



**Universidad  
Zaragoza**

Trabajo de Fin de Máster

Título del Trabajo:

*“Dictamen jurídico acerca de la actuación del administrador de la sociedad “EL MAR VIVIENDA, S.L.” solicitado por las socias de “LA LUNA, S.L.”, socia minoritaria de la primera de las sociedades mencionadas”*

Autor/a:

Beatriz Pilar Navarro Navarro

Director/a:

Mercedes Zubiri Salinas

Facultad de Derecho  
2019

## *ABREVIATURAS*

**CE:** Constitución Española, 1978.

**LSC:** Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

**LSRL:** Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

**Cc.:** Real Decreto de 14 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.

**LEC:** Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

**STS:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**SAP:** Sentencia de la Audiencia Provincial.

**SAN:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**S.L.:** Sociedad de Responsabilidad Limitada.

**“EMV, S.L.”:** El Mar Vivienda, Sociedad de Responsabilidad Limitada.

**BTC:** Buscador de Sentencias del Tribunal Constitucional.

**RDGRN:** Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

**RdS:** Revista de Sociedades de Capital.

**RdM:** Revista de Derecho Mercantil.

**Ccom.:** Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

## ÍNDICE

<b>I. ANTECEDENTES DE HECHO.....</b>	<b>6</b>
<b>II. CONSULTA.....</b>	<b>13</b>
<b>III. NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA UTILIZADAS PARA EL ANÁLISIS DEL SUPUESTO.....</b>	<b>14</b>
<b>1. NORMATIVA: .....</b>	<b>14</b>
<b>2. JURISPRUDENCIA ORDENADA CRONOLÓGICAMENTE: .....</b>	<b>14</b>
<b>3. RESOLUCIONES DE LA DGRN.....</b>	<b>16</b>
<b>IV. DICTAMEN.....</b>	<b>17</b>
<b>1. TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES SOCIALES .....</b>	<b>17</b>
1.1. Breve análisis jurídico de las participaciones sociales .....	17
1.2. Cuestiones generales sobre la transmisión de participaciones sociales.....	18
1.3. Ineficacia frente a la sociedad “EMV, S.L.” de la transmisión de participaciones sociales realizada sin seguir el procedimiento establecido en los estatutos y en la Ley .....	21
A) No estamos ante una libre transmisión de participaciones sociales .....	21
B) ¿Cómo debería de haber actuado Don Enrique? .....	23
a) Opción 1º .....	23
b) Opción 2º .....	23
C) Consecuencia de la actuación .....	24
3.4. Acciones a ejercitar .....	24
A) Procedimiento.....	24
B) Plazo .....	24
C) Pruebas que presentaríamos.....	25
D) Fundamentos jurídicos en los que podrían basarse las pretensiones de impugnación .....	25
E) Posibilidades de éxito .....	25
F) Consecuencias .....	25
<b>2. DISPOSICIÓN DE FONDOS DE LA SOCIEDAD POR PARTE DEL ADMINISTRADOR .....</b>	<b>26</b>
2.1. Facultades de gestión y representación del órgano de administración.....	26
2.2. Limitaciones de las facultades atribuidas al órgano de administración: el objeto social e interés social .....	28

2.3. Principales deberes que recaen sobre el órgano de administración.....	29
A) Deber general de diligencia de los artículos 225 y 226 LSC .....	30
B) Deber de lealtad de los artículos 227 y 228 LSC .....	33
a) No ejercitar sus facultades con fines distintos a aquellos para los que le han sido concedidas.....	35
b) Deber de guardar secreto.....	36
c) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.....	36
C) Deber de evitar situaciones de conflicto de intereses del artículo 229 LSC..	36
2.4. El poder de representación del administrador de la mercantil “EMV, S.L.” .	38
2.5. Relación concreta de la actuación de Don Enrique como administrador y las irregularidades en el ejercicio de sus deberes: disposición de fondos de la sociedad para sus gastos personales .....	42
2.6. Responsabilidad del administrador.....	44
A) Previsiones sobre el artículo 236 LSC. En especial, los presupuestos de la responsabilidad de los administradores .....	44
B) Posibles acciones a ejercitar .....	46
a) Acción social de responsabilidad .....	47
b) Acción individual de responsabilidad .....	51
2.7. Procedimiento a seguir para exigir responsabilidad y consecuencias .....	53
A) ¿Qué acción sería la más adecuada a ejercitar para el supuesto planteado? .	53
B) Proceso.....	53
C) Plazo .....	54
D) Fundamentos jurídicos en los que basaríamos las pretensiones.....	54
E) Pruebas a presentar para justificar las pretensiones ejercitadas en la demanda .....	55
F) Medidas cautelares a solicitar .....	55
G) Posibilidades de éxito.....	57
<b>3. JUNTA GENERAL CELEBRADA EL DÍA 14 DE MARZO DE 2019 Y ACUERDOS ADOPTADOS EN ELLA .....</b>	<b>57</b>
3.1. Análisis de la junta general celebrada el día 14 de marzo de 2019 .....	57
A) Requisitos formales .....	57
B) Asistencia, representación y voto .....	61

3.2. Causa general de nulidad de los acuerdos adoptados en esta junta general ....	63
3.3. Análisis de los acuerdos concretos que han sido adoptados.....	63
A) Introducción legislativa a la materia .....	63
B) Acuerdo social relativo a la fijación de remuneración al administrador .....	65
a) Cuestiones generales sobre la remuneración de los administradores y procedencia de la retribución fijada a Don Enrique Navarro .....	65
b) Impugnabilidad del acuerdo .....	69
C) Acuerdo social relativo a la venta de uno de los inmuebles del patrimonio de la mercantil “EMV, S.L.” .....	72
3.4. Legitimación para impugnar.....	73
A) Legitimación activa .....	73
B) Legitimación pasiva.....	75
3.5. Caducidad de la acción .....	76
3.6. Procedimiento de impugnación .....	76
A) Procedimiento.....	76
B) Plazo .....	77
C) Pruebas podrían fundamentar las pretensiones.....	77
F) Solicitud de medidas cautelares .....	78
G) Posibilidades de éxito.....	79
<b>4. POSIBILIDAD DE ACUMULACIÓN DE ACCIONES.....</b>	<b>79</b>
<b>5. POSIBILIDAD DE RESOLVER LOS CONFLICTOS MEDIANTE ARBITRAJE.....</b>	<b>80</b>
<b>V. CONCLUSIONES.....</b>	<b>81</b>
<b>VI. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>84</b>

## I. ANTECEDENTES DE HECHO

La Sociedad Mercantil “EL MAR VIVIENDA, S.L.” fue constituida mediante escritura pública autorizada el día 20 de febrero de 2006 por el Notario de Zaragoza Don Pedro López Martínez, con el nº167 de protocolo; inscrita en el Registro Mercantil de Zaragoza al Tomo 23455, Folio 1, Hoja H – 23455.

El capital social de la entidad asciende a 1.020.000 €, dividido en 1.020.000 participaciones sociales de un euro de valor nominal distribuido de la siguiente forma:

<b>SOCIEDAD</b>	<b>Participaciones</b>	<b>Porcentaje</b>	<b>Total</b>
<b>“EL MAR VIVIENDA S.L.”</b>	1.020.000	100%	3/3
“EL SOL, S.L.”	680.000	66,66%	2/3
“LA LUNA, S.L.”	340.000	33,33%	1/3

Para lograr una mejor comprensión de los posteriores hechos que aquí se presentan hemos de exponer las siguientes particularidades:

- Doña Amparo Gómez y sus seis hijos tienen repartido la mayor parte del patrimonio recibido de la disolución de su sociedad conyugal y herencia recibida de su difunto esposo y padre, Don Francisco Navarro Celma, en dos sociedades mercantiles y, si bien la madre – Doña Amparo Gómez – participa en ambas sociedades, sus seis hijos solo lo hacen en una u otra sociedad.
- El capital social de la sociedad “EL SOL, S.L.” está integrado por Doña Amparo Gómez y por sus hijos Don José, Doña María, Doña Pilar y Don Enrique.
- El capital social de la sociedad “LA LUNA S.L.” está integrado por Doña Amparo y dos de sus hijas, Doña Beatriz y Doña Laura.

- A su vez, dichas entidades mercantiles son titulares del 100% de participaciones del capital social de “EL MAR VIVIENDA, S.L.”, sociedad patrimonial cuyo único activo lo constituyen dos inmuebles, sitios en San Carlos de la Rápita (Tarragona) y en Tarazona (Zaragoza), destinados de común acuerdo al uso y disfrute de los socios de las sociedades titulares de las participaciones sociales de “EL MAR VIVIENDA, S.L.”, abonando por ello las facturas que dicha entidad giraba a las respectivas sociedades mercantiles.
  
- Don Enrique Navarro es administrador único de la entidad mercantil “EL MAR VIVIENDA, S.L.” y consejero delegado de “EL SOL, S.L.”. Las funciones que éste viene desempeñando en “EL MAR VIVIENDA, S.L.” se basan en la gestión de los pagos de los impuestos, tasas y demás devengos referentes a los inmuebles que la sociedad tiene en su propiedad.

Los siguientes cuadros representan gráficamente las tres sociedades y la forma en la que está repartido su capital social en aras de una mayor comprensión para el lector:

<b><u>“EL SOL, S.L.”</u></b>	<b><u>“LA LUNA, S.L.”</u></b>		
<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Amparo Gómez (madre)</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 33,88% - Pleno dominio.</li> <li>- 30,17% - Usufructo.</li> </ul> </li> <li>• <b>José Navarro Gómez</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 0,83% - Pleno dominio.</li> <li>- 7,97 – Nuda propiedad.</li> </ul> </li> <li>• <b>Enrique Navarro Gómez</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 10,34% - Pleno domino.</li> <li>- 8,66% - Nuda propiedad.</li> </ul> </li> <li>• <b>Pilar Navarro Gómez</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 10,34% - Pleno dominio.</li> <li>- 8,66% - Nuda propiedad.</li> </ul> </li> <li>• <b>María Navarro Gómez</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 10, 34% - Pleno dominio.</li> <li>- 4,87% - Nuda propiedad.</li> </ul> </li> <li>• <b>“EL SOL, S.L.”</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 4,09% - Pleno Dominio.</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Amparo Gómez (madre)</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 41,75% - Pleno dominio.</li> <li>- 53,14% - Usufructo.</li> </ul> </li> <li>• <b>Beatriz Navarro Gómez</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 2,55 % Pleno dominio.</li> <li>- 26,57 % Nuda propiedad.</li> </ul> </li> <li>• <b>Laura Navarro Gómez</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 2,55% - Pleno dominio.</li> <li>- 26,57% - Nuda propiedad</li> </ul> </li> </ul>		
	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <thead> <tr> <th style="background-color: #0056b3; color: white; text-align: center;"><b><u>“ EL MAR VIVIENDA, S.L.”</u></b></th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td style="padding: 5px;"> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>“EL SOL, S.L.”</b> – 66,66%</li> <li>• <b>“LA LUNA, S.L.”</b> – 33,33%</li> </ul> </td> </tr> </tbody> </table>	<b><u>“ EL MAR VIVIENDA, S.L.”</u></b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>“EL SOL, S.L.”</b> – 66,66%</li> <li>• <b>“LA LUNA, S.L.”</b> – 33,33%</li> </ul>
<b><u>“ EL MAR VIVIENDA, S.L.”</u></b>			
<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>“EL SOL, S.L.”</b> – 66,66%</li> <li>• <b>“LA LUNA, S.L.”</b> – 33,33%</li> </ul>			

Don Enrique Navarro, como ya se ha señalado de forma precedente, es administrador de la Sociedad Mercantil “EL MAR VIVIENDA, S.L.”, lo cual le faculta para la gestión y representación de la sociedades, en virtud de los artículos 209 y ss. LSC, así como de los estatutos de la propia sociedad.

El Sr. Enrique estaba atravesando una mala situación económica familiar y por ello decidió que lo más conveniente era usar la sociedad de la que era administrador para solventar tal situación. A causa de esta coyuntura, el pasado 20 de enero de 2019 escribió un correo a sus hermanos informándoles de una serie de gestiones que iba a llevar a cabo por su condición de administrador. En el citado correo el administrador de la sociedad informó al resto de socios de que, dada su situación familiar, iba a sacar dinero de la sociedad “EL MAR VIVIENDA, S.L.” y concretamente dispuso lo siguiente:

*«Si hay tesorería en “EL MAR VIVIENDA, S.L.” la próxima semana sacaré de esa sociedad la mínima cantidad de dinero que necesite para cubrir los gastos fijos de mi familia. Si no hay tesorería, procederé a solicitar una línea de crédito para afrontar dichos gastos».*

Efectivamente, el Sr. Enrique procedió a realizar, el día 30 de enero de 2019, tales actuaciones pese a las negativas y al desacuerdo del resto de socios. Dispuso de 6.500€ de los fondos de la sociedad, lo cual desencadenó una mala reacción de sus hermanos y una grave situación familiar.

El pasado 10 de febrero de 2019, ante los problemas familiares surgidos por la actuación de Don Enrique, éste decidió comunicarse nuevamente con sus hermanos, desde su condición de administrador de la sociedad “EL MAR VIVIENDA, S.L.” para informarles de las actuaciones que había llevado a cabo con el fin de solventar la pésima situación familiar en la que se encontraban. La comunicación a la que nos referimos señalaba lo siguiente:

*«Ante la falta de confianza demostrada hacia mi persona, y temiendo no se actúe de forma justa, decidí realizar las siguientes operaciones sociales:*

- 1.- Vender 680 participaciones sociales de “EL SOL, S.L.” a mi mujer.*
- 2.- Autorizar una permuta de participaciones sociales, mediante la cual “EL SOL, S.L.” transmitió a mi mujer las 680.000 participaciones sociales que tenía de “EL MAR VIVIENDA, S.L.”, recibiendo como contraprestación las 680 participaciones que le había vendido a mi mujer.*

*Como consecuencia de estas operaciones actualmente mi mujer será la socia mayoritaria de “EL MAR VIVIENDA, S.L.” hasta que lleguemos a un acuerdo».*

Como consecuencia de la “permuta” a la que hace mención el punto dos de la comunicación que se cita, entra en el capital de el “EL MAR VIVIENDA, S.L.” la esposa del administrador Don Enrique, Doña Ana Vela. Esta actuación se lleva a cabo de forma irregular, sin seguir el procedimiento establecido en los estatutos sociales de “EL MAR VIVIENDA, S.L.” ni en la legislación vigente sobre la materia, y sin informar a la sociedad “LA LUNA, S.L.”, socio titular de 1/3 del capital social. Todo esto se debe a que el Sr. Enrique considera que la transmisión de participaciones que ha llevado a cabo es de carácter libre hacia los cónyuges de los socios, tal y como señala la Ley y los Estatutos.

Así pues, Doña Ana Vela es la esposa del administrador de “EL MAR VIVIENDA, S.L.”, Don Enrique, el cual otorgó escritura de permuta a su favor, manifestando haber cumplido todos los requisitos legales y estatutarios.

Los estatutos sociales de “EL MAR VIVIENDA, S.L.” establecen en su artículo 6º el régimen previsto para la transmisión de participaciones sociales, disponiendo que ésta solo será libre cuando se realice entre socios, cónyuges, ascendientes y descendientes. En los demás supuestos, el resto de socios gozan de un derecho de adquisición preferente y, en el caso de que no lo ejerciten, se concede a la sociedad un plazo de 30 días por si está interesada en adquirir sus propias participaciones sociales, estableciendo igualmente el citado artículo el procedimiento a seguir en estos casos. Así mismo, la consecuencia de que los estatutos sociales de “EL MAR VIVIENDA, S.L.” establecen para el caso de que una transmisión de participaciones sociales no se ajuste al procedimiento establecido estatutariamente es la ineficacia frente a la sociedad de dicha transmisión.

El día 25 de febrero de 2019, el administrador, Don Enrique Navarro, envió a “LA LUNA, S.L.”, como socia de “EL MAR VIVIENDA, S.L.” una carta, convocándole para el día 14 de marzo de 2019 a una junta. Ante los acontecimientos sucedidos de forma precedente y con el descontento de las socias de la sociedad “LA LUNA, S.L.” por la transmisión de las participaciones a Doña Ana Vela, éstas

manifestaron expresamente la improcedencia de tal convocatoria y de sus consecuencias y así mismo, se opusieron a su celebración ya que consideran que Doña Ana no es socia.

El día 14 de marzo finalmente fue celebrada la junta a la que se hace mención de forma precedente en la cual se solicitó por escrito la asistencia de notario para que levantara acta de la sesión. Es procedente destacar que en la junta extraordinaria actuó Don Enrique en representación de su mujer, Doña Ana Vela, como titular de 2/3 de las participaciones y como administrador de la sociedad. Don Enrique así mismo actuó como Presidente y Secretario y declaró válidamente constituida la Junta al considerar que estaba presente el 100% del capital social, a pesar de la negativa de “LA LUNA S.L.” a reconocer como socia a la Sra. Ana Vela y solicitar a la sociedad y al Sr. Enrique que no se le reconociese como tal. Hemos de señalar que en los estatutos de la sociedad se señala expresamente que la retribución del administrador y la venta de alguno de los dos inmuebles de los que es propietaria habrán de ser acordados por junta general.

Con todo ello, los acuerdos que se tomaron en la Junta fueron los siguientes:

#### **1º Fijación de retribución del administrador.**

Antes de abordar esta cuestión hemos de tener en cuenta que en los estatutos sociales de “EL MAR VIVIENDA, S.L.” se prevé que la fijación de retribución a los administradores requerirá acuerdo de la junta general.

Así, Don Enrique, propuso para sí mismo fijarse una retribución como administrador por importe de 21.000 euros anuales, en una sociedad patrimonial cuya única actividad es gestionar los gastos de mantenimiento de dos viviendas y las facturas que se repercuten de sus ocupantes por su uso, y que desde hace años viene arrastrando pérdidas.

Ante esta situación, la sociedad “LA LUNA, S.L.” se ofreció a llevar la administración de forma gratuita ya que en los estatutos no se establece obligatoria retribución.

Se sometió a votación la propuesta del administrador y la Sr. Ana Vela (representada por Don Enrique) votó a favor de fijar para su esposo administrador la cantidad de 21.000€ anuales en concepto de retribución.

“LA LUNA S.L.” solicitó el uso de la palabra en la Junta y expuso su oposición al acuerdo, además de su nulidad por estar viciado desde el inicio.

**2º Venta de uno de los inmuebles, constituyente del 50% del capital social de “EL MAR VIVIENDA, S.L.”.**

Don Enrique, propuso la venta del inmueble de San Carlos De La Rápita (Tarragona) con el fin de sufragar con el dinero obtenido la retribución al administrador.

La propuesta fue sometida a votación y volvió a ser aprobada por la representación de la Sra. Vela.

La mercantil “LA LUNA S.L. volvió a solicitar el uso de la palabra y expuso su oposición al acuerdo, además de su nulidad por estar viciado desde el inicio.

**Ante los hechos descritos, se presentan las socias de la sociedad “LA LUNA S.L.” para que se emita dictamen jurídico sobre las actuaciones llevadas a cabo por el Administrador de la sociedad “EL MAR VIVIENDA, S.L.”.**

## II. CONSULTA

**PRIMERO.-** Si Don Enrique, como administrador, podía transmitir libremente las participaciones de “EL MAR VIVIENDA, S.L.” a su esposa, Doña Ana Vela, así como las consecuencias de dicha transmisión.

**SEGUNDO.-** Si Don Enrique, como administrador de la sociedad “EL MAR VIVIENDA, S.L.” podía disponer de los fondos de esta sociedad para cubrir los gastos fijos de su familia, pese a la negativa del resto de socios, tal y como sucedió el día 30 de enero de 2019.

**TERCERO.-** Si son válidos los acuerdos adoptados en la Junta general de la Sociedad “EL MAR VIVIENDA, S.L.” celebrada el día 14 de marzo de 2019, en la que se personó Don Enrique, como administrador y en representación de su esposa como titular de 2/3 de las participaciones sociales.

### **III. NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA UTILIZADAS PARA EL ANÁLISIS DEL SUPUESTO**

#### **1. NORMATIVA:**

- Constitución Española, 1978.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.
- Real Decreto de 14 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.

#### **2. JURISPRUDENCIA ORDENADA CRONOLÓGICAMENTE:**

- STS de 19 de febrero de 1991, Roj.: STS 13053/1991, Id.: 28079110011991101476, CENDOJ.
- STS de fecha 6 de abril de 2006, Roj.: STS 343/2006, VLEX.
- STC, Sala Primera, de fecha 9 de febrero de 2009, Roj.: 40/2009, BOE de 14 de marzo de 2009, BSTC.
- STS de 14 de abril de 2011, Roj.: SSTS 2688/2011, Id.: 28079110012011100282, CENDOJ.
- STS de fecha 18 de junio de 2012, Roj.: STS 4213/2012, Id.: 28079110012012100368 CENDOJ.
- STS de 15 de enero de 2014, Roj.: 136/2014, Id.: 28079110012014100018, CENDOJ.

