

## NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 07/07/2020. ROJ: SAP M 8564/2020 – ECLI: ES:APM:2020:8564. El crédito derivado de la opción de venta de unas participaciones ejercitada por el comprador original contra el vendedor original con posterioridad a la declaración del concurso es un crédito concursal y no un crédito contra la masa.

En este caso, la Audiencia Provincial debe resolver sobre la naturaleza de un crédito concursal dimanante de la ejecución de una opción de venta ejercida por un tercero, ahora demandante, contra la sociedad concursada, cuando la Sociedad ya había sido declarada en concurso.

Concretamente, en el año 2009 el demandante compró a la Sociedad un número determinado de participaciones sociales de otra sociedad por un importe de 4.500.000 €, y las partes incluyeron en este acuerdo una opción de venta y promesa de compra a favor del demandante en virtud de la cual, si éste lo manifestaba con seis meses de antelación y con fecha límite de abril de 2015, la Sociedad estaría obligada a recomprar las participaciones por un precio de 6.764.000 €.

La cuestión objeto del litigio versa sobre la calificación de dicho crédito. Aunque el demandante ejecutó la opción de venta a mediados del 2013, una vez la Sociedad ya había sido declarada en concurso, el administrador concursal reconoció el crédito como un crédito concursal y no como un crédito contra la masa como pretendió el demandante, quién a continuación instó Incidente Concursal ante el Juzgado Mercantil Nº 10 interesando la calificación del antemencionado crédito como crédito contra la masa, pretensión que fue desestimada íntegramente.

Ante dicha sentencia el demandante interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, alegando que, al ser ejecutada la opción de venta una vez la sociedad ya estaba declarada en concurso, el crédito objeto del litigio debía ser considerado como crédito contra la masa. No obstante, la Audiencia Provincial considera probado que la opción de venta y la promesa de recompra por parte de la Sociedad estaba establecida y perfeccionada en el contrato original, antes del concurso, y sometida a plazo o condición de eficacia, lo que en el mejor de los casos, determinaría la presencia de un crédito concursal contingente por lo que desestima íntegramente el recurso.

Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c241760b7463d8cc/20201014>

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 08/10/20. ROJ: STS 3181/2020 – ECLI: ES:TS:2020:3181. Responsabilidad de los consejeros miembros del Comité de Auditoría por inexactitud o falta de veracidad en las cuentas anuales, derivadas de una auditoría externa.

En el presente caso, el Tribunal Supremo debe resolver sobre un recurso de casación planteado por una sociedad cotizada en el que se pretende la revocación de la sentencia de la Audiencia Nacional. En cuanto a los antecedentes de hecho, en las CCAA consolidadas de la sociedad,

había habido un error a raíz del cual se dejaron de reflejar pérdidas por 29,3 millones, resultando así una diferencia del 28% respecto del importe originalmente establecido, por lo que por orden del Ministerio de Economía y Competitividad se impuso una multa a los miembros del Consejo de Administración, pertenecientes al Comité de Auditoría de la empresa, por infracción grave consistente en la remisión a la CNMC y la difusión de cuentas anuales con datos inexactos o no veraces.

La recurrente alega en su recurso que a los miembros del consejo de administración se los ha sancionado por responsabilidad objetiva y sostienen que sus funciones no son las propias del auditor, por lo que no se les puede conferir responsabilidad por los errores o inexactitudes de las cuentas auditadas por el mero hecho de pertenecer al Comité de Auditoría.

Ante dichas alegaciones el Tribunal Supremo argumenta que en ningún momento se les está imputando a los Consejeros miembros del Comité de Auditoría por responsabilidad objetiva, sino que se hace por una falta de diligencia en el cumplimiento de sus funciones de dirección y supervisión de los sistemas de auditoría al no haber detectado una inexactitud grave en las CCAA consolidadas.

Asimismo, establece el Alto Tribunal que es cierto que los miembros del Consejo de Administración que a su vez forman parte del Comité de Auditoría no son auditores y que no deben duplicar las tareas del auditor, pero les otorga una especial responsabilidad en todo lo que se refiera a la correcta realización de las tareas de contabilidad y auditoría realizadas por la sociedad, entre las que está, de acorde a la disposición adicional decimoctava de la Ley del Mercado de Valores (Ley 24/1988, de 28 de julio) la de “3º Supervisar el proceso de elaboración y presentación de la información financiera regulada”.

Así las cosas, el Alto Tribunal considera que al ser miembros del Comité de Auditoría, con las funciones especiales en materia de contabilidad, no han actuado con la diligencia suficiente en el desempeño de sus funciones propias, y al no haber ninguna causa de exculpación en la conducta de los consejeros, estos deben ser sancionados conforme a la sentencia recurrida.

Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5acfb5b60ee0093f/20201020>

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 12/11/2020. ROJ: STS 3639/2020 – ECLI: ES:TS:2020:3639. La condición de socios de los copropietarios de una comunidad en proindiviso de participaciones sociales.

En el presente caso, el Alto Tribunal debe resolver sobre un recurso de casación planteado por la recurrente en base a la falta de legitimación activa de la demandante, en la que reclamaba el

pago de dividendos de la sociedad alegando su condición de socia como copropietaria de una comunidad en proindiviso de las participaciones sociales.

