocado «todo testamento otorgado anteriormente».

Posteriormente, el socio titular del restante 49 por 100 del capital instó la convocatoria judicial de junta (que se celebró en junio de

2021). La comunicación correspondiente se remitió a la tía de la menor (en su calidad —luego discutida, en los términos que veremos— de representante de ésta). Es de observar que en el momento de la convocatoria la herencia se encontraba yacente, al no haber sido aceptada, ni, por tanto, haber sido dividida, partida o adjudicada.

La esposa del fallecido impugnó los acuerdos adoptados en la referida junta de junio de 2021, aduciendo la existencia de un defecto en la convocatoria. El juzgado de lo mercantil desestimó la demanda argumentando que la herencia se encontraba pendiente de ser aceptada, lo que implicaba la existencia de una comunidad hereditaria cuya administración, a falta de albacea, podía ser decidida por el causante en testamento (como efectivamente hizo) atribuyendo a su hermana la administración de los bienes recibidos de esa herencia por la hija menor del testador. Por ello, a criterio del juez de primera instancia, la representación de esta heredera correspondía a su tía respecto de las participaciones sociales adquiridas por sucesión de su padre, y no a la madre de la menor. En suma, se entendió que la convocatoria de la junta impugnada se comunicó a la persona que efectivamente ostentaba la representación de la socia aún

menor, por lo que dicha convocatoria debía considerarse plenamente válida.

La actora formalizó recurso de apelación que fue estimado por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28ª) en su Sentencia 367/2024, de 18 de noviembre (ECLI:ES:APM:2024:16167). La Audiencia desarrolló su razonamiento desde un enfoque doble. De un lado valoró a efectos prejudiciales la validez del testamento (*infra*, 2). De otro, examinó la cuestión partiendo como hipótesis (igual que hizo el juzgado) de la validez de la disposición testamentaria que atribuía la representación de su hija menor a la tía paterna de ésta (*infra*, 3). Ambos análisis condujeron a la misma resolución estimatoria del recurso.

2. La invalidez del testamento sin fecha

La Audiencia Provincial estudió, a los meros efectos prejudiciales (con eficacia limitada, por tanto, al propio procedimiento y de manera instrumental para su resolución), la validez del testamento. Y, aunque asumió la vigencia de un principio de *favor testamenti* que jugaría en contra de considerar mecánicamente ineficaz el testamento por la concurrencia de simples defectos formales o por la ausencia de ciertas solemnidades, vino sin embargo a considerar que la constancia de la fecha de otorgamiento en el testamento abierto resulta esencial, dado que dicha fecha determina la vigencia de la voluntad testamentaria cuando un testamento de fecha posterior anula otro de fecha anterior. En otros términos: si bien la doctrina jurisprudencial ha proclamado el principio de *favor testamenti* para atenuar las exigencias formalistas en el control de validez de ese negocio jurídico *mortis causa* (rechazando que de manera automática sea declarado nulo por falta de la expresión

ritual del juicio del notario sobre la capacidad del testador o por defecto en los testigos instrumentales), entiende igualmente que la indicación de la fecha (art. 695 CC) constituye un elemento esencial condicionante de su validez, a diferencia de otras menciones o formalidades.

La Audiencia terminó concluyendo que el testamento en cuestión era nulo y, con él, la disposición relativa a la administración de los bienes de su hija menor.

3. El alcance de la disposición testamentaria controvertida

Al margen de lo anterior, y en relación con la designación testamentaria de administrador patrimonial de los bienes recibidos por herencia respecto de la menor beneficiaria, la Audiencia Provincial de Madrid no la entendió referida a una representación general y total en el aspecto patrimonial de esa menor, sino relativa exclusivamente a aquellos concretos bienes recibidos de la herencia. De tal manera que, en cuanto al resto, seguiría siendo aplicable el régimen general de representación de la hija menor que, por tanto, en este caso correspondería a su madre, titular única de la patria potestad tras el fallecimiento del padre.