- STS 23 de mayo 2014, Roj.: 2037/2014, Id.: 28079110012014100224, CENDOJ.
- SAP Zaragoza de fecha 22 de diciembre de 2015, Roj: SAP Z 2556/2015, CENDOJ.
- STS de fecha 18 de abril de 2016 Roj.: STS 1650/2016,Id.: 28079110012016100247, CENDOJ.
- STS de 19 de abril de 2016, Roj.: STS: 255/2016, VLex.
- SAP Madrid, de fecha 22 de abril de 2016, Roj: SAP M 5290/2016, Id.: 2016100101, CENDOJ.
- 2807937028 STS de fecha 13 julio de 2016, Roj.: STS 3433/2016 Id.: 28079119912016100019, CENDOJ.
- STS de fecha 20 de diciembre de 2017, Roj.: STS 4656/2017, Id.: 28079110012017100656, CENDOJ.
- SAP Barcelona de 19 de enero de 2018, Roj.: SAP B 177/2018, Id.: 08019370152018100011, CENDOJ.
- STS Sala de lo Civil en fecha 26 de febrero de 2018, Roj.: STS 494/2018, Id.: 28079110012018100084, CENDOJ.
- STS de 13 de febrero de 2019, Roj.: STS 385/2019, Id.: 28079110012019100084, CENDOJ.

### **3. RESOLUCIONES DE LA DGRN**

- RDGRN de 28 de octubre de 2014, «BOE» núm. 285, de 25 de noviembre de 2014, páginas 96398 a 96402 ( 4 págs.).
- RDGRN de 17 de septiembre de 2015, «BOE» núm. 241, de 8 de octubre de 2015, páginas 93236 a 93242 (7 págs.).
- RDGRN de 18 de julio de 2012, BOE de 3 de octubre de 2012, páginas 70162 a 70165 (4 págs.).
- RDGRN de 17 de septiembre de 2015, «BOE» núm. 241, de 8 de octubre de 2015, páginas 93236 a 93242 (7 págs.).

## **IV. DICTAMEN**

### **1. TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES SOCIALES**

Para comenzar, hemos de aclarar que en este apartado se va a analizar la transmisión de participaciones llevada a cabo mediante permuta autorizada por Don Enrique y no la compraventa de participaciones a la que también se hace referencia. Por esta permuta, “EL SOL, S.L.” transmite a Doña Ana vela, las 680.000 participaciones sociales que tenía de “EMV, S.L.”. Es decir, va a ser tratada la permuta de la que se habla en el apartado dos del correo que Don Enrique manda a sus hermanos el día 10 de febrero de 2019 (página 10). Estamos pues ante una permuta civil, que encontramos regulada en los artículos 1538 y ss. Cc.

Además de ello también debemos señalar que tal cuestión va a ser analizada dejando a un lado la responsabilidad que Don Enrique pueda tener con la sociedad “EL SOL, S.L.” por dicha actuación ya que, tal y como se señala en el supuesto, el presente dictamen jurídico va dirigido a la sociedad “LA LUNA, S.L.”. Por ello, no consideramos pertinente entrar a analizar la actuación de Don Enrique como consejero delegado de “EL SOL, S.L.”, sino simplemente las consecuencias de su actuación con respecto a “EMV, S.L.” y la “LA LUNA, S.L.”, ésta última como socia minoritaria de “EL EMV, S.L.”.

#### **1.1. Breve análisis jurídico de las participaciones sociales**

*«El capital de una Sociedad de Responsabilidad Limitada se encuentra dividido en participaciones sociales, se integrará por las aportaciones de todos los socios y éstos no responderán personalmente de las deudas sociales».*

Con esta enunciación es como la Ley de Sociedades de Capital introdujo, en su artículo 1.2., la definición de la sociedades de responsabilidad limitada, otorgando ya desde el principio un papel primordial a las participaciones sociales y aportando las notas diferenciadoras con las acciones de las Sociedades Anónimas.

Hemos de tener claro que estamos ante una sociedad de carácter cerrado, lo cual supone que tanto la Ley como los estatutos de una SRL limitan la transmisibilidad de las participaciones sociales ya que no estará permitida las transmisiones libres voluntarias.

Las participaciones sociales, aparte de ser una de las principales notas denominativas de las SRL, son partes alicuotas del capital social, indivisibles, acumulables y han de estar numeradas. No tienen porqué ser iguales entre sí, no pueden ser representadas mediante títulos o anotaciones en cuenta y tampoco tendrán nunca carácter de valores, ni podrán ser denominadas “acciones”<sup>1</sup>. Además de ello, deberán de estar íntegramente asumidas por los socios e íntegramente desembolsado su valor nominal en el momento de otorgar escritura de constitución de sociedad o de ejecución del aumento del capital social<sup>2</sup>. Hemos de señalar que las participaciones sociales son un medio para conseguir el capital social necesario para la consecución del objeto social, siendo además, las que atribuyen a los socios su condición de tales, así como sus derechos.

## 1.2. Cuestiones generales sobre la transmisión de participaciones sociales

La regulación de esta materia la encontramos en los artículos 106 y ss. LSC. Las participaciones sociales pueden ser transmitidas a favor de los socios, a favor de terceros o asumidas por la propia sociedad siempre que se cumplan una serie de requisitos. Hemos de partir de la base de que la sociedad ha de estar inscrita en el Registro Mercantil para que la transmisión sea válida, resultando esta exigencia aplicable también a la situación de aumento de capital social, tal y como señala el artículo 34 LSC. Junto a esta exigencia, el artículo 106 LSC requiere que la transmisión de participaciones sociales conste en documento público, que deberá de otorgarse en el plazo de un mes desde la comunicación por la sociedad de la identidad del adquirente o adquirentes. Tal y como señala nuestro Tribunal Supremo en repetidas ocasiones, la exigencia de documento público para la transmisión no alcanza el nivel de constitutiva o de esencial para la perfección del contrato, sino que cumple la función de medio de

---

<sup>1</sup> Artículo 90 LSC.

<sup>2</sup> Artículo 78 LSC.

prueba y de oponibilidad del negocio jurídico frente a terceros<sup>3</sup>. Esta cuestión implica que la falta de documento público no dará lugar a la nulidad de la transmisión de participaciones sociales.

La LSC establece diferentes tipos de regímenes de transmisión, dando además la posibilidad de que en los estatutos sociales se regule la transmisión mediante cláusulas restrictivas. A este respecto ha de tenerse en cuenta el artículo 108 LSC, donde se establecen limitaciones a la regulación estatutaria de la transmisión. En nuestro Derecho nos encontramos principalmente con tres tipos de transmisión: transmisión inter vivos, transmisión mortis causa y transmisión forzosa. En el supuesto que se nos plantea estamos ante una transmisión inter vivos. Por este motivo, el régimen legal o estatutario aplicable a la transmisión será el vigente en la fecha en la que el socio hubiere comunicado a la sociedad su voluntad de transmitir las participaciones sociales, tal y como señala el artículo 111 LSC. Don Enrique manifestó su voluntad de transmitir en un correo electrónico enviado en fecha 10 de febrero de 2019, por lo que resultará de aplicación la LSC vigente en 2019 y el régimen estatutario que tuviese la sociedad en ese momento. Hemos de aclarar que, para tratar las cuestiones que se nos han planteado partiremos que los estatutos sociales de “EMV, S.L.” no llevan acabo precisión alguna sobre la transmisión de participaciones sociales.

Una vez determinada la ley aplicable temporalmente al supuesto, habremos de tener clara la jerarquía normativa. La ley señala que, en primer término, la transmisión de participaciones sociales se regirá por las normas previstas en los estatutos sociales de la sociedad en cuestión. La libertad estatutaria que rige en la materia encuentra una serie de limitaciones enumeradas en el artículo 108 LSC. Este precepto prohíbe y declara que serán nulas la cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de participaciones sociales por actos inter vivos, así como aquellas cláusulas que obliguen al socio a transmitir un número diferente de participaciones de las que él desee transmitir. Del mismo modo, este precepto subordina la validez de las cláusulas

---

<sup>3</sup> STS de 14 de abril de 2011, Roj.: SSTS 2688/2011, Id.: 28079110012011100282, CENDOJ.: «[...] se exige que conste en documento público la transmisión de las participaciones sociales. Ello, sin embargo, no convierte en solemne el correspondiente contrato, pues la forma notarial no alcanza el nivel de constitutiva o esencial para la perfección del mismo - ad substantiam o solemnitatem - . Antes bien, sólo cumple la función de medio de prueba - ad probationem - y de oponibilidad de la transmisión a los terceros - ad exercitium o utilitatem -, en sentido similar al que atribuye a la misma forma el artículo 1279 del Código Civil».

que prohíban la transmisión voluntaria de participaciones al reconocimiento estatutario del derecho de separación del socio en cualquier momento y sin mediar causa. El artículo 108 LSC ha de ser examinado junto con el artículo 188 RRM, en cuyos tres primeros apartados se tratan una serie de cláusulas que serán inscribibles en el Registro Mercantil.

A falta de regulación estatutaria y por lo tanto, de forma supletoria a los estatutos, resulta de aplicación el artículo 107 LSC. En este precepto se establecen normas de aplicación supletoria para la transmisión de participaciones sociales *inter vivos*. Este es precisamente el supuesto en el que nos encontramos. La transmisión de participaciones de la sociedad “EMV, S.L.”, al carecer de regulación estatutaria, se regirá por lo dispuesto en el artículo 107 y ss. LSC. En este precepto se señala que estaremos ante una transmisión voluntaria de carácter libre en los supuestos en los que la transmisión se realice a favor de otros socios, del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o a favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente.

Enlazando estas previsiones con el supuesto que se nos ha planteado hemos de decir que consideramos que no estamos ante una transmisión de participaciones subsumible en lo dispuesto en el artículo 107.1 LSC. Don Enrique ha transmitido la participaciones sociales a su esposa y esta cuestión en principio, podría dar lugar a la consideración de que nos encontramos ante una transmisión libre. A pesar de ello, no debemos obviar el hecho de que Don Enrique no es socio directo de “EMV, S.L.”, sino que es socio (o era), de “EL SOL, S.L.”, siendo la persona jurídica de ésta la verdadera socia de “EMV, S.L.”. Por este motivo, consideramos que las reglas que rigen la transmisión que se ha dado en el supuesto son las del artículo 107.2 LSC.

En el precepto citado nos encontramos con una serie de pautas generales para la transmisión de participaciones sociales que, como decimos, se aplican con carácter supletorio. Este sistema se basa en supeditar la transmisión de las participaciones sociales de un socio a la autorización por parte de la sociedad y, podríamos dividir lo expuesto en este precepto en tres consideraciones:

1°. En primer lugar, se requiere notificación. Tal y como señala el precepto, el socio que desee transmitir sus participaciones deberá comunicar por escrito a los administradores su voluntad de transmitir, así como los datos básicos de dicha transmisión.

2°. En segundo lugar, se requiere el consentimiento de la transmisión por parte de la sociedad. Este consentimiento deberá de ser expresado por mayoría ordinaria de la junta general.

3°. En tercer y último lugar, nos encontramos con una serie de límites para la denegación del consentimiento por parte de la sociedad. A este respecto, la denegación siempre habrá de estar lo suficientemente motivada dando así seguridad jurídica al procedimiento y en aras de evitar la arbitrariedad. Los límites a la denegación los encontramos en el apartado c) del artículo 107.2 LSC.

Estas pautas de actuación del artículo 107.2 LSC han de ser seguidas por quienes quieran transmitir sus participaciones sociales y no se encuentren en ninguno de los supuestos de libre transmisión el apartado 1 del mismo precepto. Así, Don Enrique simplemente ha notificado su voluntad de transmitir las participaciones pero no ha obtenido consentimiento de la junta para la transmisión. Es más, la cuestión no ha sido ni propuesta ni debatida por ésta.

1.3. Ineficacia frente a la sociedad “EMV, S.L.” de la transmisión de participaciones sociales realizada sin seguir el procedimiento establecido en los estatutos y en la Ley

A) No estamos ante una libre transmisión de participaciones sociales

Vistas las consideraciones anteriores, conviene poner en relación lo expuesto con el supuesto concreto que nos ha sido planteado, conclusión que ya hemos ido vaticinando en el apartado anterior.

De forma aclaratoria, lo que se va a analizar en este apartado es la actuación llevada a cabo por Don Enrique el día 10 de Febrero de 2019. Como hemos señalado al exponer los hechos, Don Enrique, como consejero delegado de la sociedad “EL SOL, S.L.” y como administrador único de la sociedad “EMV, S.L.” transmitió a su esposa la totalidad de las participaciones sociales de las que era titular “EL SOL, S.L.” en la sociedad “EMV, S.L.” (un total de 680.000). Don Enrique llevó a cabo esta transmisión de participaciones sociales en la consideración de que era de carácter libre al estar transmitiéndoselas a su cónyuge.

Hemos de señalar que desde el punto de vista civil, estaríamos ante una adquisición a non domino, ya que Don Enrique ha transmitido más participaciones de las que le pertenecen y sobre las cuales no tenía poner de disposición para su enajenación. Es decir, la cuota de participación del resto de socios de “EL SOL, S.L.” en “EMV, S.L.”. Como ya hemos señalado, las cuestiones relativas a la actuación de Don Enrique con “EL SOL, S.L.” no van a ser analizadas ya que son las socias de “LA LUNA, S.L.” las que vienen a solicitar el dictamen jurídico.

Además de ello, hemos de señalar que desde el punto de vista mercantil esta actuación no es más que otro indicio de la actuación poco diligente y desleal de Don Enrique en “EMV, S.L.”, la cual será analizada con detalle en el apartado IV.2. del presente dictamen.

La transmisión descrita ha de considerarse del todo ineficaz. Para argumentar tal ineficacia vamos a basarnos en la consideración de que la transmisión de participaciones sociales no es de carácter libre en este supuesto.

Lo primero que hemos de señalar para abordar esta cuestión es que, tal y como se expone en la segunda de las tablas del Epígrafe I del presente escrito, los socios de la mercantil “EMV, S.L.” son las sociedades “EL SOL, S.L.” y “LA LUNA, S.L.”. Es por este motivo por el que podemos afirmar que la transmisión que se ha llevado a cabo no es libre y por lo tanto habría de estar sujeta a una serie de reglas legales.

Debemos recordar que el artículo 107.1 LSC señala que la transmisión voluntaria de participaciones sociales será libre cuando se realice a favor del cónyuge de

alguno de los socios. De esta forma, nos encontraríamos ante una transmisión con carácter eficaz si Don Enrique fuese socio de la mercantil “EMV, S.L.”, pero no es así. Don Enrique actúa como administrador de la sociedad y como socio de la entidad “EL SOL, S.L.”, siendo ésta la verdadera socia de “EMV, S.L.” y no Don Enrique. Es este el motivo por el cual no estamos ante una transmisión libre de participaciones sociales ya que las participaciones no se han transmitido al cónyuge de quien es verdaderamente socio<sup>4</sup>.

B) ¿Cómo debería de haber actuado Don Enrique?

a) Opción 1º

Si lo que verdaderamente quería Don Enrique era desvincularse de forma total de la sociedad “EMV,S.L.” , podría haber transmitido su cuota de participación en la sociedad “EL SOL, S.L.” a su mujer. Esta transmisión sí que sería de carácter libre y por lo tanto sería eficaz en virtud del artículo 107.1 LSC. Como consecuencia de esta actuación Don Enrique se desvincularía totalmente de la entidad “EMV, S.L.”, pero también de “EL SOL, S.L.”.

b) Opción 2º

La segunda de las opciones se compone de dos partes:

En primer lugar, Don Enrique podría someter a acuerdo de la junta general de “EL SOL, S.L.” la transmisión de las participaciones sociales que esta sociedad posee en “EMV, S.L.”, en virtud de lo previsto en el artículo 160 LSC y siguiendo el procedimiento que se detalla en los artículos 166 y ss. LSC.

En segundo lugar, sometida esta cuestión a la junta general y una vez aprobada por “EL SOL, S.L.” habría de seguirse el procedimiento de transmisión previsto en el artículo 107.2 LSC. Esto es, la sociedad “EL SOL, S.L.” como socia de “EMV, S.L.”

---

<sup>4</sup> Hemos de aclarar que tampoco podría darse tal transmisión ya que, como es obvio, estamos ante una persona jurídica, las cuales no pueden contraer matrimonio.

debería de notificar por escrito al administrador (aunque sea el propio Don Enrique) su deseo de transmitir las participaciones, haciendo constar el número y las características básicas de éstas. Una vez notificado, el administrador habrá de convocar una junta general en cuyo orden del día conste esta cuestión para su posterior deliberación y votación. Como ya hemos señalado, la transmisión queda sometida a consentimiento de la sociedad expresado por mayoría absoluta de la junta y, la desaprobación deberá ser lo suficientemente motivada.

### C) Consecuencia de la actuación

Señalado todo lo anterior, estaríamos ante una transmisión que no se ajusta para nada a la Ley y por lo tanto será ineficaz frente a la sociedad en virtud del artículo 112 LSC.

## 3.4. Acciones a ejercitar

### A) Procedimiento

El procedimiento más adecuado a seguir sería que la entidad “LA LUNA, S.L.”, como socia minoritaria, presentase demanda contra “EMV, S.L.” solicitando la ineficacia de la transmisión de participaciones sociales llevada a cabo. Esta demanda se presentaría ante los juzgados de lo Mercantil de Zaragoza en virtud de los artículos 51 LEC y 86.ter.2.a) LOPJ.

Consideramos que el procedimiento seguirá los trámites del juicio declarativo ordinario por razón de cuantía, en virtud del artículo 249.2 LEC.

### B) Plazo

El plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la transmisión será el plazo general de cuatro años del artículo 1301 Cc.

### C) Pruebas que presentaríamos

- Estatutos sociales de la sociedad “EMV, S.L.”.
- Libro registro de socios de la sociedad “EMV, S.L.”.
- Copia de los correos enviados por parte de Don Enrique, donde se comunica la transmisión de participaciones sociales que ha llevado a cabo.

### D) Fundamentos jurídicos en los que podrían basarse las pretensiones de impugnación

La argumentación podría basarse en el hecho de que no estamos ante una transmisión inter vivos de carácter libre, por lo que no se habría respetado lo dispuesto en el artículo 107.2 LSC, lo cual tiene como consecuencia directa la ineficacia de la transmisión. Además de ello y como ya se ha adelantado, Don Enrique ha infringido los deberes de diligencia y de lealtad que ha de obedecer como administrador, lo cual será tratado con posterioridad.

### E) Posibilidades de éxito

Entendemos que la viabilidad de la pretensión es muy amplia ya que la ley es clara al respecto de este asunto. La transmisión será libre entre cónyuges, sí, pero no debemos olvidar que Don Enrique no es socio de la entidad “EMV, S.L.”, sino que es socio de una entidad que tiene participaciones de “EMV, S.L.”. Recomendaríamos a “LA LUNA, S.L.” entablar el pleito que venimos anunciado.

### F) Consecuencias

La consecuencia principal es la que encontramos en el artículo 112 LSC:

*«Las transmisiones de participaciones sociales que no se ajusten a lo previsto en la ley o, en su caso, a lo establecido en los estatutos no producirán efecto alguno frente a la sociedad».*

## **2. DISPOSICIÓN DE FONDOS DE LA SOCIEDAD POR PARTE DEL ADMINISTRADOR**

### 2.1. Facultades de gestión y representación del órgano de administración

Debemos comenzar señalando que los artículos 210.1 y 3 LSC y 12 y 185 RRM prevén las diferentes estructuras que puede adoptar el órgano de administración de una sociedad capital. En el supuesto que se nos plantea nos encontramos ante un órgano unipersonal, de tal forma que, Don Enrique, como administrador único de “EMV, S.L.”, ejerce las funciones que le son encomendadas por la ley y por los estatutos por sí solo, sin perjuicio de la designación por éste de apoderados<sup>5</sup>.

El órgano de administración es el responsable del correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles, enmarcándose como un órgano de carácter necesario y permanente. Debemos comenzar a analizar la cuestión planteada citando el artículo 209 LSC, que atribuye a los administradores las facultades de gestión y representación de la sociedad. De forma precedente a la entrada en vigor de la LSC en el año 2010 (dejando a un lado las posteriores modificaciones que se tratarán en lo sucesivo), en Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Vigente hasta el 01 de Septiembre de 2010) no encontrábamos un precepto análogo a la actual redacción del art. 209 LSC, pero hemos de considerar que de la redacción general de la LSRL se extraían tales responsabilidades de gestión y representación del órgano de administración.