Concretamente, la demandante era comunera juntamente con dos personas más de 170 participaciones sociales de una sociedad, y en base a ello, decide reclamar los dividendos no pagados por la Sociedad, a lo que la sentencia de primera instancia se opone alegando una falta de legitimación activa. Dicha sentencia es revocada por la sentencia de segunda instancia, en la que la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria condena a la sociedad a pagar a la demandante de primera instancia el dividendo acordado por las Juntas Generales en cuestión.

Ante dicha sentencia, la sociedad formula recurso de casación alegando que, en virtud de los artículos 90, 91 y 126 LSC, los comuneros no son socios, sino meros partícipes en una comunidad romana o proindiviso existente sobre las participaciones sociales, comunidad en quien recaería la condición legal de socia de la compañía, por lo que la demandante en primera instancia no tiene legitimación activa para reclamar el pago de los dividendos, que debería realizarse por la comunidad en sí, a través del representante que la comunidad ha de designar conforme al art. 126 LSC.

El Alto Tribunal no comparte la tesis expuesta por la recurrente en el recurso de casación, sino que considera que el artículo 126 LSC no tiene por objeto regular el régimen de la cotitularidad, y por tanto tampoco determina la atribución de la condición de socio, sino que atiende más limitadamente a regular la forma de ejercicio de los derechos. Diferenciando la comunidad en proindiviso de la comunidad hereditaria que sí es una comunidad de tipo germánico y por lo tanto ostenta la condición de socio de la compañía, concluye que estamos ante una comunidad romana ordinaria y por cuotas indivisas, en la que la titularidad sobre cada acción o participación social, en la medida de la cuota indivisa que le corresponda a cada comunero, está determinada de forma matemática y actual.

Asimismo, establece que el derecho al cobro del dividendo, una vez aprobado por la junta, se configura como un derecho especial, separado de su condición de miembro y asimilado a sus derechos como tercero, tratándose por lo tanto de un derecho de crédito independiente en el patrimonio del socio, por lo que éste, cuando lo reclama, no actúa en puridad como tal socio, sino como actuaría un tercero que reclama su derecho de crédito frente a la sociedad.

Como consecuencia de todo lo anterior, el Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación desestimando el recurso interpuesto por la sociedad y confirma la sentencia de la Audiencia Provincial, condenando a la recurrente, esto es, la sociedad, al pago de los dividendos reclamados en primera instancia y al pago de las costas procesales derivados del recurso de casación.

Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/71e165629aa2fe6c/20201123>

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 17/11/2020. ROJ: STS 3794/2020 – ECLI: STS:TS:2020:3794. Sobre el conflicto de interés de dos consejeros nombrados por un socio con el que la sociedad tiene una relación comercial.

En el caso objeto de recurso de casación, el Tribunal Supremo debe resolver sobre una demanda de impugnación de acuerdos sociales en los que se solicitaba su nulidad basándose en un supuesto conflicto de interés según lo establecido en el artículo 227 y siguientes de la LSC. Los antecedentes de hecho se refieren al acuerdo social que implicaba el cese de miembros del consejo de administración de una sociedad que habían sido nombrados por la socia minoritaria que, a su vez, eran altos directivos o administradores de esta, y que, habiendo votado en contra de la aprobación de las CCAA, supone una paralización del órgano social. Concretamente, los consejeros votaron en contra de la formulación de las CCAA por no estar conformes con la inclusión de determinados créditos que la sociedad de la cual eran consejeros ostentaba en favor de la socia minoritaria de la cuales a su vez eran altos directivos.

En primera instancia, el tribunal acordó la nulidad de los acuerdos, y, recurrida dicha sentencia en apelación, la Audiencia Provincial de Vizcaya estimó dicho recurso apreciando fraude de Ley en la adopción de los acuerdos sociales.

En primer lugar, y una vez presentado recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, el Tribunal Supremo, en relación con el artículo 229.1.a) y 229.2 LSC considera que las obligaciones contenidas en el antemencionado precepto, no son aplicables en el presente caso, en tanto que la vinculación social consistente en que el administrador social sea, a su vez, alto directivo o incluso administrador de otra sociedad con la que se produce el conflicto de interés no encaja en ninguno de los supuestos del art. 231 LSC, salvo que el administrador social en cuestión ejerza, respecto de la otra sociedad, un control en alguna de las formas previstas en el art. 42 del Código de Comercio, lo que no sucede en el caso objeto del recurso.

No obstante lo anterior, el Alto Tribunal considera que el administrador no ha actuado conforme el artículo 229.1.f LSC, esto es, no se ha abstenido de desarrollar actividades por cuenta propia o ajena que entrañen competencia efectiva y le ha situado en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad. En relación con lo anterior, el Tribunal considera que no se le ha otorgado la dispensa del 230.3 LSC, que siempre debe ser expresa y mediante acuerdo de Junta General, por lo que el acuerdo del cese de los dos administradores es conforme a derecho.

Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7e392057f936b298/20201127>

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 10/12/20. ROJ: STS 4070/2020. – ECLI: ES:TS:2020:4070. Comunidades de bienes que desarrollan una actividad mercantil. Asimilación al régimen de las sociedades mercantiles irregulares.

El caso trata sobre la legitimación pasiva de uno de los miembros de una, a priori, comunidad de bienes, contra la que se reclamaba el pago de una deuda generada en el desarrollo de su actividad, siendo esta la "agricultura y ganadería y la transformación de sus productos, así como la venta en general de productos alimenticios".

En fases previas del litigio, se desestimó la demanda por el hecho de haberse demandado a un solo comunero y no todos, apreciando por ello falta de legitimación pasiva.

El Alto Tribunal sin embargo entiende que la actividad de dicha comunidad era una actividad comercial y, por ello, trascendía de la naturaleza jurídica de la comunidad de bienes, que destaca por su carácter estático y de mera utilización consorcial de los bienes. Destaca la existencia de "una voluntad duradera de poner en común cosas para la consecución de un fin comercial, empresarial, dinámico y distinto de una mera tenencia de activos", por lo que entiende que resulta asimilable a las sociedades irregulares de tipo colectivo a los efectos de la aplicación del régimen de responsabilidad por las deudas sociales del art. 127Ccom.

Por ello, concluye que no cabe negar legitimación pasiva al demandado por no haber demandado a todos los comuneros, estime el recurso de casación y decide devolver las actuaciones a la Audiencia, a fin de resolver, una vez apreciada dicha legitimación, el resto de cuestiones planteadas y no resueltas en la instancia.

Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/546b739fdoff594e/20201218>

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 10/12/20. ROJ: STS 4072/2020 – ECLI: ES:TS:2020:4072. Inexistencia de error patente en la valoración de la prueba. Acción de responsabilidad individual de los administradores.

Este caso versa sobre la aplicabilidad de la acción de responsabilidad individual de los administradores en un caso de negativa injustificada al reembolso de un cobro indebido. En principio, de los daños causados a terceros por una mercantil, responde la propia sociedad, sin perjuicio de que ésta pueda repetir contra sus administradores una vez reparado, mediante el ejercicio de la acción social de responsabilidad (arts. 238 a 240 LSC).

Pero el art. 241 LSC también reconoce a los socios y a los terceros una acción individual contra los administradores, cuando la conducta de estos en el ejercicio de su función les hubiera ocasionado un daño directo. Conforme a la jurisprudencia, los presupuestos de esta acción son los siguientes:

- (i) un comportamiento activo o pasivo de los administradores;
- (ii) que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal;

- (iii) que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal;
- (iv) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño;
- (v) que el daño que se infiere sea directo al tercero, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y
- (vi) la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado al tercero.

Este carácter directo del daño sobre el patrimonio del tercero es lo que justifica que la jurisprudencia haya afirmado que la acción individual de responsabilidad es una acción directa y principal, no subsidiaria, que se otorga a los socios y terceros para recomponer su patrimonio particular, que resultó afectado directamente por los actos de administración, con la diferencia de que el daño (o la disminución patrimonial) no se ocasiona a la sociedad sino directamente a un tercero.

Ahora bien, no puede recurrirse indiscriminadamente a la vía de la responsabilidad individual de los administradores por cualquier incumplimiento contractual de la sociedad o por cualquier deuda social, aunque tenga otro origen, que resulte impagada. Lo contrario supondría violentar los principios fundamentales de las sociedades de capital, como son la personalidad jurídica de las mismas, su autonomía patrimonial y su exclusiva responsabilidad por las deudas sociales.

El impago de las deudas sociales no puede equivaler necesariamente a un daño directamente causado a los acreedores sociales por los administradores de la sociedad deudora. Por ello, el tribunal exige al demandante, además de la prueba del daño, tanto la prueba de la conducta del administrador, ilegal o carente de la diligencia de un ordenado empresario, como la del nexo causal entre conducta y daño, sin que el incumplimiento de una obligación social sea demostrativo por sí mismo de la culpa del administrador ni determinante sin más de su responsabilidad.

En el caso que nos ocupa, la Audiencia Provincial, si bien parte de esta jurisprudencia, no la aplica correctamente. En este caso no hay duda de que el daño causado por el doble pago del mismo crédito a favor de la empresa que administra el demandado, que generó a su favor un enriquecimiento injusto correlativo al empobrecimiento de la demandante, es un daño directo a ésta, y no indirecto o reflejo. Es pacífica la conclusión sobre la existencia de una relación de causalidad directa entre el doble pago y el daño patrimonial sufrido, y así se ha declarado al estimarse la acción por enriquecimiento injusto.

No ofrece duda tampoco la antijuridicidad de la propia situación del enriquecimiento injusto. La pasividad del administrador, al omitir adoptar las medidas necesarias para restituir el cobro de lo indebido por parte de la sociedad, que conocía, supone un incumplimiento de su obligación de desempeñar su cargo con diligencia, que se agravó al disponer o permitir que otros dispusieran de los fondos recibidos. No es preciso para sostener esto, dice el tribunal, dar por probado que el beneficiario de los fondos fue el propio administrador. Es indudable que al no realizarse el reembolso se ha producido un incumplimiento de una obligación

extracontractual de restitución del enriquecimiento injusto, vinculado a una conducta del administrador (al obviar un requerimiento claro de restitución de un pago indebido).