Según recuerda la sentencia reseñada, la herencia estaba yacente al momento de la convocatoria de la junta. Por ello, al no haber sido aceptada, partida o adjudicada no existía individualización de los bienes adjudicados a la menor heredera universal y a los legatarios del tercio de libre disposición y de los incluidos en la legítima del cónyuge supérstite (todos ellos con derechos concurrentes a la herencia). Únicamente existía la delación de la herencia y un llamamiento a la misma para ejercitar los correspondientes

derechos de los sucesores, lo que no genera un derecho de participación sobre cada bien o derecho, sino un derecho puramente general y abstracto sobre todo el patrimonio relictivo. Pues bien, en la vocación del derecho hereditario de la que gozaba, la hija era representada precisamente por su madre en virtud de la patria potestad de la que ésta era única titular. Es decir, en cualesquiera derechos ejercitables respecto de los derechos aun indeterminados y potenciales sobre la herencia, la menor se encontraba representada legalmente por su madre. Sólo una vez producida la posterior adjudicación de los bienes de la herencia, con determinación de cuáles le correspondan finalmente como heredera universal (después de liquidar a los legatarios el tercio de libre disposición y su legítima al cónyuge viudo), podrán identificarse los concretos bienes que se le hayan atribuido en propiedad. Y sobre ellos operaría entonces la representación patrimonial establecida en el testamento.

4. Decisión de la Audiencia

Como se ha adelantado, tanto por una vía argumental como por la otra la conclusión a la que llegó la Audiencia Provincial era la misma: dado que la sociedad debe convocar a la junta a quién le conste como socio y, en este caso, constaba como socio el fallecido, debió convocarse a la junta a sus herederos. Y si, como sucedía en el litigio, había una heredera menor de edad, la comunicación de la convocatoria debió dirigirse, necesariamente, a la única representante legal de la menor, esto es, su madre, y no a su tía, como se hizo (bien por ser inválido el testamento y, con él, la designación testamentaria de administrador de los bienes de la hija recibidos por herencia, bien porque —aunque fuera eficaz— la citada disposición resultaba inaplicable al estar la herencia

aún yacente). Al no hacerse así la convocatoria incurrió en un defecto que acarreó la invalidez de los acuerdos adoptados en la junta impugnada.

La lesión del derecho de asistencia no es superable con la prueba de resistencia (STS de 20 de febrero de 2025)

En noviembre de 2017, una sociedad limitada integrada por tres socios celebró, en un contexto de enfrentamiento entre ellos, una junta general en la que, entre otras cosas, se acordó llevar a cabo un aumento de capital con creación de nuevas participaciones. A esa junta asistieron dos de los socios (titulares conjuntamente del 60% del capital) pero no el tercero, quien —por lo demás— no llegó a asumir las participaciones que le hubieran correspondido en el aumento, con lo que finalmente vio reducida su participación hasta un 13,79%.

Este tercer socio impugnó todos los acuerdos adoptados en la referida junta. Adujo que había sido convocada de mala fe y con abuso de derecho (art. 7 CC) al haberse utilizado en este caso particular el procedimiento de convocatoria previsto en los estatutos sociales (publicación de anuncios en el BORME y en uno de los diarios de mayor difusión en la provincia del domicilio social) y haberse, así, alterado de forma sorpresiva la práctica seguida habitualmente con anterioridad (hasta entonces la convocatoria había venido realizándose personalmente, de manera informal, y las juntas se celebraban como universales).

La demanda fue acogida en ambas instancias. La sociedad demandada formalizó un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación, que fueron desestimados por la Sentencia del Tribunal Supremo 282/2025, de 20 de febrero (ECLI:ES:TS:2025:622). En

particular, y por lo que hace a este segundo recurso, son de destacar las siguientes consideraciones del Tribunal Supremo:

- a) Para la apreciación del abuso de derecho es necesaria la concurrencia de «una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo)». Pues bien, en el caso litigioso se produjo un cambio relevante de la forma en que se habían venido convocando previamente las juntas de socios, pues la convocatoria de la junta impugnada se hizo siguiendo estrictamente el procedimiento estatutario, que nunca se había utilizado con anterioridad. Así, el órgano de administración de la compañía modificó sorpresivamente la forma hasta entonces empleada para convocar a los socios, sin comunicárselo al socio minoritario demandante. Y lo hizo con la intención de que éste no llegara a conocer la celebración de la reunión y no pudiera, por tanto, asistir a ella. De esta forma, el socio impugnante no estuvo en condiciones de asumir las nuevas participaciones creadas como consecuencia del acuerdo de aumento de capital y su presencia en el capital social quedó considerablemente diluida.
- b) Cuando la junta general no se constituye como junta universal, su convocatoria ha de realizarse en la forma prevista por la Ley o los estatutos. En principio, por tanto, una convocatoria ajustada a los estatutos sociales debería ser tenida por válida. No obstante, el Tribunal Supremo recordó (siguiendo lo ya manifestado en su Sentencia 510/2017, de 20 de septiembre [ECLI:ES:TS:2017:3356]) que, aun habiéndose efectuado una convocatoria formalmente correcta, los acuerdos adoptados en la asamblea serán ineficaces si se acredita el ánimo del convocante de

que el anuncio pasara desapercibido, lo que podría deducirse, por ejemplo, a partir de la ruptura de la que, hasta entonces, hubiera sido la pauta generalmente seguida en la convocatoria de las juntas (notificación personal, anuncio en un diario concreto, etc ...).

- c) Lo relevante no es la diligencia del socio minoritario en relación con los medios por los que pudo conocer la publicación de la convocatoria en el BORME y en un diario, sino las circunstancias en las que se produjo la convocatoria y la valoración de la actuación del órgano de administración, a fin de determinar si se corresponde con un modelo de conducta que pueda ser considerado honesto y adecuado. Y, a juicio del Tribunal Supremo, en el supuesto litigioso no cabía considerar que su actuación hubiera sido adecuada porque se quebró el hábito seguido durante toda la vida de la sociedad y no se avisó a los socios del abandono de dicho uso y del acogimiento para el futuro del sistema previsto en la ley y los estatutos (cfr. STS 510/2017, de 20 de septiembre [ECLI:ES:TS:2017:3356]).
- d) La pérdida de la *affectio societatis* y las desavenencias del demandante con los otros socios no justifican que el órgano de administración actuara contraviniendo las reglas de la buena fe. Tampoco resultaba posible entender que la situación de conflicto intra-societario hubiera hecho surgir para el socio demandante el deber de prever o anticipar una conducta (en cuanto a la convocatoria de la reunión) destinada a impedir, precisamente, que conociera la futura celebración de la junta.
- e) En el recurso se alegaba que, en cualquier caso, dada la participación minoritaria del socio demandante, su presencia en la junta no hubiera impedido la adopción del acuerdo

en los mismos términos en los que de hecho se adoptó. El Tribunal Supremo rechazó este argumento (que parecía reclamar la aplicación del llamado «test de resistencia») recordando que, en su configuración legal, la «prueba de resistencia» (art. 204.3.d LSC) se refiere únicamente a los casos en los que se permite de forma indebida la asistencia y el voto de quien no goza del derecho de asistencia o del derecho de voto. No alcanza, por tanto, a los casos en que haya sido denegada de forma indebida la asistencia a quien sí gozaba de tal derecho, pues en este supuesto se impide que la participación del socio afectado en la deliberación pueda incidir en la conformación de la voluntad social,

con independencia de la irrelevancia o no de su voto para alcanzar la mayoría exigida por la Ley (cfr. STS 697/2013, de 15 de enero de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:136]).

- f) Finalmente, la Sentencia reseñada apuntó que, en el caso resuelto, el daño para el socio demandante no derivó solamente de que se le privara de sus derechos de asistencia, de información y de voto en la junta general, sino también del hecho de que, al ignorar que en la junta se acordó el aumento de capital, no pudo asumir las nuevas participaciones que le correspondían en la operación y su participación en el capital social quedó notablemente diluida.