Con el artículo 209 LSC, el legislador abre dos esferas de actuación alrededor del órgano de administración, una de carácter interno y otra externo. Así, podemos señalar que Don Enrique, como administrador único de “EMV, S.L.”, se encarga, por una parte, de la gestión de la sociedad, que es la facultad que viene a referirse a la vida interna de ésta en cuanto a que ha de realizar todo aquello que sea preciso para la consecución del

---

<sup>5</sup> *Memento Práctico sobre Sociedades Mercantiles*, Redacción de Francis Lefebvre – El Derecho, S.A., Madrid, 2015, núm. marginal 1321, p. 208: «El administrador único puede conferir poderes a terceras personas pero ha de tenerse en cuenta que este tipo de representación será de carácter voluntario, no orgánico, lo que implicará que el apoderado no tendrá la condición de administrador, sino que desempeñará un cargo delegado».

objeto social fijado en los estatutos, en este caso, el uso y disfrute de las viviendas por la familia Navarro. Por otra parte, a Don Enrique también se le atribuyen las facultades de representación que se refieren a la vida externa de la sociedad. De esta forma, Don Enrique Navarro es el titular del órgano sobre el que recae la representación de la sociedad en juicio y fuera de él, tal y como señala el artículo 233 LSC. Estamos pues ante un órgano a través del cual actúan las sociedades y ejecutan las decisiones de sus órganos colegiados, lo cual lo podemos observar desde un doble sentido, como una facultad y como un deber. En este sentido podemos destacar la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en la que se indica que las facultades que recaen sobre el órgano de administración son inherentes a su cargo, de tal manera que tales facultades residen de forma completa sobre un mismo órgano que ejerce funciones deliberativas, representativas y ejecutivas<sup>6</sup>.

Considero relevante destacar que, a mi parecer, dentro de las funciones de gestión y de representación que la Ley atribuye de forma principal al órgano de administración, encontramos unas “subfunciones” o funciones derivadas de éstas. Así, como consecuencia directa de lo dispuesto en el artículo 209 LSC, los administradores han de aplicar las normas legales y estatutarias pertinentes en cada caso; han de encaminar sus actuaciones a la consecución del fin fijado para la sociedad, y por tanto, los administradores han de tutelar y dirigir la vida social adaptando las políticas sociales a las diferentes circunstancias<sup>7</sup>. En este sentido, Don Enrique siempre ha de dirigir su actuación como administrador de tal forma que vele, en todo momento, por el correcto funcionamiento de la sociedad, adoptando las decisiones más adecuadas para ésta en cada caso. Esta es la actuación objeto de análisis del presente dictamen: si Don Enrique, al haber dispuesto de fondos de la sociedad, ha actuado o no cumpliendo las previsiones legales.

---

<sup>6</sup> STS Sala de lo Civil en fecha 26 de febrero de 2018, , Roj.: STS 494/2018, Id.: 28079110012018100084, CENDOJ: *«La condición del administrador, como de forma reiterada ha declarado este tribunal, no se circunscribe al ejercicio de facultades o funciones de carácter deliberativo o de supervisión, sino que son inherentes a su cargo tanto las facultades deliberativas como las ejecutivas. De ahí que el art. 209 TRLSC prevea, con carácter general, que «es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley». Nuestro sistema de órgano de administración social es monista, no existe una distinción entre un órgano ejecutivo y de representación y otro de supervisión, como en los sistemas duales. Los administradores sociales, en su condición de tales, tienen facultades deliberativas, representativas y ejecutivas. No encontramos en la nueva redacción de la ley elementos que nos lleven a otra conclusión».*

<sup>7</sup> *Memento Práctico...cit.*, núm. marginal: 1484, p. 236.

Podemos concluir este apartado señalando que el órgano de administración es en sí, el ente societario a través del cual se manifiesta externamente la voluntad social y se ejecutan los actos necesarios para la consecución de las actividades de la sociedad, constituyéndose como un elemento del todo imprescindible para la organización social<sup>8</sup>.

## 2.2. Limitaciones de las facultades atribuidas al órgano de administración: el objeto social e interés social

La actuación de Don Enrique como administrador de “EMV, S.L.” se ve limitada de forma directa por el objeto social de esta sociedad. Éste es el fin común para cuya consecución los socios han realizado sus aportaciones y, por lo tanto, define la actividad económica a la que se va a dedicar la sociedad. En este sentido, hemos de destacar la relevancia que posee el objeto social de cara a las facultades y obligaciones de representación del órgano del que venimos hablando, ya que va a definir su ámbito de desempeño. La actuación de los administradores ha de ser del todo ajustada a la consecución del objeto social, de tal forma que el poder de representación que éstos poseen quedará limitado por los actos comprendidos en el objeto social, tal y como el legislador dispone en el artículo 234 LSC, siempre y cuando no esté atribuido a la Junta General.

Junto a la limitación que supone el objeto social, es destacable el interés social. Éste es el interés común que tienen los socios en la sociedad para la consecución de sus fines y se encuadra en nuestro Derecho Mercantil como otra de las principales referencias para delimitar el ámbito de actuación de los administradores. De esta forma,

---

<sup>8</sup>RDGRN de 18 de julio de 2012, BOE de 3 de octubre de 2012, páginas 70162 a 70165 (4 págs.): «*La representación orgánica constituye el instrumento a través del cual el ente societario manifiesta externamente la voluntad social y ejecuta los actos necesarios para el desenvolvimiento de sus actividades; es el propio ente el que actúa, siendo, por tanto, un elemento imprescindible de su estructura y conformación funcional, y sus actos directamente vinculantes para el organismo actuante, por lo que, en puridad, no puede afirmarse que exista un supuesto de actuación alieno nomine, sino que es la propia sociedad la que ejecuta sus actos a través del sistema de actuación legal y estatutariamente establecido; de esta naturaleza peculiar derivan, a su vez, las características que la definen: actuación vinculada, competencia exclusiva del órgano, determinación legal del ámbito del poder representativo mínimo eficaz frente a terceros, y supeditación, en todo lo relativo a su existencia y composición, a las decisiones del órgano soberano de manifestación de la voluntad social.*»

Don Enrique deberá de realizar sus funciones siempre en el ámbito del objeto y del interés social, sin excederse o producir modificaciones en éstos.

### 2.3. Principales deberes que recaen sobre el órgano de administración

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo modificó en gran medida la regulación referente a los deberes que recaen sobre el órgano de administración. Con tal actualización legislativa se detallaron de forma más exhaustiva dichos deberes, reformulándose cada uno de ellos y añadiéndoseles un mayor grado de contenido. Lo que se pretendió con la reforma de estos preceptos fue el alcance de una mayor capacitación del cargo. De esta forma, la Ley de 2014 reformó cuestiones de gran trascendencia para asegurar el buen gobierno de las sociedades de capital, siendo el objetivo principal de esta reforma el refuerzo de la regulación de la materia y su adaptación a los estándares de jurisdicción comparables<sup>9</sup>.

Con esta modificación legislativa, las facultades que la Ley y los estatutos otorgan a los administradores han de ser desempeñadas bajo una serie de pautas o patrones de conducta, de tal forma que éstos han de ejercer su cargo de acuerdo a una serie de deberes. Dentro de estos deberes, considero relevante destacar aquellos que han de entenderse como pilares fundamentales para la actuación de los administradores. En este sentido, hemos de señalar que en los artículos 225 y ss. LSC se enumeran y desarrollan las bases de actuación de estos órganos. Es decir, una serie de modos de conducta que han de respetar quienes desempeñen el cargo de administradores o, de lo contrario, podrán incurrir en responsabilidades. Dentro de estos deberes, considero que los más importantes – y los que más interesan en el supuesto que se nos ha planteado – son los siguientes<sup>10</sup>:

---

<sup>9</sup> SAP Zaragoza de fecha 22 de diciembre de 2015, Roj: SAP Z 2556/2015, Id.: 50297370052015100342, CENDOJ.

<sup>10</sup> Nota: El hecho de que en este apartado sean tratados tan solo una serie de deberes de los administradores no implica que el resto sean menos relevantes. Los deberes que aquí van a ser expuestos son aquellos más relevantes para la resolución de la consulta.

## A) Deber general de diligencia de los artículos 225 y 226 LSC

Con la reforma de la LSC de 2014 este deber ha ampliado de forma notable su contenido. El legislador ha optado por modificar el art. 225 LSC, dotándolo de una mayor amplitud y determinación, de tal modo que ha quedado delimitado en mayor medida el ámbito objetivo de este deber, facilitando así la labor jurisprudencial<sup>11</sup>.

Antes de la reforma de 2014 solo se exigía que el administrador actuase con la diligencia de un ordenado empresario. La LSC de 2014 ha mantenido este deber general pero ha matizado que tal diligencia habrá de ser tenida en cuenta según la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas al concreto administrador. Del mismo modo, se exige que el administrador actúe con la dedicación adecuada, lo cual supone adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias para el buen gobierno de la sociedad. Junto a ello, el art. 226 LSC prevé actualmente un estándar de la diligencia exigible. Hemos de definir el deber de diligencia como la obligación de desempeñar el cargo de administrador atendiendo únicamente a los intereses de la sociedad, con independencia de criterio y subordinando el interés propio del administrador al de la sociedad cuando ambos entren en conflicto. Podemos decir que el deber de diligencia, aparte de tener un contenido propio, posee una función integradora. Con esta cuestión queremos referirnos a que podríamos analizarlo como el punto de partida del resto de obligaciones que recaen sobre el órgano de administración, además de ser en sí mismo una fuente independiente de obligaciones<sup>12</sup>.

Cuando hablamos de diligencia en el ámbito del Derecho mercantil hemos de tener claro que ésta se refiere a la diligencia de un ordenado empresario, tal y como señala el actual artículo 225 LSC. En el ámbito mercantil el empresario es aquella persona física

---

<sup>11</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Volumen 1, 37ª Edición, Cap. 24, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 536.: «[...] La labor jurisdiccional se ve favorecida por la determinación normativa de un deber legal que, sin perjuicio de mantener esa definición genérica que remite al ordenado empresario, precisa aspectos de su función que permiten una más sencilla valoración de lo que constituye, en términos jurídicos, una administración diligente».

<sup>12</sup> GUERRERO TREVIJANO, C.: *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital, La incorporación de los principios de la «Business Judgment Rule» al ordenamiento español*, Civitas, Madrid, 2014, Fuente: Thomson Reuters ProView, Link: [https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F148844142%2Fv1.5&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e33000014c33486af2198df2e3#sl=0&eid=7039f9bd8756e4bee144fde92daae239&eat=a-3-3.1-BIB\\_2014\\_8284&pg=&psl=e&nvgS=false](https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F148844142%2Fv1.5&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e33000014c33486af2198df2e3#sl=0&eid=7039f9bd8756e4bee144fde92daae239&eat=a-3-3.1-BIB_2014_8284&pg=&psl=e&nvgS=false), Capítulo II, Apartado 3.1.

o jurídica que se sirve de una empresa para realizar, en nombre propio, una actividad económica, caracterizándose por asumir la iniciativa y los riesgos de la empresa<sup>13</sup>. A pesar de que Don Enrique no tenga la condición de empresario, desde un punto de vista fáctico actúa como si lo fuera, ya que se encarga de la gestión y administración de los diferentes factores de la empresa. El legislador de esta forma ha querido que algunas de las facultades del empresario puedan ser ejercidas directamente por los administradores,<sup>14</sup> es por ello por lo que el legislador optó por esta enunciación del artículo 225 LSC. En este sentido, para que pudiera considerarse que Don Enrique ha actuado cumpliendo el deber de diligencia, éste habría de haber actuado con el cuidado y esfuerzo debidos en el cumplimiento de sus obligaciones de administrar, de gestionar y de representar<sup>15</sup>.

La diligencia exigible a Don Enrique, como administrador, es directamente proporcional a la naturaleza de su cargo y a las funciones que le han sido atribuidas, y sólo con respecto a éstas será sobre las que se les podrá exigir responsabilidad ante el incumplimiento. Tal y como queda expuesto en el supuesto, las funciones que Don Enrique viene desempeñando son muy simples, concretándose éstas en la gestión de los pagos de impuestos, tasas y demás desembolsos que puedan surgir con respecto a los inmuebles propiedad de “EMV, S.L.”. Es por ello por lo que hemos de considerar que el ámbito de actuación de Don Enrique es de carácter limitado y de difícil incumplimiento, ya que ha de limitarse a dar ordenes de pago de los correspondientes devengos. Además de ello, esta actividad no es de carácter continuado, ya que se circunscribe a los periodos de pago de los diferentes impuestos o, como mucho, a cuando se produzca una incidencia en alguno de los dos inmuebles<sup>16</sup>.

Del mismo modo, la diligencia de la que venimos hablando es un deber que ha de adaptarse a las circunstancias concretas, ya que viene condicionado por diferentes elementos. Esto implica que estamos ante un concepto amplio jurídicamente hablando.

---

<sup>13</sup> BROSETA PONT, M y MARTÍNEZ SANZ, F, *Manual de Derecho Mercantil*, Tomo I, 25ª Edición, Tecnos, Madrid, 2018, p. 86 y SÁNCHEZ CALERO, F., *Principios del Derecho Mercantil*, Tomo I, Cap. 2, 20ª edición, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 61.

<sup>14</sup> ARPIO SANTACRUZ, J., *El Ámbito del Poder de Representación del Empresario en Estudios sobre el futuro Código Mercantil*, Libro homenaje al profesor Rafael Illescas, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, p. 376.

<sup>15</sup> En este sentido podemos destacar la STS de 13 de febrero de 2019, Roj.: STS 385/2019, Id.: 28079110012019100084, CENDOJ.

<sup>16</sup> Por ejemplo, se precise del servicio de fontanería para alguna reparación.

El administrador deberá actuar de una forma u otra según los diferentes factores que influyan en la situación concreta. El hecho de actúe diligentemente o no, se observará al analizar si ha tomado las decisiones de gestión y representación más adecuadas para la sociedad. Además de ello, el deber de diligencia está del todo relacionado con el principio de legalidad de nuestro Derecho. Esta cuestión supone que Don Enrique no solo habrá de actuar conforme a los factores concretos que se den en cada caso, sino que, como es obvio, habrá de actuar conforme a Derecho, respetando la Ley y los reglamentos, así como las propias normas que rijan la sociedad que éste gestiona y representa<sup>17</sup>.

En el artículo 226 LSC el legislador optó en el año 2014 por introducir la llamada doctrina «*bussiness judgment rule*». Este precepto enuncia la protección de la discrecionalidad empresarial señalando que se entenderá que el órgano de administración actúa con la diligencia debida siempre y cuando éste haya procedido de buena fe, sin interés personal, con información suficiente y siguiendo el procedimiento debido. Lo que lleva a cabo el legislador en este precepto es introducir en nuestra LSC la doctrina procedente del «*Common Law*» estadounidense. En virtud de esta doctrina, no se le podrá exigir responsabilidad a Don Enrique como administrador por todas y cada una de sus actuaciones, sino sólo cuando su actuación no haya sido del todo diligente. Es decir, podríamos encontrarnos con que Don Enrique haya actuado de forma del todo diligente pero que esta actuación haya dado lugar a un perjuicio en el patrimonio social. Así pues, se ha de tener claro que la satisfacción del deber de diligencia no asegura el éxito económico de la administración. Esto se debe a que la función que realiza el órgano de administración en la sociedad no supone asegurar el éxito de la actividad económica de la misma, sino adoptar las decisiones más convenientes para la empresa y gestionarla de la forma adecuada, persiguiendo la consecución de los intereses sociales.

En definitiva, podemos señalar que el administrador de “EMV, S.L.” no ha actuado con la diligencia de un ordenado empresario. Don Enrique, ha dispuesto de los fondos de la sociedad que gestiona y representa con el fin de solventar su situación económica

---

<sup>17</sup> GUERRERO TREVIJANO, C.: *El deber...* cit., Link: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F189198743%2Fv1.4&titleStage=F&titleAcct=i0adc41910000158000ef32772fb2afa#sl=e&eid=e4fb9b4ce5392a0f6e897b63d40f228f&eat=a-A.217-1&pg=83&psl=&nvgS=false>, Capítulo II, Apartado 3.1.

personal y además, ha transmitido participaciones sociales dejando a un lado el procedimiento que debía seguir en virtud de la ley y los estatutos. Esto supone contrariar los principios de actuación ordenada, procedente y adecuada a la situación concreta que derivan del deber de diligencia. Además, Don Enrique no ha actuado con el fin de cumplir las funciones que le han sido encomendadas, sino que ha usado sus facultades como administrador de forma contraria al desempeño de su cargo<sup>18</sup>.

#### B) Deber de lealtad de los artículos 227 y 228 LSC

Al igual que con el deber de diligencia descrito en el apartado precedente, la reforma de la LSC del año 2014 modificó la redacción del artículo 227 LSC y se añadió, en el artículo 228 LSC, una enumeración detallada de los deberes anexos al deber de lealtad del órgano de administración. Antes de la reforma, el deber de lealtad se centraba simplemente en la consideración de que los administradores no podrían utilizar a la sociedad ni su condición de administradores para obtener beneficio propio o ajeno distinto al de la sociedad. Con esta redacción del precepto 227 LSC de forma indirecta se aludía a que la actuación del órgano de administración había de estar siempre encaminada a la consecución del objeto social.

En el año 2014, el legislador optó por expandir este deber, de tal forma que el deber de lealtad se concretó en la lealtad propia de un fiel representante, además de la exigencia de actuación de buena fe y siempre en interés social. Éste último se puede considerar como un concepto del Derecho de Sociedades de carácter indeterminado<sup>19</sup>. Tal interés ha sido concretado por la jurisprudencia de nuestro país y ha de ser entendido, tal y como hemos señalado de forma precedente, como el interés común de los socios para con la sociedad.

---

<sup>18</sup> Como ya se ha señalado, para el cumplimiento del deber del que venimos hablando se exige que se cumpla el estándar de actuación de un ordenado empresario, que es un deber de actuación ordenada, procedente y adecuada a la situación concreta y ha de ponerse en relación directa con las funciones que le vienen siendo atribuidas a los administradores, con el cargo que desempeñan, así como con la forma concreta de administración por la que ha optado la sociedad en cuestión y siempre teniendo en cuenta el principio de legalidad que rige en nuestro Derecho. Todas estas cuestiones han sido inobservadas de forma total por Don Enrique.

<sup>19</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones...*, cit., p. 541.

Los preceptos citados sitúan al deber de lealtad como una cláusula general que se articula en el eje central del sistema de deberes que recaen sobre el órgano de administración, deduciéndose que éste es un deber con significado jerárquico y principal<sup>20</sup>. Debemos de entender que, en aras del cumplimiento de este deber, Don Enrique habría de desempeñar su cargo ignorando sus intereses privados (así como los de terceros) de forma completa<sup>21</sup>. De esta forma, el legislador señala que habrá de dársele una primacía absoluta a los intereses sociales en el ejercicio del cargo. Esto es una de las principales pautas de actuación que habría de seguir Don Enrique como administrador de “EMV, S.L.” ya que el actuar de forma contraria, supone no velar por el provecho de la sociedad que éste representa, lo cual resultaría nocivo para ésta.

Además de lo señalado, debemos de hacer alusión al punto 2º del artículo 227 LSC, donde se citan algunas de las consecuencias de la infracción del deber de lealtad. El legislador en 2014 optó por endurecer el resultado de dicha infracción, obligando a quien no acate el deber de lealtad a indemnizar por el daño causado al patrimonio social, y además, a devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador. Todas estas cuestiones serán tratadas de forma exhaustiva cuando se examine la responsabilidad del administrador en el supuesto concreto (apartado 2.6 del presente escrito).

De esta forma, estamos ante un deber de cumplimiento obligado y del todo relevante para el desempeño del cargo. La lealtad de la que venimos hablando supone que la actuación del órgano de administración ha de ser del todo acorde con las funciones que le han sido encomendadas. El administrador ha de ejercer su cargo otorgándole al interés social referido en los estatutos un puesto principal, velando por su cumplimiento y evitando su lesión y no con fines propios o distintos al objeto e interés de la sociedad<sup>22</sup>. En este sentido, Don Enrique, al disponer de fondos de la sociedad y al transmitir las participaciones sociales a su mujer sin observar el procedimiento debido, podríamos entender que ha antepuesto sus intereses personales a los intereses

---

<sup>20</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones...*, cit., p. 541.

<sup>21</sup> STS de fecha 20 de diciembre de 2017, Roj.: STS 4656/2017, Id.: 28079110012017100656, CENDOJ.

<sup>22</sup> SAP Madrid, de fecha 22 de abril de 2016, Roj: SAP M 5290/2016, Id.: 28079370282016100101, CENDOJ.: «*Tal deber de lealtad, el art. 227 TRLSC impone al administrador velar en todo caso por el interés social, y anteponerlo siempre al interés del propio administrador o de terceros. (iii).- Del citado deber de lealtad deriva la debida abstención por el administrador de aprovechar para sí o para terceros oportunidades de negocio que le son ofrecidas como administrador de la sociedad [...]*».

sociales y, por ello, no habría desempeñado su cargo con la lealtad exigida por la ley y por los estatutos sociales, ya que no habría velado por el buen provecho social.