Además se precisa que la antijuridicidad de esta conducta no se ve paliada (al modo de una improcedente compensación de culpas), por el hecho de que el origen del enriquecimiento injusto se sitúe en un pago indebido, realizado por error, por empleados de la propia entidad perjudicada.

Por todo ello, se aprecian en este caso los requisitos necesarios para dar lugar a la acción individual de responsabilidad contra el administrador de la compañía y el alto tribunal desestima el recurso

Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/803ab8c84ed555b8/20201218>

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 10/12/20. ROJ: STS 4108/2020 – ECLI: ES:TS:2020:4108. Derecho de separación de socios de una sociedad limitada por falta de distribución de dividendos.

En este caso, el litigio versa sobre el derecho de separación de los socios por falta de distribución de dividendos. El *quid* discutido es la aplicación del art. 348 bis de la LSC, de forma previa a su última modificación en 2018, que exigía literalmente el voto a favor de la distribución de dividendos, al otorgar el derecho de separación a los entonces demandantes.

El acuerdo de la junta general en cuestión que versaba sobre la aplicación del resultado se aprobó por un 79.77% del capital social. De dicha reunión se extendió acta notarial que incluía expresamente que los restantes socios disidentes se opusieron a la aplicación del resultado a reservas y exigieron el reparto de dividendo. Posteriormente tales socios ejercieron su derecho de separación dentro del plazo de un mes exigido por la normativa.

La sentencia recurrida y confirmada en casación, consideraba que no se exigiera, pese a su aparente literalidad, que debiera haber existido un voto expreso favorable a la distribución de dividendos por parte del socio que pretendiera ejercer su derecho de separación.

Considera el Tribunal que la *ratio* del precepto es que el socio minoritario tenga una vía de reacción ante la falta reiterada de distribución de dividendos mediante acuerdos sistemáticos de la junta general de aplicar los beneficios repartibles a reservas. Y para el ejercicio del derecho, la Ley establece unos requisitos, entre los cuales se encuentra que el socio discrepante vote en contra de los designios de la mayoría. Por lo tanto, pese a la literalidad del precepto, no se trata tanto de que vote a favor de que se distribuyan los dividendos (posibilidad que puede que no contemple como tal el orden del día), como de que vote en contra de que el resultado se aplique a otros fines diferentes a la distribución de dividendos.

En este caso, la Audiencia Provincial considera probado que los socios demandantes votaron en contra de la aplicación del resultado a reservas voluntarias y manifestaron su deseo (exigieron, según la transcripción de la grabación de la junta que se hace en el acta notarial) de que se aplicara a dividendos. Por lo que cabe apreciar que hubo una declaración de voluntad

expresa de los socios en la junta general de que el resultado se aplicara a la distribución de dividendos, que es a lo que, con mejor o peor redacción, se refería la versión original del art. 348 bis LSC.

Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/dd6684bd41357ac8/20201218>

Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala de lo Civil) de 15/01/21. ROJ: STS 4/2021 – ECLI: ES:TS:2021:3. Derecho de separación: momento del nacimiento del crédito y de la pérdida de la condición de socio así como clasificación concursal de dicho crédito.

En esta sentencia se debate sobre la naturaleza jurídica del derecho de separación, momento del nacimiento del crédito dimanante del ejercicio del derecho de separación y de la pérdida de la condición de socio, así como la clasificación de dicho crédito.

Debemos señalar como antecedentes de hecho que por sentencia firme de 21 de marzo de 2014, se declaró el derecho de separación de varios socios de una compañía mercantil por no distribución de dividendos, y se condenó a dicha compañía mercantil a reembolsar a los socios separados el valor razonable de las acciones de las que eran titulares el 11 de noviembre de 2011 (fecha de ejercicio del derecho de separación). Posteriormente, por el Registro Mercantil se designó auditor de cuentas que informó del valor razonable de dichas acciones, comunicando el mismo a la compañía mercantil con fecha 14/10/2014; valoración que fue impugnada judicialmente por la compañía. Sin embargo, por auto de 14 de noviembre de 2016, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña declaró el concurso voluntario la mercantil. Se comunicó el crédito procedente del derecho de separación, solicitando que se clasificara como ordinario, sin embargo la administración concursal lo incluyó en la lista de acreedores como subordinado del art. 92.5 de la Ley Concursal (LC).

Por medio de esta sentencia del Alto Tribunal, aborda y aclara varias cuestiones muy debatidas por la doctrina, así pues, entiende que el derecho al reembolso del valor a las participaciones en el capital nace en la fecha en que la sociedad ha recibido la comunicación del socio por la que ejercita su derecho de separación. Asimismo considera que el socio que ejerce el derecho de separación conserva su condición de socio hasta que se le paga el valor de su participación. Respecto a la naturaleza del crédito dimanante del ejercicio del derecho de separación el Alto Tribunal sostiene que como dicho crédito nace con la recepción de la comunicación y en este momento se conserva la cualidad de socio, el crédito debe calificarse como subordinado.