Administradores

No es necesario firmar contrato si el cargo de consejero ejecutivo es gratuito (SAP Madrid de 4 de octubre de 2024)

Se presenta demanda de impugnación de acuerdos del consejo de administración de una sociedad limitada consistente en el nombramiento de dos consejeros delegados. El demandante sostiene que se trata de un acuerdo nulo porque no se suscribió el contrato de administración a que se refiere el artículo 249.3 LSC («Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros»). La sociedad se opone porque considera que no es necesario suscribir el contrato cuando el

cargo de administrador es gratuito, como es el caso.

La sentencia da la razón a la sociedad y rechaza el recurso interpuesto contra el juzgado de instancia que desestimó la demanda.

La resolución considera que, del Estudio de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo de 14 de octubre de 2013, se desprende que «la exigencia de contrato que establece el apartado tercero del artículo 249 TRLSO debe ponerse en relación con la finalidad de dicha exigencia, que tiene su desarrollo en el apartado cuarto del citado precepto —la retribución por el desempeño de funciones ejecutivas—. El apartado tercero debe leerse conjuntamente con el apartado cuarto». Y añade: «Tal exigencia de contrato no está justificada cuando no hay retribución de los consejeros por el desempeño adicional de funciones ejecutivas».

El problema en la práctica es que, a raíz de las resoluciones de la Dirección General de 8 de noviembre de 2018 (BOE de 29 de noviembre) y 12 de diciembre de 2018 (BOE de 3 de enero de 2019), la mayoría de los registros mercantiles (no en el caso de la sentencia) exigen que se haga constar en la certificación del acuerdo de delegación de facultades que se ha suscrito el contrato del artículo 249.3 LSC, incluso cuando el cargo es gratuito. A su vez, esto obliga a los operadores a firmar un contrato —de una cara— que no dice nada más que las funciones ejecutivas se desempeñan de forma gratuita, como establecen los estatutos.

Una vez superada la idea de que la retribución de las funciones ejecutivas es ajena a las normas legales de retribución del artículo 217 LSC (cfr. STS 1º de 26 de febrero de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:639]), sería conveniente que la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública se pronuncie (siquiera *obiter dicta*) en el mismo sentido que lo ha hecho la Audiencia de Madrid y libere a los operadores de suscribir ese «contrato de administración gratuita» que no tiene ningún sentido.

Orden del día del acuerdo sobre ejercicio de la acción social (SAP Madrid de 10 de enero de 2025)

El capital de una sociedad de responsabilidad limitada estaba dividido entre tres socios (con participaciones respectivas del 45%, 45% y 10%). En marzo de 2018 se celebró junta de socios, previa convocatoria judicial. Tras el segundo punto del orden del día, el presidente introdujo un nuevo asunto a tratar (que no figuraba en el orden del día), consistente en el ejercicio de la acción de responsabilidad contra el administrador único (que era uno de los socios). El acuerdo se aprobó con el voto de los otros dos socios, con el consiguiente cese

del administrador. Sobre este asunto, en el acta de la junta sólo se hizo constar lo siguiente: el presidente «*de conformidad con el artículo 238 de la LSC, propone someter a votación la acción de responsabilidad contra el administrador único de la compañía*».

Posteriormente, la compañía ejerció la acción social de responsabilidad frente al administrador destituido (art. 238 LSC) reclamando la cantidad de 213.275 euros más los intereses de demora. El juzgado de lo mercantil desestimó la demanda al considerar que el acuerdo social sobre el ejercicio de la acción social adolecía de vaguedad en la medida en que no concretaba en modo alguno las conductas imputadas al administrador demandado. La sentencia de primera instancia resaltó que el acta de la junta y la documentación adjunta no contenían especificación alguna al respecto. Todo ello permitió —según el juzgado— la presentación de una demanda genérica que colocó al administrador destituido en una posición de indefensión. En conclusión: no se cumplía el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 238.1 LSC.