Para concretar el cumplimiento de este deber, el legislador no deja la puerta abierta a su determinación estatutaria, sino que lo completa de forma considerable con el artículo 228 LSC. En este precepto se detalla una exhaustiva enumeración de las obligaciones que son inherentes al deber de lealtad. Nos encontramos así con una serie de deberes enunciados de forma positiva y negativa, todos ellos encaminados a dotar de una definición consistente del deber de lealtad. El contenido concreto del deber de lealtad comprende, según el artículo 228 LSC los siguientes apartados<sup>23</sup>:

a) No ejercitar sus facultades con fines distintos a aquellos para los que le han sido concedidas.

El órgano de administración de la sociedad tiene otorgadas una serie de facultades por ley y de forma estatutaria. Esta encomienda de facultades suele tener un fin que consiste en la gestión y representación de la sociedad, la cual ha de ir siempre encaminada a la realización del objeto social. Con todo ello, podemos afirmar que el deber presente en el artículo 228.1.a) LSC se refiere a que el administrador ha de hacer uso de las facultades que le han sido concedidas para la consecución de los fines que animaron tal concesión<sup>24</sup>.

Como anunciábamos, entendemos que Don Enrique se ha alejado del cumplimiento de este deber. Como administrador de “EMV, S.L.” ha usado sus facultades de gestión de la sociedad para disponer de los fondos de ésta y para transmitir participaciones sin observar el procedimiento debido y abusando de su situación como administrador, dejando a un lado su objeto social y los fines para los que ésta fue creada. Así, Don Enrique ha ejercitado las facultades que le han sido encomendadas para lograr fines propios que nada tienen que ver con la sociedad, por lo que debemos de entender que este ámbito del deber de lealtad ha sido incumplido.

---

<sup>23</sup> El apartado e) del artículo 228.1 LSC será tratado de forma separada en el apartado 2.3.C), junto con el estudio del artículo 229 LSC.

<sup>24</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., *Principios...*, cit., p. 288.

## b) Deber de guardar secreto

En el artículo 228.1.b) LSC nos encontramos con otra de las traducciones que se le puede dar al deber de lealtad. En este caso, el deber de guardar secreto debe ser comprendido desde un sentido muy amplio. El apartado b) del artículo 228 LSC viene a señalar que la lealtad del órgano de administración implica que éste deberá guardar secreto de todo aquello que haya conocido durante el desempeño de su cargo. Este ámbito del deber de lealtad ha de ser entendido en su sentido más amplio posible ya que la falta de discreción exigida por este precepto puede perjudicar mucho a la sociedad. El deber de guardar secreto no ha sido todavía incumplido por Don Enrique, por lo que no entraremos a tratar esta cuestión.

c) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

Para cumplir con el deber de lealtad se exige que los administradores desempeñen su cargo de forma individual y libre. Es decir, el administrador debe de actuar sin injerencias de terceros o de instituciones y siempre según las pautas que legal y estatutariamente se le hayan encomendado y velando por el bien de la sociedad que gestiona y representa. Tampoco entraremos a tratar más este ámbito del deber de lealtad ya que consideramos que no se da en el supuesto que se nos ha planteado.

## C) Deber de evitar situaciones de conflicto de intereses del artículo 229 LSC

Este deber forma parte del deber de lealtad tratado de anteriormente ya que el propio artículo 228 lo incluye en la enumeración de las obligaciones básicas derivadas de dicho deber en su punto e). A pesar de ello, considero de interés tratarlo de manera separada y con un mayor desarrollo ya que en el supuesto que se nos ha planteado Don Enrique, antepone sus intereses personales al interés social, por lo que estamos ante un conflicto de intereses.

En el artículo 229 LSC el legislador llena de contenido el deber de lealtad con un deber de no hacer inherente a él. Se muestra un catálogo de situaciones concretas en las cuales el administrador deberá abstenerse de actuar, evitando así conflictos de intereses y velando una vez más por el cumplimiento del deber de lealtad. Podemos decir que estamos ante un deber fundamentalmente referido al ámbito interno de la sociedad que obliga al administrador a desempeñar su cargo obrando con el mejor interés para la sociedad<sup>25</sup>, lo cual supone que éste habrá de abstenerse de actuar cuando vea que dicho interés entra en conflicto con otros o, como es el caso, con el suyo propio. De esta forma se introduce en nuestra legislación un control legal jurídico-preventivo del comportamiento del administrador<sup>26</sup>. Hemos de señalar que el listado que se recoge en este precepto ha de entenderse como una enumeración de carácter ejemplificativo, ya que por encima de éste tenemos dos cláusulas generales (el artículo 228.2 LSC y el propio deber de lealtad del artículo 227 LSC)<sup>27</sup>.

Lo que el legislador pretende hacer con este precepto es dejar claro que las facultades que le han sido atribuidas al administrador han de ser usadas para el bien de la sociedad y no en interés propio del administrador o de terceros. Esto es, se vela por evitar situaciones de conflicto entre el interés de la sociedad y el del administrador o de terceros.

Para el supuesto que nos ha sido planteado es de especial interés el apartado c) del artículo 229.1 LSC. El legislador en este precepto tacha de infracción del deber de lealtad la utilización de los activos sociales para fines de carácter privado. Este es precisamente el supuesto en el que nos encontramos, Don Enrique, ha utilizado el dinero de la sociedad para solventar su situación personal, lo cual en el caso concreto no tiene ningún tipo de justificación. De esta forma Don Enrique ha antepuesto sus

---

<sup>25</sup> STS de fecha 20 de diciembre de 2017, Roj.: STS 4656/2017, Id.: 28079110012017100656, CENDOJ.

<sup>26</sup> GARANCHO CABANILLAS, L., «Deber de lealtad del socio de una sociedad de capital», *RdS*, nº52 (Enero – Abril 2018), ISSN 1134-7686, Link: [https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fperiodical%2F108262200%2Fv20180052.1&titleStage=F&titleAcct=i0adc41910000015be7b38eca9505ec86#eid=396b1ddde8bbe98e9bb1cb37319718b1&sl=e&eat=a-I-BIB\\_2018\\_7815&pg=10&psl=&nvgS=false](https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fperiodical%2F108262200%2Fv20180052.1&titleStage=F&titleAcct=i0adc41910000015be7b38eca9505ec86#eid=396b1ddde8bbe98e9bb1cb37319718b1&sl=e&eat=a-I-BIB_2018_7815&pg=10&psl=&nvgS=false).

<sup>27</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Deber de lealtad: régimen de imperatividad y dispensa» en Estudios sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital a la luz de sus recientes reformas legislativas y pronunciamientos judiciales, Bernés Cortés, J.(Coord), Colección Panoramas de Derecho 9, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, Fuente: Thomson Reuters ProView, Link: [https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F197475071%2Fv1.3&titleStage=F&titleAcct=i0adc419100000158000ef32772fb2afa#eid=b0ec818c93985b75f3c67eb4f4845d9f&sl=e&eat=a-I-BIB\\_2017\\_43499&pg=5&psl=&nvgS=false](https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F197475071%2Fv1.3&titleStage=F&titleAcct=i0adc419100000158000ef32772fb2afa#eid=b0ec818c93985b75f3c67eb4f4845d9f&sl=e&eat=a-I-BIB_2017_43499&pg=5&psl=&nvgS=false), Capítulo I, Apartado II.3.

intereses personales a los de la sociedad, lo que supone una actuación cercana a la apropiación indebida<sup>28</sup>.

El deber del que venimos hablando surge con la finalidad última de proteger a la sociedad y a sus socios. Enlazando con el supuesto planteado, esta cuestión se debe a que la mercantil “EMV, S.L.” deposita confianza en Don Enrique, como administrador, otorgándole una serie de facultades y de deberes, así como información “sensible” sobre la propia sociedad. Tal confianza depositada en el órgano de administración supone un riesgo para la propia sociedad. Por ello, lo que pretende el legislador con este deber de evitar conflictos de intereses es proteger el interés social y procurar que no se erosione la confianza depositada en el administrador<sup>29</sup>.

#### 2.4. El poder de representación del administrador de la mercantil “EMV, S.L.”

De forma precedente a la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, el poder de representación de los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada lo encontrábamos regulado en los artículos 62 y 63 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Vigente hasta el 01 de Septiembre de 2010). Actualmente, la regulación de esta materia se halla en los artículos 233 y 234 LSC. Hemos de señalar que ambos textos legales guardan total correspondencia. Es decir, a pesar de la derogación de la LSRL y de la entrada en vigor de la LSC, la regulación en materia de poder de representación de los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada no ha sido modificada por el legislador. Del mismo modo, debemos señalar que la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo no varió en ningún aspecto esta cuestión.

---

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> SAP Barcelona de 19 de enero de 2018, Roj.: SAP B 177/2018, Id.: 08019370152018100011, CENDOJ.

Vistas las previsiones legislativas precedentes hemos de acudir en primer lugar al artículo 233 LSC, en el que se plantea la cuestión referida a la atribución del poder de representación. Es decir, a quién se le va atribuir la potestad y el deber de representar y obligar con sus actos a la sociedad. El precepto señalado deja abierto el modo de organizar la administración societaria al usar la expresión: «*de la forma determinada en los estatutos*». De esta manera, parece que el primer párrafo del artículo 233 LSC da libertad a los estatutos para establecer las cuestiones referidas al poder de representación. A pesar de ello, hemos de señalar que los estatutos no poseen libertad absoluta en este aspecto. La cuestión se debe a que no se ha de analizar el artículo 233 LSC de forma aislada, sino que ha de ser estudiado en un contexto legislativo, dentro del cual ha de acudirse al artículo 124.2 RRM, así como el completo texto del artículo 233 LSC. Observamos que nos podemos encontrar con diferentes modos de organizar la administración, de los cuales se deberá de elegir uno de ellos y éste deberá constar necesariamente en los estatutos<sup>30</sup>. Elegida una de ellas, la forma de representación será imperativa.

En el supuesto que se nos ha planteado nos encontramos con la forma de administración descrita en el artículo 233.2.a) LSC. Don Enrique, tal y como viene determinado por los estatutos, es un administrador único, por lo que el poder de representación le corresponde necesariamente a él. Así, Don Enrique es el titular de la representación orgánica de la Sociedad “EMV, S.R.L.”. Dicha titularidad del órgano de representación supone que quien desempeña tal cargo puede obligar a la sociedad frente a terceros. Es decir, Don Enrique, vincula con su firma a la sociedad.

Vistas las consideraciones referidas a la titularidad el poder de representación, conviene centrarse en el ámbito concreto de éste. Por *ámbito del poder de representación* pretendemos referirnos a la extensión de las facultades y obligaciones atribuidas Don Enrique Navarro, como administrador único de la sociedad “EMV, S.L.”. A este respecto, el artículo 234 LSC nos da las tres claves principales para analizar esta cuestión:

---

<sup>30</sup> Artículo 23, letra c) LSC.

En primer lugar, el precepto señala que el poder de representación del administrador abarca los actos que estén comprendidos en el objeto social determinado en los estatutos. Con esta previsión el legislador pretende unir de forma total el órgano de administración con la finalidad última de la sociedad. Esto es, el objeto social. Esta cuestión ha de ser entendida como una limitación del poder de representación de Don Enrique, de tal forma que los actos que éste lleve a cabo deberán estar, o bien comprendidos en el objeto social de la sociedad “EMV, S.L.”, o bien ser conexos a éste<sup>31</sup>. De esta forma, la LSC se vio influenciada por el Derecho Europeo y con el fin de proteger en mayor medida a terceros que contraten con la sociedad, llevó a cabo una consideración generalizada sobre el poder del órgano de administración.

En segundo lugar, se prevé que cualquier limitación de las facultades de los administradores será ineficaz frente a terceros. Como acabamos de exponer, el legislador con tales previsiones pretendió otorgar una tutela muy amplia a terceros que contratan con la sociedad. Tanto es así, que el mismo precepto dicta que dará igual que tales facultades estén inscritas en el Registro Mercantil ya que, aun así, se tomarán por ineficaces.

Las cuestiones señaladas han sido reiteradas en diferentes sectores de nuestro Derecho. Entre ellos, destacamos una vez más el artículo 124 RRM que en su punto 4 establece la prohibición de inscripción en el Registro Mercantil de la enumeración de facultades otorgadas a los administradores. Del mismo modo podemos citar la RDGRN de 17 de septiembre de 2015<sup>32</sup>. Como sabemos, los artículos 2 y 3 RRM dejan claro que el contenido inscrito en el Registro Mercantil ha de presumirse exacto, válido y conocido por todos, no pudiendo alegarse su ignorancia. De la resolución citada podemos destacar tres cuestiones claves para el supuesto que estamos tratando:

*«a) Que el objeto social ha de estar determinado, pero esta determinación no limita la capacidad de la sociedad, sino sólo las facultades representativas de los administradores;*

*b) Que es ineficaz frente a terceros cualquier limitación de dichas facultades siempre que se trate de asuntos o actos comprendidos dentro de dicho objeto social;*

---

<sup>31</sup> BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual...*, cit., p. 490.

<sup>32</sup> «BOE» núm. 241, de 8 de octubre de 2015, páginas 93236 a 93242 (7 págs.).

*c) Que están incluidos en el ámbito de poder de representación de los administradores no sólo los actos de desarrollo y ejecución del objeto, ya sea de forma directa o indirecta y los complementarios o auxiliares para ello, sino también los neutros o polivalentes y los aparentemente no conectados con el objeto social, quedando excluidos únicamente los claramente contrarios a él, es decir, los contradictorios o denegatorios del mismo».*

En tercer y último lugar, en virtud del artículo 234.2 LSC, con la actuación de Don Enrique, la entidad “EMV S.L.” quedará obligada frente a terceros que hayan actuado de buena fe y sin culpa grave, aún cuando Don Enrique hubiese actuado extralimitándose con respecto al objeto social fijado en los estatutos inscritos en el Registro Mercantil. De esta forma, el legislador otorga protección a terceros de buena fe en supuestos en los que el administrador se extralimite de sus funciones, sin perjuicio de que la actuación de los administradores pueda dar lugar a exigencias de responsabilidad por parte de la sociedad hacia éstos<sup>33</sup>. En este sentido podemos observar que nos encontramos ante una plena primacía del tercero de buena fe frente a la actuación extralimitada del órgano de administración. Hemos de aclarar que, en principio, en el supuesto que se nos ha planteado la actuación del administrador no ha llegado a vincular a terceros con la sociedad, por lo que este precepto no resultará de aplicación al caso.

En conclusión, el ámbito del poder de representación está directamente relacionado con el objeto social reflejado en los estatutos. Este poder no puede verse limitado por los estatutos ya que no surtirán eficacia frente a terceros (solo en el ámbito interno) y los administradores deberán de actuar siempre conforme a él, si no serán responsables frente a la sociedad. Del mismo modo, estamos ante uno de los cimientos de la protección otorgada por nuestro Derecho a la figura del tercero de buena fe ya que, en caso de encontrarnos ante un abuso en la actuación del órgano de administración, la sociedad seguirá quedando obligada.

---

<sup>33</sup> BROSETA PONT, M y MARTÍNEZ SANZ, F, *Manual...*, cit., p. 86 y SÁNCHEZ CALERO, F., *Principios...*, cit., p. 557 y RDGRN de 17 de septiembre de 2015, «BOE» núm. 241, de 8 de octubre de 2015, páginas 93236 a 93242 (7 págs.).

## 2.5. Relación concreta de la actuación de Don Enrique como administrador y las irregularidades en el ejercicio de sus deberes: disposición de fondos de la sociedad para sus gastos personales

Tal y como se ha expuesto en el Apartado II (Antecedentes de hecho) del presente escrito, Don Enrique, como administrador de la mercantil “EMV S.L” el pasado 20 de enero de 2019 envió un correo a sus hermanos comunicándoles que iba a disponer de los fondos de la sociedad ya que su situación económico-familiar era pésima. A pesar de la negativa del resto de socios de la sociedad y cumpliendo con lo anunciado, Don Enrique, el día 30 de enero de 2019 dispuso de 6.500 € de los fondos de la sociedad.

Ante esta situación y tomando en consideración los apartados precedentes, vamos a proceder a analizar de forma exhaustiva la actuación llevada a cabo por Don Enrique como administrador único de la sociedad “EMV S.L.”.

En primer lugar, consideramos que Don Enrique, con su actuación, ha infringido notablemente el deber de diligencia debida de su cargo. Para analizar esta cuestión tomaremos en consideración la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 22 de diciembre de 2015<sup>34</sup>.

Como ya se ha señalado con anterioridad, el deber de diligencia exigido en el artículo 225 LSC se sitúa en el estatuto jurídico de los administradores como un deber general y se ha de entender como la diligencia exigible a un ordenado empresario. En este sentido, la actuación llevada a cabo por Don Enrique es totalmente contraria a este canon de comportamiento. Un ordenado empresario no usa los fondos de la sociedad para fines propios, como ha sucedido en el supuesto que se nos ha planteado. Don Enrique no ha actuado con una dedicación adecuada al cargo, sino con interés personal y dejando a un lado las funciones que le han sido atribuidas.

De esta forma, hemos de señalar que en ningún caso se entenderá que estamos ante una actuación diligente cuando el administrador haya tomado decisiones que le

---

<sup>34</sup> Roj: SAP Z 2556/2015, Id.: 50297370052015100342, CENDOJ.

beneficien de forma personal a él, a otros administradores o a terceros vinculados a ellos, como es el supuesto ante el que nos encontramos. Don Enrique no ha actuado con el cuidado y el esfuerzo debidos ya que no ha tomado las decisiones más adecuadas para la sociedad y por lo tanto ha infringido el deber general de diligencia de exigido cumplimiento para el órgano de administración, por lo que se le podrá exigir responsabilidad con respecto a su actuación.

Aparte de la diligencia exigida al órgano de administración por el artículo 226 LSC, los administradores de las sociedades de capital también han de ajustar su comportamiento a un patrón de comportamiento directamente relacionado con la actuación leal de un representante legal. Esto es, anteponer el interés social al suyo propio. En este sentido, consideramos que Don Enrique ha infringido los deberes exigidos en los artículos 227, 228. a) y e) y 229 LSC.

Como ya hemos señalado con anterioridad, del deber general de lealtad se derivan una serie de obligaciones, entre las que destaca la prohibición de usar las facultades que le han sido encomendadas como administrador con fines distintos a los que le han sido conferidas. A este respecto, Don Enrique ha infringido en todos los sentidos tal obligación, ya que ha utilizado sus facultades de gestión para sacar dinero de los fondos de la sociedad y de esta forma ayudar a solventar su mala situación económico familiar. Con esta actuación, Don Enrique se ha servido de su condición de administrador único de la sociedad “EMV, S.L.” para su propio beneficio, anteponiendo así su interés personal al interés social. Consideramos pues, que nos encontramos ante una clara infracción del artículo 229 LSC ya que el administrador de la sociedad ha generado un conflicto de intereses, actuando por cuenta propia y anteponiendo sus intereses a los de la sociedad. De esta forma, ha causado un daño al patrimonio social, infringiendo el deber de lealtad y su derivación referente al deber de evitar conflictos de intereses.

La sociedad “EMV, S.L.” había depositado confianza en su administrador dotándole de facultades de gestión y de representación y, Don Enrique se ha valido de tales facultades para satisfacer su propio interés infringiendo de esta manera sus deberes de obligado cumplimiento, actuación por la cual le será exigible responsabilidad en los términos que posteriormente serán detallados.

## 2.6. Responsabilidad del administrador

A) Previsiones sobre el artículo 236 LSC. En especial, los presupuestos de la responsabilidad de los administradores

Como hemos señalado, Don Enrique, como administrador único de la entidad “EMV, S.L.” tenía una serie de funciones y facultades atribuidas para el desempeño de su cargo. Estas funciones y facultades han de ser utilizadas como pautas de comportamiento que la ley y la propia sociedad le impone y, actuando en consideración del fin último para el cual “EMV, S.L.” fue creada. Así pues, Don Enrique ha infringido estas obligaciones que le han sido encomendadas y ha utilizado sus facultades con fines distintos a los pactados y, en el caso de que concurran una serie de requisitos con respecto a esta actuación, estaremos ante un supuesto en el que la sociedad, alguno de los socios o acreedores, podrán exigirle responsabilidad. Este es un sistema de responsabilidad jurídico-privada que la LSC prevé al margen de la responsabilidad penal, fiscal o administrativa que se pueda exigir a los administradores<sup>35</sup>.

Con la reforma LSC de 2014, se amplió el concepto de responsabilidad de los administradores, así como su ámbito subjetivo y los presupuestos para su exigibilidad. El legislador optó por introducir la necesidad de que concurra dolo o culpa a la hora de exigir responsabilidad e introdujo una previsión iuris tantum para su determinación: *«La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales»*.