Por última el Alto Tribunal rechaza el argumento de la parte recurrente que considera que el crédito es extracontractual y debe ser excluido de la masa del concurso.



El Excmo. Sr. Magistrado D. Juan María Díaz Fraile formula un extenso voto particular exponiendo sus argumentos que le llevaron a discrepar de la decisión mayoritaria.

Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/405427a29c7f91d2/20210125>

### **NOVEDADES DE LA DGSJFP:**

Resolución DGSJFP de 14 de octubre de 2020: a efectos registrales no cabe atribuir eficacia retroactiva al nombramiento de administrador.

En la presente resolución de la DGSJFP, se resuelve un recurso interpuesto contra la negativa del Registrador a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos adoptados por la junta general de una sociedad anónima.

Se trata de un acuerdo adoptado en junta general de 2 de mayo de 2020 de reelección de la administradora única de una sociedad anónima con fecha de efectos «desde el 1 de julio de 2018» y por un período de cinco años. La designada aceptó el cargo en la misma reunión en la que, habida cuenta de que su cargo se encontraba caducado desde el 1 de julio de 2018, se acordó además “convalidar y aprobar todos los actos que haya efectuado la administradora desde la fecha de caducidad de su cargo hasta este momento”.

El registrador suspendió la inscripción solicitada argumentando que sólo cabía inscribir el nombramiento con la fecha de la junta general en la que se adoptó el acuerdo (2 de mayo de 2020) y no con eficacia retroactiva desde el 1 de julio de 2018.

La Dirección General desestimó el recurso interpuesto por el notario basando su decisión en los siguientes principios:

- a) Los administradores de una sociedad anónima ejercen el cargo durante el plazo que establecen los estatutos sociales, que no podrá exceder de seis años (art. 221.2, párrafo primero LSC). Si la duración del cargo de administrador se ha fijado por años el nombramiento de los administradores caduca cuando, vencido el plazo, se haya celebrado junta general o haya transcurrido el plazo para la celebración de la junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior (art. 222 LSC). Además, al proceder al nombramiento de un administrador, la junta no puede fijar un plazo de duración del cargo inferior al establecido en los estatutos sociales
- b) El cómputo de la duración del cargo de administrador debe realizarse desde la fecha del nombramiento, y no desde la fecha de aprobación del acta ni desde la fecha de la aceptación.
- c) El nombramiento de administrador habrá de ser expreso en todo caso. Incluso la reelección, aunque suponga de facto una continuidad en el cargo, implica un previo cese y un nuevo nombramiento para el que han de observarse los requisitos propios de cualquier nombramiento (no se traduce, por tanto, en la prórroga del anterior mandato, sino en la concesión de uno nuevo mediante un acuerdo societario distinto).

- d) De todo lo anterior se deduce que la inscripción de la reelección de un administrador únicamente puede tener como fecha de ésta la del acuerdo adoptado por la junta general que decide ese nuevo nombramiento.

Supuesto todo lo anterior, la junta tiene libertad para acordar una ratificación de lo hecho por el administrador desde la fecha en que caducó el cargo hasta la fecha de la junta, pero esa ratificación es ajena al objeto de la publicidad registral y producirá los efectos que le sean propias en el ámbito exclusivo de las relaciones de la sociedad con las personas con las que haya contratado ese administrador.

**Vínculo:** <https://www.boe.es/boe/dias/2020/10/31/pdfs/BOE-A-2020-13325.pdf>

Resolución DGSJFP de 19 de octubre de 2020: depósito de cuentas anuales ejercicio corto.

En la presente resolución de la DGSJFP, se resuelve un recurso interpuesto contra la negativa del Registrador a practicar depósito de cuentas anuales de una sociedad relativas al ejercicio 2019.

La sociedad se había constituido el 17 de diciembre de 2018, fecha coincidente con el inicio de las operaciones según los estatutos y no habiendo presentado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018, pretende el depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2019 estando cerrado el Registro por falta de depósito de las correspondientes al ejercicio anterior.

La DGSJFP manifiesta que aunque la sociedad se constituya en los últimos días del año, si la fecha de comienzo de las operaciones es con el otorgamiento de la escritura, la sociedad está obligada a depositar las cuentas de dicho año, aunque en el mismo no haya realizado operación alguna.

La DGSJFP resuelve desestimar el recurso y confirma la nota de calificación.

**Vínculo:** <https://www.boe.es/boe/dias/2020/11/04/pdfs/BOE-A-2020-13549.pdf>

Resolución DGSJFP de 19 de octubre de 2020: convocatoria de junta general realizada incorrectamente.

Una sociedad que cuenta con tres administradores mancomunados celebra una junta general convocada solo por dos de ellos adoptando determinados acuerdos. La junta se celebra con asistencia de todos los socios, sin que existan reservas ni protestas por el hecho de su convocatoria y celebración.