La Audiencia Provincial de Madrid (sección 28ª) desestimó el recurso de apelación formulado por la sociedad actora en su Sentencia 6/2025, de 10 de enero (ECLI:ES:APM:2025:110). Para ello —confirmando los razonamientos del juzgado— argumentó, en síntesis, lo siguiente:

- a) En primer lugar, recordó que, en cuanto a los requisitos de contenido del acuerdo social por el que se decide entablar la acción social de responsabilidad, el Tribunal Supremo (Sentencia 732/2014, de 26 de diciembre [ECLI:ES:TS:2014:5724]) ha señalado que dicho acuerdo debe identificar de qué administradores se pretende exigir responsabilidades y en atención a qué comportamiento antijurídico (esto es, debe indicar la conducta por la que se pretende

exigir dicha responsabilidad, sin que sea necesario descender a un grado de especificación tan grande que detalle todas las razones esgrimidas de la ilicitud de la conducta o de su falta de justificación). A este respecto, no estará de más observar que el Tribunal Supremo precisó en aquella resolución que resulta irrelevante a estos efectos que la acción de responsabilidad se haya ejercitado con base en solo una de las varias conductas mencionadas en el acuerdo de la junta. Del mismo modo que carece de transcendencia que, además de los administradores efectivamente demandados, hubiera otros con respecto a los cuales se acordó también el ejercicio de la acción de responsabilidad. Y es que tales circunstancias se vinculan con el problema del cumplimiento de la voluntad de la junta por quien tiene encomendada su ejecución, pero no afectan a la suficiencia del acuerdo como condición para entablar las acciones finalmente ejercitadas.

- b) La Audiencia Provincial añadió que, si bien el indicado requisito del acuerdo de la junta general ha de ser interpretado de manera flexible (pues, en principio, bastará con identificar las conductas del administrador que se estiman reprochables, sin necesidad de explicar su ilicitud o su falta de justificación), no cabe llegar al extremo de hacer desaparecer esa mínima exigencia. Y es que el mandato dirigido por la junta al órgano de gestión para el ejercicio de la acción de responsabilidad debe estar adecuadamente delimitado, en garantía tanto de los socios que votan ese acuerdo como del propio administrador cesado.
- c) El hecho de que no se impugnara en su momento el acuerdo social de entablar la acción de responsabilidad no impide posteriormente al administrador alegar (ni impide

al tribunal apreciar) la insuficiencia del contenido del mencionado acuerdo. Esto es: el requisito contemplado en el artículo 238 LSC, tal y como es interpretado por el Tribunal Supremo, no se cumple por el simple hecho de que exista un acuerdo no impugnado.

- d) En suma, a la vista del tenor del acta de la junta, la Audiencia entendió que era evidente la indefinición del acuerdo adoptado, lo que propició que la acción ejercitada derivara en un proceso que se convertiría así en una especie de «causa general».

Lo expuesto resultaba suficiente, a juicio de la Audiencia Provincial, para la desestimación del recurso por incumplimiento del requisito de procedibilidad previsto en el artículo 238 LSC.

¿Cuándo puede considerarse que una retribución es adecuada (art. 217.4 LSC)? (STS de 7 de febrero de 2025)

En diciembre del 2016, la junta general de una sociedad de responsabilidad limitada aprobó la remuneración de su administrador único para el año 2017 (90 000 euros). Los estatutos de la sociedad preveían que el cargo de administrador sería remunerado y que su retribución sería fijada para cada ejercicio por acuerdo de la junta. Prescindiendo ahora de otros pormenores del litigio, lo relevante es que dicho acuerdo fue impugnado por el socio minoritario (titular del 49 % del capital).

La sentencia de segunda instancia estimó la impugnación (que había sido desestimada por el juzgado), pero el Tribunal Supremo (Sentencia 194/2025, de 7 de febrero [ECLI:ES:TS:2025:505]) estimó el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por la sociedad demandada al entender que la Audiencia

había cometido un error notorio por cuanto había tomado como beneficios de la sociedad durante el ejercicio 2016 la suma de 58 306,22 euros (correspondiente, en rigor, al ejercicio 2014) en lugar de la correcta de 2 879 090,86 euros. Esta patente equivocación fue —según indicó el Tribunal Supremo— muy relevante para la valoración jurídica llevada a cabo en la segunda instancia sobre la justificación de la remuneración aprobada y, en especial, para la adecuada realización del juicio de proporcionalidad al que se refiere el artículo 217.4 LSC.