Actualmente, el artículo 236 LSC regula un régimen común de responsabilidad para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada en el que se exige que, para que a los administradores se les pueda exigir responsabilidad, han de concurrir una serie de requisitos que han sido precisados por la jurisprudencia. Entre otras sentencias, podemos destacar la STS de fecha 18 de abril de 2016<sup>36</sup>. En esta sentencia el Tribunal aclara los requisitos que se establecen en el artículo 236 LSC señalando que, para estar ante un supuesto en el que sea exigible responsabilidad, habrán de darse los siguientes presupuestos:

---

<sup>35</sup> BROSETA PONT, M. Y MARTÍNEZ SANZ, F., en *Manual...*, cit., p. 500 y ss.

<sup>36</sup> Roj.: STS 1650/2016, Id.: 28079110012016100247, CENDOJ.

En primer lugar, hemos de encontrarnos ante un comportamiento activo o pasivo de los administradores y este comportamiento ha de ser imputable al órgano de administración. El legislador, en el segundo apartado del artículo 236 LSC precisa qué es lo que ha de entenderse por culpa. Introduce de tal forma la previsión *iuris tantum*, señalando que se presumirá que ha concurrido culpa en la actuación cuando estemos ante una infracción de la Ley, de los estatutos o de los deberes inherentes al cargo de administrador. De esta forma, en el supuesto que se nos ha planteado nos encontramos ante un comportamiento activo y culpable, ya que Don Enrique ha infringido los deberes de diligencia y de lealtad, así como la propia Ley, con la disposición de fondos de la sociedad y con la transmisión de participaciones sociales sin observar el procedimiento debido. Esta cuestión está directamente relacionada con el segundo de los requisitos que el Tribunal señala que ha de darse para que sea exigible responsabilidad. Esto es, hemos de encontrarnos ante una conducta antijurídica. El hecho de que Don Enrique haya infringido los deberes de diligencia y de lealtad supone también una conducta antijurídica ya que, se violan tanto los estatutos, como la LSC.

En tercer lugar, en la sentencia citada el Tribunal señala que la conducta la conducta antijurídica, culposa o negligente, ha de ser susceptible de generar un daño efectivo a la sociedad. A este respecto, hemos de señalar que la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado el concepto de daño desde dos puntos de vista. Por una parte, se habla de daño material, que sería el detrimento patrimonial de la sociedad y por otra parte, el daño moral, donde se enmarcarían los derechos extra patrimoniales que le corresponden a la sociedad<sup>37</sup>. Enlazando esta cuestión con el supuesto que se nos ha planteado, el daño que Don Enrique ha ocasionado a la sociedad “EMV, S.L.” ha supuesto la pérdida de la posibilidad de disposición por parte de la sociedad de los 6.500€ que Don Enrique decidió retirar de las cuentas societarias, por lo tanto nos encontraríamos ante un daño patrimonial. Así mismo, la transmisión de participaciones sociales sin observar el procedimiento debido también ha generado un daño efectivo a la sociedad. Esto es, la entrada de un nuevo socio ilegítimo y no aprobado por el resto.

---

<sup>37</sup> *Memento Práctico...*, cit., núm. marginal: 1666, pág. 269.

En último lugar, hemos de encontrarnos ante una relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado a la sociedad, a un socio o a un tercero. De tales previsiones podemos deducir que la actuación culposa y antijurídica de Don Enrique, es la causa del potencial daño que puede sufrir “EMV, S.L.”. Este daño se concreta en la pérdida, por parte de los socios, de la posibilidad de disponer de los fondos de la sociedad para fines que verdaderamente vayan encaminados a la consecución del objeto social, al contrario que la actuación llevada a cabo por Don Enrique.

Así mismo, la transmisión de las participaciones sociales por parte de Don Enrique es la consecuencia directa de la presencia de una socia ilegítima en la sociedad y de la toma de ciertos acuerdos en la junta celebrada el 14 de marzo de 2019, que luego serán analizados.

Para finalizar con las previsiones que establece el artículo 236 LSC hemos de señalar que el legislador quiso establecer una independencia de actuación de los administradores en relación con los acuerdos adoptados por la junta general. Esto es, en el artículo 236.2 LSC se establece que *«en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general»*. De esta forma se establece una autonomía del órgano de administración la cual supone que los administradores no podrán realizar actos que sean inadecuados para el devenir de la sociedad, aun cuando estos actos hayan sido acordados en la junta general<sup>38</sup>.

#### B) Posibles acciones a ejercitar

Ante el supuesto en el que nos encontramos, son dos las acciones principales que pueden ejercitar las socias de “LA LUNA, S.L.”, estas son, la acción social de responsabilidad y la acción individual de responsabilidad. En la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 julio de 2016<sup>39</sup> encontramos una muy clara distinción entre ambas acciones. A tenor de esta diferenciación llevada a cabo por el Alto Tribunal hemos de señalar que habrá de ejercitarse la acción social de responsabilidad cuando

---

<sup>38</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., *Principios...*, cit., p. 306.

<sup>39</sup> Roj.: STS 3433/2016 Id.: CENDOJ.

nos encontremos ante un daño causado al patrimonio de la sociedad, mientras que la acción individual será usada cuando la acción del administrador haya causado daño directo a los socios o a terceros<sup>40</sup>.

#### a) Acción social de responsabilidad

La acción social de responsabilidad la encontramos regulada en el artículo 238 LSC, precepto en el cual se señala lo siguiente:

*«1. La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo.*

*2. En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social.*

*3. El acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados.*

*4. La aprobación de las cuentas anuales no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercitada».*

De la redacción de este precepto extraemos que su función es la salvaguardia de los intereses sociales, teniendo como presupuesto un daño que haya sido causado a la sociedad y que este daño sea consecuencia de la actuación improcedente del órgano de

---

<sup>40</sup> STS de 13 de julio de 2016, Roj.: STS 3433/2016, Id.: 28079119912016100019, CENDOJ: «La jurisprudencia y la doctrina han distinguido en el sistema legal de responsabilidad de los administradores sociales que los daños se causen a la sociedad, o se causen a socios o terceros, generalmente acreedores; y en este último caso, que la lesión sea directa, o que sea indirecta, en cuanto refleja de la causada directamente a la sociedad. [...] »La exigencia de responsabilidad a los administradores por los daños causados a la sociedad se hace a través de la denominada acción social, que regula el art. 134 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (actualmente, art. 238 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital ). [...] »La exigencia de responsabilidad por daños causados directamente a los socios o a terceros (señaladamente, a los acreedores) se hace a través de la denominada acción individual, que está regulada en el art. 135 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (actualmente, art. 241 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital ). El texto del precepto explicita claramente el requisito del carácter directo de la lesión resarcible mediante el ejercicio de dicha acción, al disponer: "[n] o obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos"». Por esa razón, doctrina y jurisprudencia han excluido que mediante la acción individual pueda el socio exigir al administrador social responsabilidad por los daños que se produzcan de modo reflejo en su patrimonio como consecuencia del daño causado directamente a la sociedad».

administración. Estamos ante una acción de naturaleza contractual dada la relación que existe entre los administradores y la propia sociedad<sup>41</sup>.

La Ley establece un sistema de legitimación para el ejercicio de esta acción. Éste consiste en un sistema en cascada en el cual, la legitimación principal para el ejercicio de esta acción recaerá sobre la sociedad “EMV, S.L.”. A este respecto, cualquiera de los socios podrá solicitar la convocatoria de la junta general para que sea tratada esta cuestión. Este es el órgano competente para decidir sobre la exigencia de responsabilidad social al administrador. Hemos de señalar que no es necesario que conste en el orden del día de la Junta la pretensión de exigir responsabilidad a Don Enrique. Esta cuestión es un medio de prevenir el retraso o falta de convocatoria de la Junta por parte del administrador<sup>42</sup>.

Con respecto al acuerdo de la junta debemos de señalar que se necesitará una mayoría ordinaria, es decir, el acuerdo requiere la mayoría de los votos válidamente emitidos que, a su vez, represente al menos un tercio de las participaciones sociales en las que se divide el capital social, tal y como señala el artículo 198 LSC. El legislador aclara que los estatutos no pueden establecer mayorías diferentes a la ordinaria para decidir sobre esta cuestión. En principio, ya hemos señalado de forma precedente que el administrador de la sociedad podría participar en la votación para la toma del acuerdo ya que no está previsto en la que esta situación genere conflicto de interés<sup>43</sup>. A pesar de ello, hemos de decir que no puede participar en la votación ya que no es socio de la mercantil “EMV, S.L.”, sino que la socia es la persona jurídica de “EL SOL, S.L.”, de la que era socio Don Enrique, o todavía lo es, tal y como es tratado en el apartado IV.1 del presente dictamen. Junto al “SOL, S.L.”, la otra socia de “EMV, S.L.” es “LA LUNA, S.L.”, socia minoritaria. Como ya hemos señalado en numerosas ocasiones, el presente dictamen jurídico se realiza desde el punto de vista de esta última.

Cuando la cuestión de entablar la acción social de responsabilidad haya sido deliberada y acordada en la junta, el ejercicio de la acción le corresponderá a los nuevos

---

<sup>41</sup> BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., en *Manual...*, cit., p. 504.

<sup>42</sup> Con esta cuestión queremos referirnos a que si el administrador sabe que en la Junta se le va a exigir responsabilidad quizá opte por retrasar la convocatoria de ésta o deje de convocarla. Así, el legislador optó por no requerir la constancia en el orden del día de esta cuestión.

<sup>43</sup> *Memento Práctico...*, cit., núm. marginal 1731, pág. 281.

administradores elegidos, a los restantes administradores (en el caso de que no fuese un administrador único) o bien a aquellos sujetos que se hayan designado en la junta<sup>44</sup>.

Tal y como queda señalado en el artículo 238.2 LSC, la junta general podrá transigir o renunciar en cualquier momento al ejercicio de la acción de responsabilidad, siempre y cuando no se opongan a ello los socios que representen, al menos, el 5% del capital social. En este apartado el legislador plantea una solución especial, que deberá ser acordada tras una deliberación y votación de la junta. Hemos de recordar que el porcentaje de capital que posee la sociedad “LA LUNA, S.L.” es del 33,33%.

Vista la legitimación principal para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, la Ley reconoce una legitimación subsidiaria a los socios y a los acreedores cuando se den una serie de circunstancias, tal y como señalan los artículos 239 y 240 LSC.

La legitimación subsidiaria de los socios la encontramos regulada en el artículo 239 LSC. En este precepto se prevé que, en una serie de supuestos, el socio o los socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, podrán entablar la acción de responsabilidad social contra el administrador en cuestión. La participación a la que se refiere este artículo ha de ser de al menos, un cinco por ciento del capital social, tal y como vemos destacado en el artículo 168 LSC. El porcentaje requerido será del 5% del capital social, por lo que la mercantil “LA LUNA, S.L.” estará legitimada subsidiariamente para entablar la acción social de responsabilidad, siempre y cuando estemos ante una de estas situaciones:

- Cuando los administradores no convoquen la junta general solicitada.
- Cuando la sociedad no entablare la acción de responsabilidad en defensa del interés social dentro del plazo de un mes contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo en la junta.

---

<sup>44</sup> *Memento Práctico...*, cit., núm. marginal 1732, pág. 281: «Esta alternativa es necesaria en aquellos supuestos en los que la junta haya acordado no cesar a los administradores frente a los que se ha resultado ejercitar la acción de responsabilidad».

- Cuando el acuerdo adoptado en la junta general hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad.

Como vemos, en principio la legitimación para entablar la acción social de responsabilidad correspondería a la sociedad. A pesar de ello, el legislador, en este precepto, aporta una solución extraordinaria ante supuestos en los que no se ha adoptado un acuerdo para el ejercicio de la acción de responsabilidad o cuando, después de haberse adoptado el acuerdo, éste no se ha ejecutado.

Además de lo ya señalado sobre la legitimación de la minoría de socios, el segundo apartado del artículo 239.1 LSC prevé un supuesto todavía más preciso cuando nos encontramos ante una infracción del deber de lealtad. En estos casos, el socio o los socios que representen al menos un cinco por ciento del capital social, porcentaje que posee “LA LUNA, S.L.”, podrán ejercitar de forma directa la acción social de responsabilidad, sin necesidad de someter esta cuestión a decisión de la junta. Una vez más, el legislador sitúa el cumplimiento del deber de lealtad en un punto principal del estatuto jurídico del administrador. De esta forma, se refuerza su importancia y se vela por su respeto.

Hemos de señalar que estas acciones se conceden según el porcentaje de capital que posea cada socio. Esto quiere decir que podemos encontrarnos ante una acción entablada por un solo socio que posea participaciones que representen el cinco por ciento del capital social o por una acción entablada por varios socios cuyas participaciones, en su conjunto, representen tal porcentaje. En el caso de encontrarnos ante el segundo de los supuestos debemos destacar que todos y cada uno de los socios deberán de actuar de forma conjunta. Es decir, con una defensa y representación procesal conjunta y operando contra unos mismos actos<sup>45</sup>.

Junto al papel que ocupa la minoría de los socios en el ejercicio de la acción social de responsabilidad nos encontramos con que el legislador ha previsto en el artículo 240 LSC que los acreedores sociales también están legitimados para el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Esta legitimación otorgada a los acreedores es de segundo

---

<sup>45</sup> *Memento Práctico...*, cit., núm. marginal 1740, pág. 283.

grado ya que podrá ser usada siempre y cuando ni la sociedad, ni los socios, hayan ejercitado de forma previa. Además de este requisito referente a la inactividad de la sociedad y de los socios, se ha de cumplir otro más: hemos de estar ante una insuficiencia patrimonial para la satisfacción de los créditos. Un buen medio para probar tal insuficiencia patrimonial sería aportar las cuentas anuales.

La acción social de responsabilidad entablada por la minoría o por los acreedores no ha tenido mucho éxito en la práctica legal. Uno de los principales motivos de esta cuestión es que ni la minoría de socios ni los acreedores obtienen, con el ejercicio de esta acción, un beneficio directo. Esto es, no están reclamando para ellos, sino para la sociedad, y solo de manera directa para su interés<sup>46</sup>. Por ello podemos decir que, aunque la acción social pueda ser ejercitada por los acreedores y por la minoría de socios, la titularidad de ésta le corresponde a la sociedad, aunque sea ejercitada por otros.

Otro de los motivos por los que esta acción no es muy usada por los socios y por los acreedores es que el legislador no prevé nada sobre el pago de las costas. Esta cuestión implica que, aunque la minoría de socios o los acreedores actúen en defensa del interés social, si ven desestimadas sus pretensiones, serán ellos los que deberán hacerse cargo de las costas, tal y como establece el art. 349 LEC.

El último de los motivos por los que la acción social de responsabilidad no suele ser usada por la minoría o por los acreedores es porque el legislador ha previsto otra medida que suele ser mucho más atractiva para ellos. Esta es, la acción individual de responsabilidad que va a ser tratada a continuación.

#### b) Acción individual de responsabilidad

En el artículo 241 LSC nos encontramos con una acción de carácter indemnizatorio personal. El legislador ha otorgado la titularidad del ejercicio de esta acción a los socios y a terceros cuando vean lesionado directamente su patrimonio por actuaciones del administrador. Así, estamos ante una acción que tiene como finalidad restaurar el patrimonio individual de aquellos a quienes se les han lesionado sus intereses de forma

---

<sup>46</sup> BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., en *Manual...*, cit., p. 504.

directa, sin perjuicio de que dicha lesión se haya producido también contra el patrimonio social. Tal y como señala el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 13 de julio de 2016<sup>47</sup>, esta acción supone una especial aplicación de la responsabilidad extracontractual integrada en un marco societario, que cuenta con una regulación propia (el ya citado artículo 241 LSC), que especializa esta cuestión con respecto al régimen general del artículo 1902 Cc.<sup>48</sup>.

Del mismo modo, hemos de señalar que la jurisprudencia de nuestro país ha ido estableciendo una serie de presupuestos para el ejercicio de la acción de la que venimos hablando, tal y como observamos el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 23 de mayo de 2014. Estos presupuestos son los ya mencionados. Así, nos encontramos ante un comportamiento activo que ha ocasionado el incumplimiento de los artículos 225 a 229 LSC. En segundo lugar, en virtud de la jurisprudencia de nuestro país, la acción habrá de ser imputable a la actuación de Don Enrique, como administrador. Estamos pues ante una responsabilidad por “ilícito orgánico”, que ha de ser entendida como aquellas actuaciones contrarias a las funciones que le han sido atribuidas al administrador en el desempeño de su cargo. Es decir, solo se incluyen en esta responsabilidad las acciones llevadas a cabo en el ejercicio del cargo de administrador, y no en el ámbito de la esfera personal de éste ya que en ese último supuesto estaríamos ante una responsabilidad extracontractual del artículo 1902 Cc. El Alto Tribunal señala en este sentido que el artículo 241 LSC habilita al ejercicio de la acción individual de responsabilidad de los administradores cuando estemos ante un incumplimiento de normas específicas que se imponen al órgano de administración en su actividad social y que tienden a proteger al más débil (los socios o los terceros)<sup>49</sup>.

En tercer lugar, se exige que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño y que este daño sea directo al tercero que contrata o al socio, sin necesidad de que se vean lesionados los intereses de la sociedad. Esta es la distinción principal entre la acción social de responsabilidad y la acción individual de la que venimos hablando.

---

<sup>47</sup> STS de 13 de julio de 2016, Roj.: 3433/2016, Id.: 28079119912016100019, CENDOJ.

<sup>48</sup> A este respecto también podemos citar la STS de fecha 6 de abril de 2006, Roj.: STS 343/2006, VLEX España: «[...] especialidad de la acción de responsabilidad extracontractual, cuyo régimen general se encuentra en el artículo 1902 Cc.».

<sup>49</sup> STS 23 de mayo 2014, Roj.: 2037/2014, Id.: 28079110012014100224, CENDOJ.

Del mismo modo, al igual que la acción social de responsabilidad, se exige que nos encontremos ante una relación de causalidad entre la conducta contraria a la ley y el daño directo ocasionado al socio a un tercero.

## 2.7. Procedimiento a seguir para exigir responsabilidad y consecuencias

### A) ¿Qué acción sería la más adecuada a ejercitar para el supuesto planteado?

Considero que en el caso que se nos ha planteado nos encontramos ante un daño indirecto ya que la actuación de Don Enrique lo que ha lesionado de forma directa ha sido el patrimonio de la sociedad. De forma indirecta, esta lesión del patrimonio social afectará a los socios reduciéndose el valor de su participación y a los acreedores, por la reducción de la posibilidad de cobrar un crédito frente a la sociedad, todo ello como consecuencia de la disminución del patrimonio social<sup>50</sup>. Por este motivo, entiendo que la acción adecuada para ser ejercitada en este supuesto sería la acción social de responsabilidad y no la acción individual, ya que falla uno de sus presupuestos principales: el daño directo al patrimonio de los socios o de terceros.

La acción social podría ser ejercitada tanto por la sociedad, como por la entidad “LA LUNA, S.L.”, como titular de más del 5% del capital social. Dado que nuestras clientas son las socias de esta última, les recomendaríamos que en primer lugar, propusiesen en junta general el ejercicio de la acción social de responsabilidad por parte de la sociedad en su conjunto. En el caso de que esta junta no fuese convocada o si la sociedad no entablare la acción social dentro del plazo de un mes, contando desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando el acuerdo hubiese sido contrario a la exigencia de responsabilidad.

### B) Proceso

Debemos señalar que la acción social de responsabilidad no tiene previstos cauces procesales especiales, por lo que consideramos que habrá de seguirse por los trámites

---

<sup>50</sup> Para la distinción entre el daño directo y el daño indirecto: *Memento Práctico...*, cit., núm. marginal 1753, pág. 285.

del juicio declarativo que corresponda según su cuantía. En este sentido, deberemos de estar a lo dispuesto en el artículo 249.2 LEC. En virtud de este artículo, la acción social de responsabilidad deberá de tramitarse por los cauces del juicio ordinario ya que la cuantía de la demanda excede de 6.000 €.

Para iniciar el procedimiento se deberá de interponer demanda de juicio declarativo ordinario en reclamación de cantidad. Esta demanda habremos de dirigirla al Juzgado de lo Mercantil de Zaragoza, en virtud de los artículos 86.ter.1.6º LOPJ y 51 LEC. En el suplico de esta demanda se solicitará el pago de la cantidad de 6.500€, así como la cantidad que resulte en concepto de intereses legales que devenga dicha cantidad. Del mismo modo también podría reclamarse una indemnización por los daños y perjuicios causados por la disposición de dicha cantidad y las cosas que cause el procedimiento.

Para finalizar con este apartado hemos de aclarar que la demanda irá dirigida al administrador, Don Enrique, como parte legitimada pasiva.

#### C) Plazo

El plazo para ejercitar las acciones de las que venimos hablando lo encontramos en el artículo 241.bis LSC, donde se señala que la acción social de responsabilidad contra los administradores prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que las acciones hubieran podido ejercitarse.