Esta resolución recuerda doctrina interesante para la calificación, como es (i) la no posibilidad de convocatoria solo por parte (y no todos) los administradores mancomunados, (ii) que si se quiere que puedan convocar, entre varios mancomunados, sólo parte de ellos, debe establecer claramente en estatutos, (iii) que a estos efectos no vale el que se diga que los administradores, en la forma de actuación establecida, ostentan la gestión y administración de la sociedad, (iv) que la administración de una sociedad no es delegable en ningún caso, (v) que si se dan facultades a un tercero para representar a un socio que al mismo tiempo es administrador, esa

representación se limita a la cualidad de socio, y (vi) que pese a la existencia de defectos de convocatoria, sean estos los que sean, si todos los socios asisten a la junta, aunque no le den carácter de universal, si ninguno de ellos manifiesta reservas o protestas acerca de su convocatoria y celebración, los acuerdos derivados de dicha junta son inscribibles.

**Vínculo:** <https://www.boe.es/boe/dias/2020/11/06/pdfs/BOE-A-2020-13757.pdf>

Resolución DGSJFP de 22 de octubre de 2020: acuerdo relativo al cambio de estructura del órgano de administración.

En la presente resolución de la DGSJP, se resuelve un recurso interpuesto contra la negativa del Registrador a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.

Se trata de una junta general de sociedad convocada por el único administrador mancomunado existente tras el fallecimiento del otro administrador y en la que el acuerdo no se limita a recomponer el órgano de administración, sino que se procede a su cambio nombrando un administrador único.

El Registrador no inscribe pues a su juicio “en caso de fallecimiento de uno de los administradores mancomunados, el administrador que permanezca en el ejercicio del cargo podrá convocar la junta general únicamente con el objeto de designar un nuevo administrador, por lo que la convocatoria realizada con el objeto de cambiar el sistema de administración no es válida, de conformidad con el artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital. El Notario alega que “el órgano social competente para nombrar y separar a los administradores es la junta general y esta ha sido debidamente convocada respetando el derecho de información del socio, lo cual se consigue con el orden del día de los asuntos a tratar” en el que figuraba el cambio de sistema de administración.

La DGSJFP resuelve que en este caso es posible el cambio de sistema de administración ya que en el orden del día de la junta se hizo constar de forma expresa este extremo, informándose debidamente a los socios.

La DGSJFP estima el recurso y revoca la nota de calificación.

**Vínculo:** <https://www.boe.es/boe/dias/2020/11/06/pdfs/BOE-A-2020-13753.pdf>

Resolución DGSJFP de 23 de octubre de 2020: certificación de los acuerdos del consejo de administración, necesidad de indicar la identidad de los miembros concurrentes.

En la presente resolución de la DGSJFP, se resuelve un recurso interpuesto contra la negativa del Registrador a inscribir una escritura de apoderamiento.

En este caso, se formalizó un poder otorgado por acuerdo del consejo de administración. En la certificación consta que “concurrieron la totalidad de los miembros del Consejo de Administración [...]”. La Registradora suspendió la inscripción alegando que según el artículo 97.1.4º.2º párrafo del Reglamento del Registro Mercantil se exige que conste “el nombre de los miembros del consejo concurrentes, con indicación de los que asisten personalmente y de quienes lo hacen representados por otro miembro”, lo que no consta en la certificación.

La DGSJFP manifiesta que la identidad es necesaria si asistan todos o no y que lo que persigue este requisito es comprobar que los que han concurrido son consejeros, se encuentran inscritos y son suficientes para la válida constitución del órgano, cualidad que no la expresa una simple indicación sobre la asistencia de todos los consejeros que deja sin identificar a los integrantes.

La DGSJFP resuelve desestimar el recurso y confirma la nota de calificación.

**Vínculo:** <https://www.boe.es/boe/dias/2020/11/06/pdfs/BOE-A-2020-13758.pdf>

Resoluciones DGSJFP de 19 de noviembre de 2020: junta general adopción de acuerdos por escrito y sin sesión. Juntas telemáticas RDL 8/2020.

En estas resoluciones de la DGSJFP, se resuelven sendos recursos interpuestos contra la negativa del Registrador a inscribir dos escrituras de elevación a público de acuerdos de la junta general de una sociedad.

Dos sociedades instan de un notario un acta de requerimiento para notificar la convocatoria de la junta general con determinados documentos anexos y para dejar constancia del resultado de las votaciones por escrito y sin sesión sobre los distintos puntos del orden del día. Sobre la base de dicha acta se elevan a público acuerdo de la junta general de las dos sociedades de nombramiento de auditores, titular y suplente. Se da además la circunstancia de que dos de los socios se personan en la notaría y manifiestan “que la situación motivada por la COVID no condiciona que los acuerdos se realicen por escrito y sin sesión durante el estado de alarma, y consideran que la Junta es nula (artículos 159, 164, 165 y 178 Ley Sociedades de Capital)”.

La registradora, deniega la inscripción de las escrituras por los tres siguientes motivos: (i) la junta no tiene la consideración de universal pese a que todos los socios hayan participado en las votaciones; (ii) el acta que se acompaña no puede considerarse como un acta notarial de Junta pues el Notario no ha sido requerido para ello, ni cumple los requisitos señalados en los artículos 101 y 102 del Reglamento del Registro Mercantil y (iii) la escritura de elevación a público de los acuerdos adoptados requiere un acta de la junta y se hace tomando como base una certificación de la misma expedida por el administrador, la propia acta (que debe ser aprobada) o testimonio notarial del Libro de actas debiendo cumplirse los requisitos que establece el artículo 97 Reglamento del Registro Mercantil para el acta y el 112 para la certificación de la misma.