Al dejar sin efecto la resolución recurrida, se dictó nueva sentencia sobre el asunto, en la que se desestimó el recurso de casación formulado por la sociedad demandada.

Dado que la impugnación del acuerdo se basaba en la lesión del interés social en beneficio del socio mayoritario (que en cuanto administrador único era destinatario de la retribución), el Tribunal Supremo enfocó al análisis hacia las orientaciones legales para la fijación de la remuneración de los administradores (art. 217.4 LSC). En sustancia afirmó lo siguiente:

- a) La norma mencionada suministra algunas pautas que deben guiar la fijación de la remuneración, dentro del margen de discrecionalidad de la junta de socios. Esos criterios pueden guiar también la revisión judicial en los casos patológicos de impugnación del acuerdo.
- b) Hay que partir de que, en principio, la junta de socios es soberana para fijar el montante de la remuneración de los administradores. De ahí que la revisión judicial, en un escenario de impugnación de los acuerdos sociales por lesión del interés social, se centre en el control de la existencia de un eventual abuso que pueda desvirtuar el sentido de la remuneración, que no deja de ser la retribución

de una función con la carga de responsabilidad que lleva consigo (siempre —apunta la sentencia reseñada— bajo la orientación legal de «promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad»). A estos efectos, el criterio establecido por la norma es el de la proporcionalidad razonable entre la remuneración y la importancia de la sociedad y su situación económica en cada momento, así como los estándares de mercado de empresas comparables, si existieran.

- c) En el supuesto litigioso, para evaluar la importancia de la sociedad y su situación económica había de tomarse como referencia el final del ejercicio del 2016, momento en que se adoptó el acuerdo impugnado, y no remitirse a la situación de dos años antes, cuando se había llevado a cabo una profunda reestructuración del establecimiento hotelero.
- d) La importancia de la sociedad y su situación económica en el momento relevante venían determinadas por las siguientes circunstancias:
 - la sociedad, además de otros activos (dos inmuebles), era titular de un establecimiento hotelero cuya gestión se había encomendado a un grupo del sector, establecimiento en el que había hecho unas importantes reformas que le habían permitido mejorar su explotación;
 - el hotel había pasado de ciento diez unidades a ciento cincuenta, se construyó un aparcamiento con cincuenta y seis plazas, se instalaron tres restaurantes (antes había uno) y la sociedad pasó de tener veinticuatro trabajadores a más de cien;

- en el año 2016 los beneficios de la sociedad fueron de 2879 090,86 euros.
- En correspondencia con los reseñados parámetros, el Tribunal Supremo no apreció una desproporción desmesurada que llegara a desvirtuar el sentido de la remuneración acordada para los administradores (que es retribuir razonablemente la labor de administración de la sociedad) ni que la convirtiera en un cauce espurio para desviar el posible reparto de los beneficios entre los socios o afectara negativamente a la capitaliza-

ción de la sociedad. A este propósito, la sentencia comentada indicó que resultaba muy significativa la cifra de beneficios alcanzados en el 2016 (2879 090,86 euros), respecto de la que no se advertía desproporcionado el importe de la retribución del administrador para el año siguiente (90 000 euros). A ello cabe añadir que, de acuerdo con los hechos acreditados, si bien la gestión del hotel se había encomendado a otra empresa, no se había vaciado de contenido la función del administrador de la sociedad ni, por supuesto, su responsabilidad.

Disolución y liquidación

Recuperación de la «moratoria contable» del cómputo de las pérdidas causadas por el COVID-19 en los ejercicios 2020 y 2021 hasta el cierre del ejercicio que se inicie en el año 2025 (Real Decreto Ley 4/2025)

El Real Decreto Ley 4/2025, de 8 de abril, de medidas urgentes de respuesta a la amenaza arancelaria y de relanzamiento comercial, que entró en vigor el mismo día de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, esto es, el 9 de abril del 2025, introduce dos novedades en materia societaria que hay que destacar:

La primera novedad, regulada en el artículo 6 de este real decreto ley, es la recuperación de la «moratoria contable» del cómputo de las pérdidas causadas por el COVID-19 en los ejercicios 2020 y 2021 hasta el cierre del ejercicio que se inicie en el año 2025.