#### D) Fundamentos jurídicos en los que basaríamos las pretensiones

La justificación de las pretensiones ejercitadas en la demanda se habrían de basar en la premisa de que Don Enrique, como administrador de la sociedad “EMV, S.L.” ha infringido los deberes inherentes a su cargo de diligencia y de lealtad.

Con respecto a la infracción del deber de lealtad, podrá apoyarse en las previsiones del artículo 225 LSC y en la consideración de que Don Enrique no ha actuado como un ordenado empresario. Así mismo, también justificaremos nuestras pretensiones en la numerosa jurisprudencia que ha sido citada en el presente escrito,

entre la que podemos destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 22 de diciembre de 2015<sup>51</sup>.

Por lo que atañe al deber de lealtad, se justificará su infracción en la inobservancia por parte de Don Enrique de lo dispuesto en los artículos 227, 228.a) y 229 LSC, ya que consideramos que ha actuado anteponiendo su interés personal al interés social. También nos basaremos entre otras, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 22 de abril de 2016<sup>52</sup>.

E) Pruebas a presentar para justificar las pretensiones ejercitadas en la demanda

- Interrogatorio de la parte demandada, Don Enrique, como administrador de la sociedad.
- Interrogatorio de las socias de la entidad “LA LUNA, S.L.”, Doña Beatriz y Doña Laura.
- Estatutos sociales donde se resalten las funciones encomendadas al administrador, así como los deberes que rigen en el desempeño de su cargo.
- Correos enviados por parte de Don Enrique a sus hermanos.
- Extracto de las cuentas de la sociedad donde aparezca la disposición de los 6.500€ que llevó a cabo Don Enrique.
- Cuentas anuales de la sociedad.
- Dictamen pericial de parte en el que se evalúe la situación económica de la sociedad y la repercusión que ha producido la actuación de Don Enrique.

F) Medidas cautelares a solicitar

En nuestro Derecho, las medidas cautelares son un procedimiento destinado a asegurar los fines del proceso. La adopción de medidas cautelares no tiene otro fin que asegurar la tutela judicial efectiva que se proclama en el artículo 24.2 de nuestra Constitución.

---

<sup>51</sup> Roj.: SAP Z 2556/2015, Id.: 50297370052015100342, CENDOJ.

<sup>52</sup> Roj.: SAP M 5280/2016, Id.: 28079370282016100101, CENDOJ.

Hemos de señalar que, el Tribunal, para acordar la adopción de las medidas habrá de tener en cuenta los principios generales que las rigen. Entre ellos, podemos hablar de la funcionalidad. La cual supone que las medidas cautelares habrán de ir encaminadas a asegurar la efectividad del proceso. Esta cuestión está del todo relacionada con la procedencia de la medida cautelar, lo cual supone que ésta habrá de ser acorde a la pretensión que se haya ejercitado y a la medida que se haya solicitado. Junto a la funcionalidad y a la procedencia de las medidas cautelares rige la temporalidad, con la que se pretende conservar la situación existente en el momento de solicitar la medida.

Consideramos que ante la actuación descrita en los apartados anteriores, se debería de solicitar, con la demanda, el embargo preventivo de los bienes del administrador, en virtud del artículo 227.1º LEC, con el fin de asegurar la ejecución de la eventual sentencia por la que se condene a éste al pago de las cantidades solicitadas. Para finalizar con este apartado hemos de elaborar unas breves consideraciones sobre los requisitos que deberán cumplir las medidas cautelares que se soliciten.

Como ya se ha señalado, habremos de acreditar la excepcionalidad de la medida, lo cual supondrá acreditar la temporalidad y la necesidad de su adopción. Así mismo, tal y como señala el artículo 728 LEC, habremos de acreditar el peligro de mora procesal y la apariencia de buen derecho de la medida que solicitamos. Con respecto al primero de ellos, se habrá de probar que, de no adoptarse la medida, se afectaría gravemente a la sentencia que se dicte en el proceso. Así mismo, la apariencia de buen derecho supone que deberemos de justificar la solicitud de la medida de tal forma que el Tribunal pueda llevar a cabo un juicio provisional e indiciario del asunto favorable al fundamento de nuestra pretensión pero sin prejuzgar el fondo del asunto. Junto a ello, la Ley, como regla general, exige que el solicitante preste caución en dinero efectivo o aval.

El procedimiento de adopción de las medidas cautelares lo encontramos regulado en los artículos 730 y ss. LEC. Con respecto al supuesto que se nos ha planteado consideramos que lo más procedente sería solicitar las medidas junto a la presentación de la demanda principal. La solicitud deberá formularse con claridad y precisión, justificando la concurrencia de los presupuestos que hemos señalado con

anterioridad y acompañando dicha solicitud de los documentos que respalden nuestras pretensiones.

Las pruebas que podrían justificar la solicitud de la medida cautelarán irán dirigidas a acreditar la mala situación económico familiar en la que se encuentra Don Enrique. Para ello, presentaremos los correos donde reconoce dicha situación.

#### G) Posibilidades de éxito

Considero que el pleito del que venimos hablando es viable. Don Enrique ha actuado sin seguir las observancias preceptuadas en la ley y en los estatutos, por lo que tal y como ha quedado señalado, le será exigible responsabilidad en virtud de la LSC. Pienso que la sociedad “LA LUNA, S.L.” dispone de pruebas suficientes para acreditar que Don Enrique, con su actuación, ha infringido los deberes inherentes a su cargo.

### **3. JUNTA GENERAL CELEBRADA EL DÍA 14 DE MARZO DE 2019 Y ACUERDOS ADOPTADOS EN ELLA**

#### 3.1. Análisis de la junta general celebrada el día 14 de marzo de 2019

##### A) Requisitos formales

La junta general la encontramos regulada en los artículos 159 y ss. LSC, donde se señala que es una reunión de socios que habrá de ser debidamente convocada y cuya finalidad es deliberar y decidir por mayoría sobre determinados asuntos sociales de su competencia<sup>53</sup>. El hecho de que esta sea la finalidad de la junta convierte a este órgano en un elemento esencial para las sociedades de capital ya que es el encargado de tomar acuerdos sociales, imprescindibles para el buen funcionamiento de la sociedad. Por ello, podemos decir que la junta general es el órgano en el que se forma y expresa la voluntad de los socios enmarcándose así en la estructura de gobierno y gestión social como un órgano del todo necesario para el la continuidad social.

---

<sup>53</sup> BROSETA PONT, M y MARTÍNEZ SANZ, F, *Manual...*, cit., p. 450.

Como hemos señalado, la junta general es entendida como una «reunión de socios». A pesar de esta cuestión, la doctrina viene señalando que no será necesaria la asistencia de todos y cada uno de los socios, siendo totalmente válida y procedente la asistencia de uno solo de ellos si éste representase la mayoría necesaria de votos para la adopción del acuerdo social en cuestión<sup>54</sup>. Así mismo, hemos de decir que esta reunión de socios no tiene facultades de representación de la sociedad, sino de gestión, por lo que estamos ante un órgano colegiado de carácter interno y además, de carácter autónomo, lo que supone que sus decisiones no se verán afectadas por injerencias de otros de los órganos de la sociedad.

En definitiva, podemos señalar que la junta general es un órgano colegiado de carácter interno y no permanente, en el que se toman decisiones al margen de otros órganos de la sociedad y que resulta ser necesario para el funcionamiento social.

La junta celebrada el día 14 de marzo de 2019 objeto de análisis, es una junta general extraordinaria, en la cual se podrán tratar cualesquiera cuestiones relevantes para la gestión de la sociedad<sup>55</sup>. En el artículo 160 LSC nos encontramos con una enumeración de las competencias que recaen sobre la junta. Poniendo este precepto en conexión con la LSC en general, podemos señalar que la junta general tiene como una de sus finalidades principales la diferenciación de los dos órganos de las sociedades de capital. Por ello, tenemos que tener claro que el papel que desempeña Don Enrique, como administrador de la sociedad “EMV, S.L.” es del todo diferenciado del papel de gestión societaria que desempeña la junta general extraordinaria objeto de análisis. A

---

<sup>54</sup> *Memento Práctico...*, cit., núm. marginal 1094, pág. 168. «Exigir la asistencia de una pluralidad de socios para que la junta general pueda ser tenida por tal, supondría dejar el normal funcionamiento de la sociedad en manos del socio o socios minoritarios, que podrían llegar a paralizar la vida social adoptando una actitud meramente pasiva, negándose simplemente a asistir a las juntas generales (Barba de Vega)».

<sup>55</sup> En el artículo 163 LSC el legislador señala que en las sociedades de capital podremos encontrarnos con dos clases de juntas, cuestión que es desarrollada en los preceptos sucesivos. Por una parte, podremos estar ante una junta general ordinaria. Ésta habrá de ser convocada durante el primer semestre de cada ejercicio y con una finalidad determinada: aprobar la gestión social, las cuentas anuales del ejercicio anterior y, en su caso, resolver sobre su resultado. El hecho de que esta junta tenga una finalidad determinada no supone que en ella no puedan ser tratados otros de los temas que atañan a la gestión social. Estos podrán ser tratados siempre y cuando se hayan hecho constar de forma precedente en el orden del día. Por otra parte y tal como señala el artículo 165 LSC, nos podemos encontrar con la junta general extraordinaria. La ley aplica un criterio residual o subsidiario para determinar cual es la función de esta junta. Tal y como el precepto citado señala, la junta general extraordinaria es aquella que no pueda enmarcar en lo previsto para la junta general ordinaria.

pesar de ello y aunque el legislador no lo precise, hemos de entender que ambos órganos habrán de actuar de forma complementaria y conjunta para procurar una adecuada gestión y administración social. Como hemos venido señalando, en el supuesto que se nos ha planteado para nada nos hemos encontrado con una actuación complementaria de los órganos de la sociedad ya que Don Enrique ha actuado de forma totalmente autónoma y tomando las decisiones que más le convenían a él y no a la sociedad. En este mismo sentido, hemos de citar el artículo 161 LSC, donde el legislador da la posibilidad de que la junta general dé instrucciones de actuación al órgano de administración a pesar de que, como decimos, estaríamos ante órganos autónomos y de actuación independiente, pero en cierto sentido complementarios.

En relación con el supuesto que nos ha sido planteado, hemos de destacar lo dispuesto en el artículo 160.1.j) LSC. Una de las competencias de la junta es todo aquello que se prevea por ley o por disposición estatutaria que requerirá aprobación de la junta. En este sentido, los acuerdos sociales que han sido tomados en la junta del día 14 de marzo de 2019 son la fijación de retribución al administrador y la enajenación de un inmueble que constituye el 50% del patrimonio de la sociedad. Tal y como se señala en el supuesto que ha sido planteado, ambas cuestiones han de ser decididas mediante acuerdo de la junta. Este requisito se ha cumplimentado ya que han sido sometidas a deliberación en junta general extraordinaria.

Por lo que respecta a la convocatoria de la junta, deberemos remitirnos a los artículos 166 y ss. LSC para analizar si la junta celebrada cumple o no los requisitos exigidos legalmente. Hemos de señalar que la convocatoria es un requisito esencial para la celebración de la junta, consistiendo en el acto formal por el que se llama a los socios a participar<sup>56</sup>, todo ello con la finalidad última de procurar la adecuada y meditada decisión del socio y así evitar que éste se vea obligado a debatir y a decidir sobre asuntos inesperados o sobrevenidos<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> En este sentido podemos decir que la convocatoria de la junta tiene una serie de finalidades destacables. Por un lado, es el medio por el cual se comunica a los socios en un plazo y forma determinados, cuándo será celebrada la junta. En segundo lugar, se les avisa de qué es lo que va a ser tratado en dicha junta (el orden del día) y, muy relacionado con esta cuestión nos encontramos con el derecho de información de los socios. El orden del día puede plantear cuestiones sobre las que los socios no estén del todo informados por lo que éstos tienen el derecho de solicitar que se les esclarezcan tales asuntos.

<sup>57</sup> STS de 19 de abril de 2016, Roj.: STS: 255/2016, VLex.: *«Así, si en realidad la finalidad principal y esencial de la convocatoria es el aviso al socio de que se van a discutir cuestiones que afectan a sus intereses, la inexistencia del aviso podría suponer que aquél se vea obligado a debatir y votar sobre*

La convocatoria de la junta objeto de controversia se llevó a cabo el día 25 de febrero de 2019, respetando el plazo de 15 días establecido en el artículo 176 LSC para las sociedades de responsabilidad limitada. Además de ello, en el orden del día de dicha convocatoria se precisó que los asuntos que se iban a tratar en junta estarían referidos a la fijación de una retribución al administrador y a la venta de uno de los inmuebles de los que es propietaria “EMV, S.L.”, por lo cual se permitió a los socios conocer, con la suficiente antelación, las cuestiones que iban a ser objeto de debate y votación, procurando de tal forma un debate informado y una decisión meditada<sup>58</sup>.

Don Enrique, como administrador de la sociedad, es el competente para convocar la junta. Sobre éste recae el deber de convocar cuando lo considere necesario o conveniente<sup>59</sup> o cuando se les haya solicitado<sup>60</sup>. Ante la tensa situación en la que se encontraban los socios de “EMV, S.L.” Don Enrique decidió convocar la junta ya que lo consideró necesario, por lo que en este aspecto actuó de la forma adecuada<sup>61</sup>.

Además de lo anterior, la convocatoria de la junta deberá de reunir una serie de requisitos formales<sup>62</sup>. Si éstos no se viesen observados, tal cuestión podría desencadenar en la anulación o la nulidad de los acuerdos sociales tomados en ella si esto diese lugar a un daño a los derechos individuales de los socios. En el supuesto que se nos ha planteado Don Enrique comunica la celebración de la junta mediante correo electrónico

---

*asuntos sobrevenidos e inesperados, de los cuales podría no estar debidamente informado, o afectar a sus intereses. De esta forma, se otorga al socio un instrumento para evitar la celebración de la junta y quedar vinculado a hipotéticos acuerdos que se tomaran sin haber podido participar adecuadamente en los mismos, por carecer de las adecuadas garantías informativas».*

<sup>58</sup> En este sentido podemos decir que el orden del día es un elemento básico de la convocatoria y de la junta general ya que delimita las competencias de ésta y en él han de quedar claros los temas que serán tratados. El hecho de encontrarnos ante acuerdos tomados en la junta que no habían sido especificados en el orden del día puede dar lugar, en la mayoría de los casos (a no ser que lo que vaya a ser tratado en la junta sea la destitución del administrador, tal y como señala el art. 233 LSC), a la impugnación del acuerdo e incluso a su declaración de nulidad.

<sup>59</sup> Artículo 167 LSC.

<sup>60</sup> Artículo 168 LSC.

<sup>61</sup> Además, ante incumplimiento por parte de éstos de su deber de convocar, tendrán competencia para hacerlo el Secretario judicial o el Registrador Mercantil del domicilio social y además, el Comisario del Sindicato de Obligacionistas o los liquidadores, si además de la falta de convocatoria, existiese una demora en la amortización de las obligaciones o en el pago de los intereses.

<sup>62</sup> Tales requisitos formales consisten en que la convocatoria habrá de ser publicada mediante anuncio en la página web de la sociedad. Si la sociedad en cuestión no tiene todavía página web, la convocatoria deberá de publicarse en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia donde la sociedad tenga su domicilio. Así mismo, se podrá establecer en los estatutos cualquier medio que asegure la comunicación individual a todos y a cada uno de los socios.

y, en este sentido podemos destacar la RDGRN de fecha 28 de octubre de 2014 donde se señala que la comunicación de la convocatoria mediante correo electrónico<sup>63</sup> será válida, siempre y cuando se complemente con algún procedimiento que permita el acuse de recibo del envío<sup>64</sup>. Entre la convocatoria y la fecha fijada para la celebración de la junta deberá de existir un plazo de, al menos, quince días para las sociedades de responsabilidad limitada<sup>65</sup> y hemos de destacar que dicha convocatoria podrá ser completada<sup>66</sup>.

Como conclusión hemos de señalar que la junta general del 14 de noviembre ha sido debidamente convocada ya que cumple los requisitos formales previstos legal y estatutariamente.

#### B) Asistencia, representación y voto

A la junta general de las sociedades de responsabilidad limitada pueden asistir todos y cada uno de los socios, no pudiendo exigirse estatutariamente un número mínimo de asistencia para la celebración de la junta, tal y como señala el artículo 179.1 LSC. Este derecho de asistir a la junta, que a su vez engloba otros, es un derecho que recae únicamente sobre los socios legítimos. Como se ha analizado en el Apartado V.I de este Dictamen, la transmisión de participaciones sociales efectuada por Don Enrique a favor de su esposa no ha sido válida, por lo que Doña Ana Vela en ningún caso podrá ser considerada socia legítima del “MAR VIVIENDA, S.L.” y no podrá ejercer los derechos inherentes a la condición de socio, entre los que se incluye el derecho a asistir a la junta general.

---

<sup>63</sup> Siempre que sea en la dirección que hayan facilitado los socios.

<sup>64</sup> RDGRN de 28 de octubre de 2014, BOE Núm. 285, de 25 de noviembre de 2014, páginas 96398 a 96402 ( 4 págs.): «Sin embargo, el sistema estatutario de convocatoria de la junta que aquí se pretende establecer implicaría entender que el envío de un correo electrónico, por sí solo, supone su recepción por el destinatario, sin exigir prueba alguna de la efectiva recepción. Es indudable que el sistema propuesto, en la forma que está redactado, no debe aceptarse, sin perjuicio de que sea admisible una vez complementado con algún procedimiento que permita el acuse de recibo del envío (como, por ejemplo, serían la solicitud de confirmación de lectura, o determinados medios que permitan obtener prueba de la remisión y recepción de la comunicación mediante el uso de firma electrónica, etc.). Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación».

<sup>65</sup> Artículo 176 LSC.

<sup>66</sup> Artículo 172 LSC.

Un asunto importante a tratar en este apartado es la asistencia a la junta por medio de representantes ya que en el supuesto que se nos ha planteado Don Enrique, aparte de asistir como administrador, asiste como representante de su mujer, Doña Ana Vela. Las cuestiones relativas a la representación las encontramos en el artículo 183 LSC, cuya redacción actual es prácticamente idéntica a la de la LSRL<sup>67</sup>. Como consecuencia de lo ya expuesto, Don Enrique no tiene derecho a asistir a la junta general como representante de Doña Ana Vela (sí como administrador, ya que todavía lo es), porque quien no tenga derecho de asistencia, como es obvio, tampoco podrá ser representado<sup>68</sup>. A pesar de que Don Enrique no pueda asistir a la junta como representante de su esposa, tiene el deber de asistir como administrador en virtud de 180 LSC.

Otra de las cuestiones relevantes que se suscitan en este apartado es el derecho de voto. Solo los socios legítimos, poseen el derecho de debatir y decidir sobre los asuntos que se traten en la junta general. Este derecho se concreta en la declaración de voluntad de cada uno de los socios sobre las cuestiones del orden del día ya que, tal y como señala el artículo 188 LSC, cada participación concede a su titular el derecho a emitir un voto con respecto a los asuntos sociales, el cual podrá ser a favor o en contra del asunto concreto. Debemos resaltar que si un socio posee más de una participación social habrá de ejercer su derecho a voto en un mismo sentido. Rige a este respecto el principio mayoritario para la toma de acuerdos sociales. Esto es, si una junta válidamente constituida manifiesta su voluntad mediante el voto de la mayoría, se tomará el acuerdo social por el que se haya votado.

---

<sup>67</sup>ZUBIRI SALINAS, M., *El representante del socio en las sociedades de capital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 197 y ss. :«El criterio legal ha sido el ir otorgando mayor amplitud a la representación puesto que inicialmente el socio debía concurrir a la junta, como principio general, por medio de otro socio, salvo que hubiera autorización expresa en los estatutos. El actual art. 183 es prácticamente idéntico al texto recogido en la ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1995. En éste se permitió que pudiera ser representante no solo otro socio sino también «el cónyuge, ascendiente o descendiente, por otro socio o persona que ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que le representado tuviere en territorio nacional». La redacción de la LSC contiene algunas modificaciones de escasa importancia relativas al orden de presentación de las cuestiones y puramente semánticas».

<sup>68</sup> La LSC prevé que todo socio que tenga derecho de asistencia podrá ser representado por medio de otra persona, pudiendo los estatutos limitar esta facultad, pero no suprimirla. Esta cuestión la encontramos regulada en el artículo 183 LSC, donde se señala que los socios de la sociedad de responsabilidad limitada podrán ser representados por su cónyuge, ascendiente o descendiente, por otro socio o por persona que ostente poder general conferido en documento público.

Como ya ha quedado acreditado, Doña Ana Vela no es socia de la mercantil “EMV, S.L.”, es por ello por lo que no debería de haber asistido a la junta (aunque lo haya hecho por medio de representante) ni haber votado los acuerdos sociales. Esta cuestión será tratada de forma posterior en los siguientes apartados.