El Notario recurre las calificaciones manifestando que al admitir el art. 40 del RD Ley 8/2020 que los acuerdos de los órganos de gobierno y administración se puedan adoptar por escrito y sin sesión, se está refiriendo, aunque no de forma expresa, a la junta general como órgano de gobierno de la sociedad y más en momentos como los actuales de excepcionalidad y peligro para la salud pública. A su juicio las sucesivas diligencias contenidas en las actas identifican fehacientemente a los socios y el sentido de su voto “lo cual permitió conformar de manera clara el quórum de asistencia, sin sesión y por escrito, de la Junta, así como el resultado de las votaciones y el voto de cada socio [...]”. Y por ello “la escritura de elevación a público de acuerdos sociales otorgada por el administrador de la sociedad [...] se ha hecho en efecto por el administrador en base al acta de la junta, celebrada sin sesión y por escrito, y [...] contenida en acta notarial...”.

La DGSJFP desestima los recursos y confirma las notas de calificación en base a los siguientes argumentos:

- Durante el estado de alarma y hasta el 31 de diciembre de 2020, son admisibles las juntas telemáticas, pero no las juntas por escrito y sin sesión si no están expresamente previstas en los estatutos de la sociedad.
- Para que una junta sea universal no es suficiente la asistencia de todos los socios, sino que también debe existir unanimidad en el orden del día de la misma.
- Confirma que el acta no es un acta de la junta sino un acta de requerimiento, siendo necesario que se someta al trámite de aprobación y demás requisitos exigidos.
- También confirma que la elevación a público no puede hacerse sobre la base de la referida acta en donde no aparecen cumplidos los requisitos exigidos por los artículos 107 a 112 del Reglamento del Registro Mercantil.

**Vínculo:** <https://www.boe.es/boe/dias/2020/12/07/pdfs/BOE-A-2020-15774.pdf>  
<https://www.boe.es/boe/dias/2020/12/07/pdfs/BOE-A-2020-15775.pdf>

Resolución DGSJFP de 19 de noviembre de 2020: reserva de denominación social y siglas.

En la esta resolución de la DGSJFP, se resuelve un recurso interpuesto contra la negativa del Registrador mercantil central a reservar una denominación.

Se deniega como denominación social la de «Hit Healthy Indoors Technologies, Sociedad Limitada» porque “las siglas o denominaciones abreviadas no podrán formar parte de la denominación” de conformidad con lo establecido en el artículo 398.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

El interesado recurre y dice que “la palabra HIT no es un acrónimo. Es una palabra que tiene significado propio y está reconocida por la Real Academia de la Lengua. Se asocia normalmente con la música y el deporte, y significa gran éxito. La denominación solicitada está formada por cuatro palabras con significado pleno y autónomo, siendo el acrónimo de las iniciales HHIT, que no está incluido en la denominación”.

La DGSJFP resuelve que para que unas siglas no puedan formar parte de la denominación social, deben estar claramente establecidas como tales siglas y no son tales si las mismas tienen un significado propio, salvo casos excepcionales. Por tanto, revoca la nota de calificación admitiendo la denominación indicada.

**Vínculo:** <https://www.boe.es/boe/dias/2020/12/07/pdfs/BOE-A-2020-15777.pdf>

Resolución DGSJFP de 26 de noviembre de 2020: cese y nombramiento de liquidador y liquidación de sociedad.

En la presente resolución de la DGSJFP, se resuelve un recurso interpuesto contra la negativa del Registrador a inscribir una escritura de cese y nombramiento de liquidador y liquidación de una sociedad.

Se trata de una escritura de elevación a público de acuerdos adoptados por la junta general de una sociedad en liquidación, de cese de las dos liquidadoras mancomunadas, nombramiento de una liquidadora única (una de las que cesaron, que es la recurrente), aprobación del balance de liquidación y liquidación de dicha sociedad adjudicando determinados bienes, derechos y dinero a los socios en pago de su cuota de liquidación.

Según el primero de los defectos que opone el registrador a la inscripción de la citada escritura, no puede entenderse que la junta general cuyos acuerdos se elevan a público haya sido convocada por las dos liquidadoras mancomunadas. Manifiesta la DG que no puede equipararse el compromiso de celebrar una junta “con la convocatoria de aquella con los requisitos establecidos en la ley (artículos 166 a 177 y 375 de la Ley de Sociedades de Capital), todo ello al margen de las consecuencias que pudieran desprenderse del incumplimiento de tal compromiso”.

En cuanto al segundo de los defectos, se refiere a la adjudicación del haber social mediante la entrega de bienes no dinerarios (derechos de crédito e inmovilizado material), manifiesta el Registrador que no existe consentimiento de uno de los socios. La DG manifiesta que para la adjudicación a los socios de su cuota de liquidación en bienes distintos al metálico es necesario el acuerdo unánime, salvo disposición expresa de los estatutos en dicho sentido.