Aunque esta medida fue introducida por el Real Decreto Ley 9/2024, de 23 de diciembre, su falta

de convalidación, a pesar de tratarse de una norma válida y eficaz durante su corta vigencia, implicó su derogación.

La exposición de motivos justifica la recuperación de esta medida con la necesidad de preservar el tejido económico y el empleo procurando las condiciones legales para que las empresas viables que componen nuestra economía puedan continuar su actividad. Dado que todavía existen empresas que se están recuperando de los efectos del COVID-19, «deviene necesario permitir que las empresas que lo precisen puedan disponer de un plazo adicional para absorber aquellas pérdidas que trajo el COVID-19, prolongando el tiempo en que las mismas no sean tenidas en cuenta a efectos de la causa de disolución».

De conformidad con lo anterior, dispone el artículo 6 del citado real decreto ley que «[a] los solos efectos de determinar la concurrencia de la causa de disolución prevista en el artículo 363.1e LSC, aprobado por el Real Decreto

Legislativo 1/2010, de 2 de julio, *no se tomarán en consideración las pérdidas de los ejercicios 2020 y 2021 hasta el cierre del ejercicio que se inicie en el año 2025*. Si, excluidas las pérdidas de los años 2020 y 2021 en los términos señalados en el apartado anterior, en el resultado del ejercicio 2022, 2023, 2024 o 2025 se apreciaran pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, deberá convocarse por los administradores o podrá solicitarse por cualquier socio en el plazo de dos meses a contar desde el cierre del ejercicio conforme al artículo 365 de la citada ley, la celebración de junta para proceder a la disolución de la sociedad, a no ser que se aumente o reduzca el capital en la medida suficiente» (la cursiva es nuestra).

Nótese que, en el caso más habitual de cierre del ejercicio a 31 de diciembre del 2025, el plazo para convocar la junta general se computará desde el mismo día del cierre y no desde la formulación del balance del ejercicio.

Como consecuencia de lo anterior, se justifica en la exposición de motivos la introducción de la disposición adicional primera, que regula un plazo extraordinario para la formulación (*sic*) y aprobación de las cuentas anuales en los supuestos en que las cuentas anuales hubiesen sido formuladas con anterioridad a la entrada en vigor del real decreto ley.

Dado que en la mayor parte de los casos las cuentas anuales de las sociedades ya estarán

formuladas, la norma establece la posibilidad de reformular las cuentas anuales (individuales o consolidadas) correspondientes al ejercicio 2024 en el plazo máximo de un mes a contar desde dicha entrada en vigor —esto es, hasta el 9 de mayo del 2025—, a efectos de excluir las pérdidas de los años 2020 y 2021 en el ejercicio 2024 (para determinar la existencia de causa de disolución por pérdidas).

En este caso, la junta general para aprobar las cuentas del ejercicio 2024 se reunirá (como máximo) dentro de los tres meses siguientes a la nueva formulación realizada por el órgano de administración.

Si la convocatoria de la junta general para aprobar las cuentas del ejercicio 2024 se hubiera publicado antes de la entrada en vigor del real decreto ley y no se hubiera celebrado en dicho momento (esto es, el 9 de abril), el órgano de administración podrá modificar el lugar, la fecha y la hora previstos para la celebración de la junta o revocar el acuerdo de convocatoria con una antelación mínima de setenta y dos horas, bien por los procedimientos de convocatoria previstos en los estatutos, bien mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad o, si la sociedad no tuviera página web, en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*. En caso de revocación del acuerdo de convocatoria, el órgano de administración deberá efectuar una nueva convocatoria dentro del mes siguiente a la reformulación de las cuentas.