### 3.2. Causa general de nulidad de los acuerdos adoptados en esta junta general

Las cuestiones expuestas en el apartado V.I. del presente Dictamen condicionan la validez de la junta general celebrada el día 14 de marzo de 2019. El hecho de que Doña Ana Vela no sea una socia legítima y haya votado los acuerdos sociales puede suponer la nulidad de éstos.

En este sentido, hemos de citar el artículo 204.3 LSC, donde se enumeran aquellos supuestos en los que no procederá la impugnación de acuerdos sociales. Entre ellos, podemos destacar que en la letra c) de este precepto se señala que la participación de personas no legitimadas en la junta general no será un motivo de impugnación de los acuerdos sociales tomados en ésta. A pesar de ello, en el mismo precepto nos encontramos con una excepción a la regla de no impugnabilidad: que la participación del sujeto no legitimado hubiese sido determinante para la constitución del órgano. Este es precisamente el supuesto ante el que nos encontramos. Doña Ana Vela ha votado los acuerdos como socia mayoritaria, no estando verdaderamente legitimada para ello, por lo que los acuerdos tomados en la junta general celebrada el 14 de marzo son impugnables en virtud de la ilegitimidad de participación de Doña Ana Vela. El hecho de tomar como válida la participación de esta persona en la junta general supondría lesionar en todos los sentidos los intereses sociales.

### 3.3. Análisis de los acuerdos concretos que han sido adoptados

#### A) Introducción legislativa a la materia

Hemos de aclarar que esta cuestión va a ser tratada de forma independiente al apartado precedente. Es decir, sin tener en cuenta que Doña Ana Vela no es socia legítima de “EMV, S.L.”.

De forma introductoria a este apartado debemos comenzar tratando el marco legislativo que regula, o ha regulado esta materia. En primer lugar, la LSRL en su artículo 56 llevaba a cabo una simple remisión a la LSA. Esta última precisaba un régimen de impugnación muy escueto, señalado en su artículo 115 que podrían ser impugnados los acuerdos de la junta que fuesen contrarios a la Ley, se opusiesen a los estatutos o lesionasen el interés social. Además, se llevaba a cabo una distinción entre acuerdos nulos y anulables, siendo los primeros únicamente aquellos que fuesen contrarios a la Ley y el resto, anulables. Así mismo, se preveía que no sería procedente la impugnación de un acuerdo social cuando éste hubiese sido ya dejado sin efecto o sustituido por otro. Además, la LSA daba la posibilidad de que el Juez otorgase un plazo de subsanación en el caso de que la causa de impugnación fuese eliminable. En el mismo sentido el legislador preceptuó estas cuestiones en la LSC de 2010 en su artículo 2014, eliminando simplemente la última de las previsiones del artículo 115.3 LSA, referida al plazo de subsanación.

Regulación muy diferente es la que encontramos actualmente en la LSC tras la reforma de 2014, siendo ésta mucho más extensa y exhaustiva. Esta nueva regulación dejó sin efecto la tradicional distinción llevada a cabo por las leyes anteriores entre acuerdos nulos y acuerdos anulables. Así, la LSC unifica todos los casos de impugnación dando lugar a un régimen general, en el que la distinción no se basa en la nulidad o anulabilidad, sino en si el acuerdo es contrario al orden público o no<sup>69</sup>. Ambos tipos de acuerdos serán impugnables, pero según el acuerdo sea contrario al orden público o no variará la legitimación para interponer la acción de impugnación, así como los plazos. En el presente escrito solo trataremos el grupo de acuerdos impugnables que no resultan contrarios al orden público, ya que consideramos que es el supuesto en el que nos encontramos.

Con respecto a este grupo de acuerdos, el legislador en la LSC actual, aparte de declarar que serán impugnables los acuerdos contrarios a la Ley y los que se opongan a los estatutos, señala que también lo serán aquellos que se opongan al reglamento de la junta de la sociedad, siendo esta última previsión una novedad legislativa introducida en

---

<sup>69</sup> Exposición de motivos de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, BOE: «[...] se unifican todos los casos de impugnación bajo un régimen general de anulación para el que se prevé un plazo de caducidad de un año. La única excepción son los acuerdos contrarios al orden público, que se reputan imprescriptibles».

2014. Esta cuestión podríamos dividirla en dos bloques. Por una parte, los acuerdos contrarios a la Ley que, aunque el legislador no lo precise, se refiere a la ley imperativa y hay que aclarar que no solo serán impugnables los acuerdos contrarios a la LSC sino que esta precisión habrá de ser tomada en general, refiriéndose a toda ley que tenga carácter imperativo. También se declara la impugnabilidad de los acuerdos contrarios a los estatutos sociales y al reglamento de la junta (si lo hubiese), esta cuestión suele implicar también un incumplimiento de la ley<sup>70</sup>. Junto a lo expuesto, el artículo 204 LSC también señala que serán impugnables los acuerdos contrarios al interés social. Esta cuestión será tratada en los apartados referentes al análisis concreto de cada uno de los acuerdos ya que consideramos que es el supuesto ante el que nos encontramos.

#### B) Acuerdo social relativo a la fijación de remuneración al administrador

a) Cuestiones generales sobre la remuneración de los administradores y procedencia de la retribución fijada a Don Enrique Navarro

Para comenzar a tratar este apartado debemos de remitirnos al artículo 217 LSC, donde se señala que el cargo de administrador se desempeñará con carácter gratuito, siendo éste el principio general y pudiéndose fijar por los estatutos sociales una remuneración, otorgando, el propio precepto señalado, una serie de criterios para su fijación. En el supuesto que se nos ha planteado, los estatutos sociales no fijan ningún tipo de remuneración para Don Enrique, pero se deja la puerta abierta a una posible fijación<sup>71</sup>. En todo caso, se exigirá que la remuneración sea aprobada por la junta y que se adapte a las previsiones legales y estatutarias. En el sentido del precepto citado hemos de señalar que éste se refiere a los administradores «en su condición de tales», lo cual viene a resaltar que la condición de administrador ha de ser entendida desde una perspectiva extensa, englobando las facultades deliberativas, representativas y ejecutivas de este órgano<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., *Principios...*, cit., p. 516.

<sup>71</sup> Informe de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, publicado por Orden ECC/895/3013, de 21 de mayo: El hecho de que se determine un procedimiento para la fijación de una retribución para los administradores en los estatutos es un elemento esencial ya que podría decirse que éste será un medio para prevenir un eventual conflicto en la sociedad en cuestión.

<sup>72</sup> STS de fecha 26 de febrero de 2018, Roj.: 494/2018, Id.: 28079110012018100084, CENDOJ.

Para tratar el supuesto que se nos ha planteado debemos poner especial atención en el punto 4 del artículo 217 LSC, cuya finalidad es fijar los parámetros del estándar de diligencia de la decisión relativa a la determinación de la remuneración de los administradores dentro de la discrecionalidad empresarial<sup>73</sup>. En el precepto citado se declara la necesidad de que exista una proporcionalidad directa y razonable entre la sociedad y la remuneración del administrador. Estas previsiones legislativas pretenden evitar que la remuneración de los administradores se convierta en un mecanismo de abuso que esté a mano de los socios mayoritarios que desempeñen las funciones de gestión y de administración de la sociedad y que, por este medio, se produzca un desigual reparto de los beneficios sociales<sup>74</sup>. Con el fin de evitar esta situación, el legislador aporta tres criterios a tener en cuenta con el fin de fijar retribuciones proporcionales. Estos criterios han sido completados por la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país y son los siguientes:

1º. La importancia de la sociedad, la cual se podrá medir en función de su cifra de negocios, del número de trabajadores que tenga, el tamaño de la sociedad o su significación económica<sup>75</sup>. Enlazando esta cuestión con el supuesto, hemos de señalar que la importancia de la sociedad “EMV, S.L.” es muy limitada, estamos ante una sociedad pequeña, sin ningún trabajador contratado, con poca significación económica y cuya cifra de negocios es muy baja.

---

<sup>73</sup> LEÓN, F., «Artículo 207. Remuneración de los administradores», en *Comentarios de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) Sociedades no cotizadas*, Juste Mencía, J. (Coord.), Cizur Menor, Aranzadi, 2015, Fuente: Thomson Reuters ProView, Link:

[https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fcodigos%2F155255626%2Fv1.7&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e35000014e8622997ddc90df0c#sl=e&eid=10e3c2d1f66c2de7b2f0c5c67d665405&eat=a-idficha\\_155282966&pg=15&psl=&nvgS=false](https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fcodigos%2F155255626%2Fv1.7&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e35000014e8622997ddc90df0c#sl=e&eid=10e3c2d1f66c2de7b2f0c5c67d665405&eat=a-idficha_155282966&pg=15&psl=&nvgS=false).

<sup>74</sup> ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., «Algunos apuntes sobre la impugnación de los acuerdos sociales relativos a la retribución de los administradores por su carácter lesivo» en Bernés Cortés, J. (Coord.), *Estudios...*, cit., Fuente: Thomson Reuters ProView, Link: [https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F197475071%2Fv1.3&titleStage=F&titleAcct=i0adc41910000158000ef32772fb2afa#sl=e&eid=cb475d6e3c46890f4c35b2bce9066066&eat=a-I-2-BIB\\_2017\\_43507&pg=10&psl=&nvgS=false](https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F197475071%2Fv1.3&titleStage=F&titleAcct=i0adc41910000158000ef32772fb2afa#sl=e&eid=cb475d6e3c46890f4c35b2bce9066066&eat=a-I-2-BIB_2017_43507&pg=10&psl=&nvgS=false), Capítulo 6.I.II.

<sup>75</sup> TUSQUETS TRÍAS DE BES, F., «Artículo 217. Remuneración de los administradores», en *Tratado de Sociedades de Capital*, Ballester Azpitarte, L. (Coord.), Tomos I y II, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, Fuente: Thomson Reuters Proview, Link: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F189198743%2Fv1.4&titleStage=F&titleAcct=i0adc41910000158000ef32772fb2afa#sl=e&eid=e4fb9b4ce5392a0f6e897b63d40f228f&eat=a-A.217-1&pg=83&psl=&nvgS=false>, Título VI, Capítulo II.

2º. La situación económica que tenga la sociedad en cada momento. Para lo cual deberemos analizar si la retribución que se pretende acordar es adecuada a los activos económicos que posea la sociedad así como estudiar la rentabilidad social, las expectativas de crecimiento o las dificultades económicas que la sociedad pueda estar pasando o que se prevean<sup>76</sup>. Habremos de estar pues, ante un sistema orientado a promover la rentabilidad a largo plazo de la sociedad<sup>77</sup>. La situación económica de la sociedad “EMV, S.L.” también ha de considerarse que es de carácter limitado ya que los únicos activos económicos que ésta posee son los inmuebles destinados al disfrute de la familia Navarro y, además, no tiene ninguna expectativa de crecimiento. El hecho de fijar tal retribución a Don Enrique supondría limitar la rentabilidad a largo plazo de la sociedad, así como la asunción de riesgos por parte de la sociedad.

3º. Los estándares del mercado de empresas comparables.

Estos estándares habrán de ser analizados a cada supuesto concreto y su inobservancia de estos tres criterios acarreará una clara lesión del interés social. Estos elementos a tener en cuenta tienen como fin la fijación de una retribución proporcionada y razonable con la actividad de la sociedad, procurando así la estabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad, así como de evitar que se dé lugar a situaciones abusivas que puedan acarrear la asunción excesiva de riesgos.

Es numerosa la jurisprudencia de nuestro país sobre la materia, pero en este escrito vamos a tratar especialmente las consideraciones de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de febrero de 2018, que ha interpretado el régimen legal de retribución de los administradores en la LSC y así mismo, también tendremos en cuenta las STS de 25 de junio de 2012, 29 de marzo de 2007 y 5 de marzo de 2004. Estas sentencias básicamente vienen a señalar que la remuneración de los administradores habrá de ser fijada en atención a las circunstancias del caso concreto y que en todo caso, han de evitarse las llamadas remuneraciones tóxicas.

---

<sup>76</sup> LEÓN, F., «Artículo 207...», cit., Link: [https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fcodigos%2F155255626%2Fv1.7&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e35000014e8622997ddc90df0c#sl=e&eid=10e3c2d1f66c2de7b2f0c5c67d665405&eat=a-idficha\\_155282966&pg=15&psl=&nvgS=false](https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fcodigos%2F155255626%2Fv1.7&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e35000014e8622997ddc90df0c#sl=e&eid=10e3c2d1f66c2de7b2f0c5c67d665405&eat=a-idficha_155282966&pg=15&psl=&nvgS=false).

<sup>77</sup> Informe de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, publicado por Orden ECC/895/3013, de 21 de mayo.

Como viene señalando esta jurisprudencia, para analizar si nos encontramos o no ante una lesión del interés social de “EMV, S.L.” habremos de ponderar si verdaderamente concurre la necesidad de que Don Enrique sea retribuido, con el fin de buscar una justificación al acuerdo de la junta. En este sentido hemos de entender que los parámetros analizados de forma precedente no han sido observados en el supuesto planteado. La retribución acordada no ha sido fijada en atención a las circunstancias del caso concreto y resulta del todo desproporcionada para la entidad. Como se señala en el supuesto, esta sociedad tiene como únicos activos sociales dos inmuebles de su propiedad, los cuales tienen la única finalidad de ser usados y disfrutados por los socios de las sociedades que componen la mercantil “EMV, S.L.”. La única labor de administración que ha de realizarse de acuerdo con esta sociedad es la de gestión de los pagos de los impuestos y tasas correspondientes a dichos inmuebles. La liquidez de dicha sociedad es tremendamente baja o, en ocasiones, nula, ya que como decimos las únicas aportaciones monetarias que se hacen a la sociedad son destinadas al pago de las tasas, tributos e impuestos correspondientes. Además, los socios no reciben ningún tipo de beneficio económico, sino que se benefician disfrutando por turnos de los inmuebles. Junto a ello hemos de señalar que no ha habido en la sociedad ningún cambio relevante que provoque el aumento del volumen de gestión del administrador, por lo que tampoco esta cuestión podría justificar la retribución que ha sido fijada.

En este sentido, ponderando si en el supuesto que se nos ha planteado verdaderamente concurre la necesidad de que Don Enrique sea retribuido, teniendo en cuenta las exigencias de trabajo de éste, así como el tiempo que dedica a la administración hemos de señalar que consideramos que estamos ante una retribución tóxica y del todo improcedente.

Esto supone una activa búsqueda de justificación a la retribución del administrador en cada supuesto con el fin de evitar el cobro de cantidades desorbitadas que lesionen los intereses sociales o el beneficio de algunos de los accionistas mayoritarios que, casualmente, se encarguen de la administración de la sociedad. Habrá que tener siempre en cuenta que las remuneraciones tóxicas son contrarias a los intereses sociales y a los límites que impone el deber de lealtad que han de respetar los administradores. El acuerdo en cuestión da lugar a una situación del todo abusiva ya que la remuneración no guarda ningún tipo de relación, ni de proporción con la actividad

que Don Enrique venía desempeñando. Dicha remuneración supondría un riesgo para la sociedad y dañaría la sostenibilidad de ésta a largo plazo ya que los socios deberían de realizar más aportaciones de dinero para pagar al administrador, por lo que no sería nada rentable.

Del mismo modo, la fijación de retribución supondría un beneficio de quien, en el momento de toma del acuerdo, es socia mayoritaria. Esto es, Doña Ana Vela, ya que es la esposa del administrador.

Además de todo ello, no podemos obviar que uno de los hermanos de Don Enrique se ofreció a desempeñar el cargo de forma totalmente gratuita, cuestión que fue ignorada en junta general, anteponiendo los intereses de algunos de los socios a los de la propia sociedad.

En conclusión, podemos señalar que la remuneración fijada resulta totalmente contraria al interés de la sociedad “EMV S.L.” y no tiene ningún tipo de justificación fáctica, por lo que es del todo improcedente.

#### b) Impugnabilidad del acuerdo

Este acuerdo es impugnabile en base al artículo 204.1 LSC ya que resulta contrario a la Ley, a los estatutos y, especialmente al interés de la sociedad, dado que no responde de forma razonable a las necesidades de la sociedad y perjudica la rentabilidad y sostenibilidad de ésta a largo plazo.

Hemos de señalar que con la actual LSC se precisó el contenido de lo que ha de entenderse por lesión del interés social. En este sentido, el segundo párrafo del artículo 204.1 LSC plasma algunas de las cuestiones que ya se desprendían de la jurisprudencia de nuestro país, señalando que el interés social se verá lesionado cuando el acuerdo se imponga de forma abusiva por la mayoría aunque no cause daño en el patrimonio social. Partiendo de esta base hemos de decir que, tanto el legislador como la reiterada jurisprudencia en la materia consideran que habremos de encontrarnos ante una serie de características o de requisitos del acuerdo para que éste devenga impugnabile por

lesionar el interés social. A continuación vamos a proceder a analizar si estos requisitos concurren en el supuesto que se nos ha planteado.

En primer lugar, consideramos que el acuerdo relativo a la fijación de remuneración del administrador lesiona el interés social. Esta cuestión en la práctica suele ser difícil de determinar ya que existen diversas teorías en torno a lo que ha de entenderse por interés social<sup>78</sup>. Por ello, la doctrina y la jurisprudencia ha venido hablando de *intereses sociales*. En el supuesto que se nos ha planteado estamos ante una remuneración del todo desproporcionada en relación con las actividades que Don Enrique tiene encomendadas. Por este motivo, consideramos que existe una clara lesión del interés social ya que el acuerdo de dicha remuneración será perjudicial para el patrimonio social ya que la “EMV, S.L.” no dispone de un basto capital para hacer frente a la remuneración de Don Enrique. Es más, se propone vender uno de los inmuebles simplemente para sufragar los gastos de la remuneración del administrador, cosa que no parece coherente en una sociedad cuyo único patrimonio son dos inmuebles destinados al uso y disfrute de una familia. La lesión del interés social no será necesaria que se haya producido, sino que bastará con que sea susceptible de producirse. Es decir, bastará con que nos encontremos ante un potencial peligro de producción del daño.

Además de lo señalado, dicho daño o lesión siempre se producirá cuando estemos ante un “abuso de la mayoría”. Es decir, que el acuerdo en cuestión se ha impuesto por la mayoría de forma totalmente abusiva y sin responder a ninguna necesidad razonable de la sociedad. Evidentemente la fijación de retribución para Don Enrique no cumple con ningún tipo de necesidad de la sociedad, habiéndose ofrecido además uno de los socios a desempeñar el cargo de forma totalmente gratuita.

En segundo lugar, el acuerdo que venimos analizando cumple el segundo de los requisitos para determinar si nos encontramos o no ante un acuerdo impugnado por

---

<sup>78</sup> STS de 19 de febrero de 1991, Roj.: STS 13053/1991, Id.: 28079110011991101476, CENDOJ: «En torno a la idea o concepto del interés social existen dos teorías completamente opuestas: la institucionalista, que considera a la sociedad anónima como una "institución-corporación», en la que el interés social que allí se persigue es distinto del de sus socios, viniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, etc.); y la teoría contractualista, consagrada en nuestra legislación, según la cual el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común el reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social».

lesión el interés social. Esto es, la aprobación del acuerdo relativo a la retribución beneficia a Doña Ana Vela (aunque no sea socia legítima) ya que es la esposa del administrador al cual se le ha fijado la desorbitada retribución. En el supuesto que se ha planteado estamos ante un beneficio de carácter económico pero las cuestiones precedentes no han de ser entendidas solo en referencia al interés o beneficio económico, sino que dicho beneficio podrá traducirse en cuestiones de política social o profesionales<sup>79</sup>.

El tercero de los requisitos que se viene exigiendo es la necesidad de que exista una relación de causalidad entre la lesión del interés social y el beneficio del socio, socios o de terceros. Consideramos que existe una clara relación de causalidad entre la lesión al patrimonio social de “EMV, S.L.” y el beneficio de Doña Ana Vela y de Don Enrique.

Además de lo señalado, la jurisprudencia de nuestro país viene considerando que los acuerdos relativos a las remuneraciones tóxicas no solo son impugnables por ser acuerdos lesivos del interés social, sino también por ser contrarios a la ley. En este caso se vería infringido el artículo 204 LSC<sup>80</sup>.

Junto a todo ello, podemos señalar que el principal fundamento de la impugnación del acuerdo del que venimos hablando reside en que éste no tiene

---

<sup>79</sup> TUSQUETS TRÍAS DE BES, F., «Artículo 217...», cit., Link: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F189198743%2Fv1.4&titleStage=F&titleAcct=i0adc41910000158000ef32772fb2afa#sl=e&eid=e4fb9b4ce5392a0f6e897b63d40f228f&eat=a-A.217-1&pg=83&psl=&nvgS=false>, Título VI, Capítulo II.