**Vínculo:** <https://www.boe.es/boe/dias/2020/12/10/pdfs/BOE-A-2020-15921.pdf>

Resolución DGSJFP de 3 de diciembre de 2020: aumento de capital social y derecho de información de los socios.

En la presente resolución de la DGSJFP, se resuelve un recurso interpuesto contra la negativa del Registrador a inscribir una escritura de aumento de capital de una sociedad.

Se trata de una escritura que documenta un acuerdo de aumento de capital social mediante aportaciones dinerarias. El acuerdo se aprobó con el voto a favor por dos accionistas titulares de acciones que representan conjunto el 95,444 por ciento del capital y el voto en contra por una socia titular de las restantes acciones que representan el 4,556 por ciento del capital social.

El Registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, no se cumple lo establecido en el artículo 287 de la Ley de Sociedades de Capital, toda vez que en los anuncios de convocatoria unidos al acta no se hace constar el derecho que corresponde a todos los socios de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y del informe sobre la misma, así como pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos. Salvo que se acredite fehacientemente la fecha y forma de entrega a los socios de los documentos referidos en el segundo punto del orden del día relativo al aumento de capital social por aportaciones dinerarias con motivo de una nueva inversión inmobiliaria.

La DGSJFP manifiesta que si en el anuncio de convocatoria de una junta se omite totalmente el derecho de información al socio en aquellos casos en que el anuncio lo deba contener, los acuerdos de la junta celebrada a su amparo no serán inscribibles en el Registro Mercantil.

En la presente Resolución la DG reitera su doctrina sobre el derecho de información del socio cuyos puntos clave son los siguientes: (i) la esencialidad del derecho de información; (ii) es un derecho unitario, imperativo, irrenunciable y que se tiene por ser socio; (iii) su ausencia en la convocatoria implica un vicio de la misma “invalidando el acuerdo que sobre el particular se pueda adoptar”; (iv) esta doctrina debe ser mitigada en ocasiones si los defectos son formales y de escasa trascendencia; (v) para ello es necesario que los socios no hayan considerado sus derechos violados; (vi) en esos casos hay que ponderar las circunstancias que concurran en el caso para comprobar “que no ha existido una violación inadmisibles de los derechos individuales de los socios”; (vii) por vía de ejemplo cita el caso de que el derecho de información sea

insuficiente, que su contenido adolezca del mismo defecto, o la omisión del medio para hacerlo efectivo; (viii) esta doctrina se plasmó en la redacción del art. 204 de la LSC según su reforma por la Ley 31/2014 de 3 de diciembre y (ix) la doctrina relativa a la mitigación de la falta de información “no puede resultar de aplicación en aquellos supuestos en que la convocatoria omite en su totalidad el régimen de protección específico del derecho de información”;

Como consecuencia de todo ello, afirma la DG, que “son las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho concreto las que han de permitir determinar si el derecho de información de los socios ha sido o no cumplimentado en términos tales que los derechos individuales de los socios hayan recibido el trato previsto en la Ley”.

La DGSJFP resuelve desestimar el recurso y confirma la nota de calificación.

**Vínculo:** <https://www.boe.es/boe/dias/2020/12/18/pdfs/BOE-A-2020-16480.pdf>

Resolución DGSJFP de 3 de diciembre de 2020: escisión parcial de sociedad, aprobación del proyecto y aprobación de la escisión, fecha de la junta y fecha de publicidad.

En la presente resolución de la DGSJFP, se resuelve un recurso interpuesto contra la negativa del Registrador a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de escisión parcial de una sociedad.

Se trata de una escritura de escisión parcial de una sociedad limitada mediante la creación de dos nuevas sociedades. Los acuerdos lo son en junta universal y por unanimidad de 5 de marzo de 2020 en la que se aprueba la escisión según el proyecto de escisión aprobado –también por unanimidad– en junta general universal de 31 de diciembre de 2019.

El registrador suspende la inscripción por considerar que los anuncios del acuerdo de escisión en el BORME y en un diario son de fecha anterior a la fecha de la junta que acuerda la escisión debiendo, por tanto, publicarse nuevos anuncios.

Para la DG está claro que el artículo 43.1 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles establece que “el acuerdo de fusión, una vez adoptado, se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de gran circulación de las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio”, siendo los anuncios fundamentales a efectos del posible ejercicio de oposición por parte de los acreedores. Por tanto, en este caso, los derechos de los acreedores podrían verse menoscabados, ya que los acreedores pueden haber creído que la aprobación del proyecto de escisión determina esa fecha a la que necesariamente deben ser anteriores los créditos que dan derecho a oponerse a la escisión. Sin embargo, el plazo para que esos acreedores anteriores pudieran oponerse no empieza a contarse mientras no se publique el acuerdo de escisión propiamente dicho adoptado por la junta general.

Por ello, la DG concluye que la publicación de los anuncios de escisión en BORME y en un diario en ningún caso pueden ser anterior a la fecha de celebración de la junta que acuerda la escisión definitivamente, aunque exista una junta previa que se limitó a aprobar el proyecto de escisión.

La DGSJFP resuelve desestimar el recurso y confirma la nota de calificación.

**Vínculo:** <https://www.boe.es/boe/dias/20>