<sup>80</sup> ROJO ÁVAREZ-MANZANEDA, R., «Algunos apuntes sobre...», cit., Link: [https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F197475071%2Fv1.3&titleStage=F&titleAcct=i0adc41910000158000ef32772fb2afa#sl=e&eid=cb475d6e3c46890f4c35b2bce9066066&eat=a-I-2-BIB\\_2017\\_43507&pg=10&psl=&nvgS=false](https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F197475071%2Fv1.3&titleStage=F&titleAcct=i0adc41910000158000ef32772fb2afa#sl=e&eid=cb475d6e3c46890f4c35b2bce9066066&eat=a-I-2-BIB_2017_43507&pg=10&psl=&nvgS=false), Capítulo 6.I.II : «[...] lo cierto es que, con la reforma de la LSC, se plantea la cuestión de si los acuerdos por los que se fija la remuneración de los administradores van a poder ser impugnables no solo con el fundamento de tratarse de acuerdos lesivos del interés social, sino por contrariedad a la Ley (art. 204 LSC). A este respecto, un sector de nuestra doctrina ya ha dado una respuesta negativa. Considera que, a pesar de tratarse de una norma imperativa la que establece que la retribución de los administradores ha de ser adecuada, se trata de un mandato que se impone a los administradores respecto a su competencia para determinar la retribución concreta, que tiene como objeto fijar los parámetros del estándar de diligencia (art. 225 LSC) de la decisión relativa a la retribución dentro de la discrecionalidad empresarial (art. 226 LSC) por lo que no debería de considerarse como ley a los efectos de fundamentar su impugnación, debiéndose basar ésta en la consideración de si son o no contrarios al interés social (vid., LEÓN SANZ F., *ob. cit.*, pp. 287 y 288). No obstante, y como ya hemos puesto de manifiesto, nuestra jurisprudencia, precisamente, viene a valorar la viabilidad de la impugnación de los acuerdos por los que se fija la retribución por lesión del interés social, en atención al principio de la adecuación de la misma».

justificación alguna en relación con las funciones y la responsabilidad que tiene Don Enrique ni con la actividad de la sociedad. Por este motivo, este acuerdo es impugnabile ya que merma la rentabilidad de “EMV, S.L.” y beneficia solo a una socia mayoritaria, produciendo así un desigual reparto de beneficios y atacando la rentabilidad a largo plazo de la sociedad.

Para finalizar este apartado hemos de señalar los efectos principales que tendría la estimación de la demanda de impugnación de este acuerdo social<sup>81</sup>. El principal de los efectos sería la declaración de nulidad del acuerdo, lo cual supondría privarlo de efectos desde el momento en el que se acordó. Por otra parte, la sentencia estimatoria tendría efectos de cosa juzgada material, lo que supondrá que afectará a todos y cada uno de los socios de “EMV, S.L.”, aunque no hayan participado en el litigio.

C) Acuerdo social relativo a la venta de uno de los inmuebles del patrimonio de la mercantil “EMV, S.L.”

En la junta general celebrada el 14 de marzo se acordó la enajenación del inmueble situado en San Carles de la Ràpita (Tarragona) con el fin de poder afrontar la remuneración del administrador en la misma junta general.

Hemos de señalar que el hecho de que este acuerdo resulte impugnabile está directamente relacionado con el acuerdo anterior. Como ya hemos señalado, este inmueble tiene como fin su uso y disfrute por parte de los hermanos Navarro, por lo que entendemos que su venta lesionaría en todos los sentidos los intereses sociales de “EMV, S.L.”.

Este acuerdo también cumple los requisitos de impugnabilidad señalados por la jurisprudencia y tratados en el análisis del acuerdo precedente.

---

<sup>81</sup> ROJO ÁVAREZ-MANZANEDA, R., «*Algunos apuntes sobre...*», cit., Link: [https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F197475071%2Fv1.3&titleStage=F&titleAcct=i0adc41910000158000ef32772fb2afa#sl=e&eid=cb475d6e3c46890f4c35b2bce9066066&eat=a-I-2-BIB\\_2017\\_43507&pg=10&psl=&nvgS=false](https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F197475071%2Fv1.3&titleStage=F&titleAcct=i0adc41910000158000ef32772fb2afa#sl=e&eid=cb475d6e3c46890f4c35b2bce9066066&eat=a-I-2-BIB_2017_43507&pg=10&psl=&nvgS=false), Capítulo 6.I.II.

En primer lugar, como decimos, la venta de esta inmueble supondría una lesión a los intereses de la sociedad. En virtud del artículo 204 LSC, dicho concepto indeterminado de lesión de interés social se verá concretado cuando el acuerdo se imponga de manera abusiva por parte de la mayoría y cuando no obedezca a necesidades razonables de la sociedad. En ningún sentido se puede entender que este acuerdo obedece a necesidades razonables de la sociedad sino que hemos de entender que estamos ante una flagrante quiebra de lo que ha de entenderse por interés social, aún más pretendiendo destinarse los beneficios que se vayan a obtener con la venta del inmueble para el pago de una retribución desorbitada al administrador.

Estamos pues ante un medio encubierto de obtener beneficio por aquel que posee la mayoría, Doña Ana Vela. Esto se debe a que con dicho acuerdo solo se benefician ella y su marido ya que éste último es el que va a recibir la desorbitada remuneración que pretende costearse con la venta del inmueble y, además, ambos han declarado en diversas ocasiones que su situación económico familiar es mala por lo que ha de entenderse que los dos acuerdos sociales objeto de análisis son los mejores medios que ha encontrado la pareja para solventar su situación, pero no por ello se pueden considerar lícitos.

### 3.4. Legitimación para impugnar

#### A) Legitimación activa

Para comenzar a tratar este apartado hemos de hacer una breve referencia a la evolución legislativa de la legitimación para impugnar acuerdos sociales. El legislador de 2014 rompió también en este punto con la tradicional distinción entre acuerdos nulos y anulables, distinguiendo su artículo 206 LSC entre acuerdos contrarios al orden público o no. Uno de los principales cambios con respecto a la LSC de 2010 es que actualmente se otorga la legitimación para impugnar a la minoría de socios y con la legislación anterior se otorgaba dicha legitimación a los socios de forma general. Otro de los principales cambios que observamos es que en la actual redacción de la LSC, al contrario que en 2010, el legislador no condiciona la legitimación para impugnar de los socios al hecho de haber votado en contra del acuerdo en la junta general, de tal forma que un socio que ha votado a favor del acuerdo en cuestión estará ahora legitimado para

impugnarlo. Además de ello, es destacable que la reforma de 2014 ha invertido el orden de sujetos legitimados para la impugnación<sup>82</sup>.

Vistas las previsiones legislativas, hemos de comenzar a analizar de forma concreta la legitimación activa para impugnar, que encontramos regulada en el artículo 206 LSC. Como ya hemos señalado, nos encontramos ante una regla general de impugnación de acuerdos sociales y una regla más específica, referida a la impugnación de acuerdos sociales que, por sus circunstancias, causa o contenido resulten contrarios al orden público, pero en este caso simplemente trataremos la regla general.

La LSC señala que estarán legitimados para su impugnación cualquiera de los administradores<sup>83</sup>, los terceros que acrediten un interés legítimo<sup>84</sup> y la minoría de los socios. Como podemos observar, se distingue entre diferentes grupos de sujetos que entran en relación con la sociedad.

Hemos de señalar que la legitimación de los administradores se extenderá a los liquidadores y a los administradores concursales y además, no solo estarán legitimados para la impugnación de acuerdos sociales tomados durante el desempeño de su cargo, sino también para aquellos acuerdos que hubiesen sido tomados de forma previa a dicho desempeño, siempre y cuando se respeten los plazos de impugnación. QUITAR ENTERO

Por lo que respecta a la legitimación de la minoría de los socios. En este sentido, la reforma de la LSC ha dado lugar a un derecho de impugnación de la minoría de los socios, ya que se otorga legitimación a éstos siempre que, de forma individual o

---

<sup>82</sup> SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «Artículo 206. Legitimación para impugnar», en *Tratado de Sociedades de Capital*, Ballester Azpitarte, L. (Coord.), Tomos I y II, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, Fuente: Thomson Reuters ProView, Link: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F189198743%2Fv1.4&titleStage=F&titleAcct=i0adc41910000158000ef32772fb2afa#sl=e&eid=62e425d12f149c7735091110539610c8&eat=a-A.206-1&pg=79&psl=&nvgS=false>, Título VI, Capítulo II: «El sesgo retrospectivo que podemos ver en esta enumeración es precisamente una ponderación y minorización de la importancia que el legislador ha querido realizar en la legitimación del socio».

<sup>83</sup>

<sup>84</sup> *Ibid.*

conjunta, representen el uno por ciento del capital social<sup>85</sup> y, ostenten la condición de socio de forma anterior al acuerdo. Estas previsiones legislativas tienen el fin de excluir la impugnación por parte de socios que representen una fracción muy reducida del capital social y así evitar conductas interesadas, oportunistas o abusivas que puedan resultar perjudiciales para la sociedad<sup>86</sup>. A pesar de ello, el legislador prevé la posibilidad de indemnizar a aquellos socios que, por no representar una fracción suficiente del capital social, no puedan impugnar los acuerdos sociales, lo cual tiene como fin el resarcimiento a estos socios y evitar su desprotección. Tal derecho de resarcimiento se dará cuando el socio en cuestión haya visto perjudicados sus intereses<sup>87</sup> y esta es precisamente la situación que se nos ha planteado en el supuesto.

## B) Legitimación pasiva

Vista la legitimación pasiva en la impugnación de acuerdos sociales hemos de decir que, tal y como señala la ley, la legitimación pasiva recaerá sobre la sociedad<sup>88</sup> y a este respecto han de señalarse dos precisiones:

La primera de ellas, concierne a la administración social. El legislador viene a señalar que si el actor fuese el administrador único de la sociedad y no se hubiese designado a nadie más a tal efecto, el Juez que conozca de la impugnación deberá de nombrar a otra persona para que represente a la sociedad en el proceso. Esta persona se nombrará de entre los socios que hubieren votado a favor del acuerdo.

La segunda de las precisiones que lleva a cabo el legislador está referida a los socios que hubiesen votado a favor del acuerdo. Estos tendrán derecho a defender dicho acuerdo, a su costa, en el proceso para mantener su validez.

---

<sup>85</sup> A este respecto hemos de llevar a cabo dos precisiones. Por una parte, la exigencia del porcentaje de capital mínimo podrá ser reducida de forma estatutaria, de acuerdo con las previsiones legalmente establecidas. Por otra parte, la fracción de capital social necesaria para impugnar acuerdos en el caso de tratarse de una sociedad cotizada será de uno por mil, tal y como se dispone en el artículo 495.2b) LSC.

<sup>86</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil* (Volumen I), 17ª Ed., Civitas, Cizur Menor, 2019, Fuente: Thomson Reuters ProView, Link: [https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F126715185%2Fv17.1&titleStage=F&titleAcct=i0adc419100000158000ef32772fb2afa#sl=0&eid=2ccac0b9dae27739af9106af7c35251b&eat=a-IV-10-BIB\\_2019\\_5984&pg=RB-22.13&psi=p&nvgS=false](https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F126715185%2Fv17.1&titleStage=F&titleAcct=i0adc419100000158000ef32772fb2afa#sl=0&eid=2ccac0b9dae27739af9106af7c35251b&eat=a-IV-10-BIB_2019_5984&pg=RB-22.13&psi=p&nvgS=false), Segunda parte, Lección 22, Apartado IV.

<sup>87</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones...*, cit., p. 523.

<sup>88</sup> STS de 15 de enero de 2014, Roj.: 136/2014, Id.: 28079110012014100018, CENDOJ.

### 3.5. Caducidad de la acción

La ley establece en el artículo 205 LSC unos plazos de caducidad y no de prescripción. En este precepto encontramos por una parte, una regla general, la cual supone que la acción de impugnación para los acuerdos sociales prescribirá en el plazo de un año<sup>89</sup>, mientras que la regla especial se refiere a aquellos acuerdos que, por sus circunstancias, causa o contenido, resulten contrarios al orden público. El plazo para la impugnación de este tipo de acuerdos no caduca ni prescribe.

Para saber interpretar las reglas de caducidad señaladas en el párrafo anterior deberemos acudir al apartado 2 del artículo 205 LSC, para determinar el cómputo y el *dies a quo* de los plazos citados. Este precepto habrá de ser estudiado en relación directa con el artículo 5 de nuestro Cc. En este sentido, el cómputo del plazo comenzará a contar desde el día de la adopción del acuerdo o, si el acuerdo hubiese sido inscrito en el Registro Mercantil, desde la fecha de oponibilidad de la inscripción. De dicho cómputo debemos de excluir el día inicial, es decir, los días de la adopción del acuerdo o de publicación de la inscripción. Además de ello, solo contarán los días naturales y no se excluirán los días inhábiles, por lo que el cómputo se hará de fecha a fecha. La caducidad podrá ser apreciada de oficio, sin que sea necesario lo aleguen las partes como excepción<sup>90</sup>.

### 3.6. Procedimiento de impugnación

#### A) Procedimiento

Tal y como señala el artículo 207 LSC, el procedimiento para la impugnación de acuerdos sociales se sustanciará, necesariamente, a través del juicio ordinario y habrán de seguirse las previsiones de la LEC. Este proceso se basará en los principios procesales de concentración de trámites y de oralidad.

---

<sup>89</sup> Este plazo se reducirá a tres meses para las sociedades cotizadas, tal y como dispone el artículo 495.2 LSC.

<sup>90</sup> TUSQUETS TRÍAS DE BES, F., «Artículo 217...», cit., Link: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F189198743%2Fv1.4&titleStage=F&titleAcct=i0adc41910000158000ef32772fb2afa#sl=e&eid=e4fb9b4ce5392a0f6e897b63d40f228f&eat=a-A.217-1&pg=83&ppl=&nvgS=false>, Título VI, Capítulo II.

La entidad “LA LUNA, S.L.” deberá de presentar demanda de impugnación ante los Juzgados de lo mercantil de Zaragoza, ya que este es el domicilio social de “EMV, S.L.” que consta en el Registro Mercantil. Es un foro que no podrá verse modificado por las partes<sup>91</sup>, todo ello en base a los artículos 51, 61 LEC<sup>92</sup> y 86.ter LOPJ. Debemos de añadir, que la competencia territorial no se modifica por traslado del domicilio social mientras dure el proceso. En la demanda solicitaremos la declaración de nulidad de los acuerdos y la inscripción de dicha nulidad en el Registro Mercantil.

#### B) Plazo

El plazo que tendremos para presentar la demanda de impugnación de acuerdos sociales será de un año desde la adopción del acuerdo. Es decir, hasta el día 14 de marzo de 2020, en virtud del artículo 205 LSC.

#### C) Pruebas podrían fundamentar las pretensiones

Hemos de señalar que la carga de la prueba de la impugnabilidad de los acuerdos recaerá sobre quien alegue tal situación, tal y como señala la STS de 17 de junio de 1991.

- Escritura de constitución de la sociedad “EMV, S.L.”.
- Estatutos de la sociedad “EMV, S.L.”.
- Acta de la Junta celebrada el día 14 de marzo de 2019.
- Cuentas anuales de la sociedad.
- Informe económico de la situación de la sociedad, evaluado por un perito experto en la materia.
- Memoria de las actividades que el administrador ha venido llevando a cabo en los cinco últimos años.

---

<sup>91</sup> *Memento Práctico...*, cit., núm. marginal 4860, p. 787.

<sup>92</sup> Artículo 61 LEC: «*Salvo disposición legal en otro sentido, el tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito, la tendrá también para resolver sobre sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que dictare, y para la ejecución de la sentencia o convenios y transacciones que aprobare*».

- Interrogatorio de Don Enrique, como administrador de la sociedad.
- Interrogatorio de Doña Ana Vela.
- Interrogatorio de Doña Laura y de Doña Beatriz, como socias de la sociedad “LA LUNA, S.L.”, que actúa en el proceso como parte actora.

#### F) Solicitud de medidas cautelares

Nos remitiremos en este apartado a lo ya dispuesto de forma precedente en el punto III.1.2.7.F) del presente texto, donde se hace alusión a la teoría general de las medidas cautelares.

En el caso que se nos ha planteado consideramos procedente solicitar la suspensión de este acuerdo social y la anotación preventiva de la demanda.

Por lo que respecta a la suspensión, la encontramos regulada en el artículo 727.10º LEC, y con esta medida se pretende asegurar la eventual efectividad de la sentencia estimatoria ante la impugnación. La legitimación activa para su solicitud recae sobre los demandantes que representen, al menos, un cinco por ciento del capital social, por lo que podría ser solicitada por la sociedad “EL SOL, S.L.”, que representa un 33,33% de la sociedad “EMV, S.L.”.

Con respecto a la solicitud de anotación preventiva de la demanda, deberemos remitirnos al artículo 727.6ª LEC y a los artículos 155 a 157 RRM. Con la solicitud de esta medida se pretende también asegurar la eficacia de una sentencia estimatoria y evitar la aparición posterior de terceros de buena fe a los que no les sea oponible dicha resolución.

La justificación principal de la solicitud de las medidas se debería centrar en que, tanto si se vende el inmueble como si se comienza a retribuir al administrador, se perjudicaría notablemente el patrimonio social así como el interés de los socios de “EMV, S.L.”. Los documentos que presentaríamos para apoyar nuestras pretensiones serían los siguientes:

- Escritura de constitución de la sociedad resaltando el objeto social de esta. Esto lo haríamos con el fin de que quede claro que la sociedad “EMV, S.L.” no tiene otro fin que el uso y disfrute por parte de los hermanos Navarro y de su madre, de los inmuebles objeto del pleito.
  
- Cuentas anuales de la sociedad “EMV, S.L.” con el fin de probar que ésta no tiene liquidez y que por lo tanto, si no se suspende el acuerdo, los socios deberán de comenzar a desembolsar cantidades de dinero solo para pagar al administrador.
  
- Memoria detallada de las actividades que el administrador ha venido realizando en los últimos años, con el fin de probar que no es necesario el acuerdo de una retribución cuantiosa para éste.

Como regla general, el Juez dará audiencia a la sociedad demandada y finalmente resolverá por auto en virtud de los artículos 735 y 736 LEC. Si el auto fuese denegatorio de las medidas podremos recurrir en apelación.

#### G) Posibilidades de éxito

Considero que los acuerdos sociales que se han venido analizando son del todo contrarios a Derecho. La ley y la jurisprudencia son claras en cuestiones de lesión del interés social por parte de acuerdos sociales por lo que considero que la sociedad “LA LUNA, S.L.” podría presentar demanda de impugnación de acuerdos sociales y vería satisfechas sus pretensiones.

#### **4. POSIBILIDAD DE ACUMULACIÓN DE ACCIONES**

Considero que, por economía procesal, la acción relativa a la impugnación de la transmisión de participaciones sociales y las acciones de impugnación de acuerdos sociales habrían de acumularse, seguirse en un mismo proceso y resolverse en una misma sentencia, en virtud de los artículo 71 y ss. LEC, ya que se cumplen los requisitos de acumulabilidad:

- El actor (“LA LUNA, S.L.”) y el demandado (“EMV, SL.”) son los mismos en ambos procedimientos.
- El Juez de lo Mercantil de Zaragoza es el competente para conocer de ambas cuestiones.
- Las acciones se deben, por razón de cuantía, ventilarse en juicios del mismo tipo.
- La Ley no prohíbe la acumulación.

## **5. POSIBILIDAD DE RESOLVER LOS CONFLICTOS MEDIANTE ARBITRAJE**

El artículo 11.bis de la Ley de Arbitraje da la posibilidad a las sociedades de capital de que sometan sus conflictos a arbitraje. De la redacción de este precepto se extrae que dicha posibilidad deberá estar prevista en los estatutos y si no lo estuviese, se podrá introducir una cláusula de sumisión a arbitraje con el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social y con la correspondiente modificación estatutaria.

## V. CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** La transmisión de participaciones sociales llevada a cabo por Don Enrique Navarro a favor de su esposa no ha de entenderse por una transmisión de carácter libre, sino que ésta habría de haber seguido las previsiones del artículo 107 LSC. Al no haberse llevado a cabo dicha transmisión mediante el procedimiento previsto legalmente, Doña Ana Vela no es una socia legítima de “EMV, S.L.”. Ante esta situación, la entidad de “LA LUNA, S.L.” podría presentar demanda ante los Juzgados de lo Mercantil de Zaragoza solicitando la ineficacia de la transmisión de participaciones sociales, en el plazo de cuatro años desde que la transmisión se hubiese llevado a cabo. Es decir, hasta el día 10 de febrero de 2013. Este procedimiento se seguiría por los trámites del juicio declarativo ordinario y la eventual sentencia estimatoria daría lugar a que la transmisión de participaciones no hubiese producido efecto alguno frente a la sociedad, tal y como señala el artículo 112 LSC.

**SEGUNDA.-** Don Enrique, como administrador de la sociedad “EMV, S.L.” ha infringido los deberes de diligencia y de lealtad. En especial, ha infringido el deber de evitar situaciones que puedan generar conflicto de intereses, del artículo 229 LSC. Don Enrique, con su actuación, ha antepuesto sus intereses personales a los intereses de la sociedad, actuando sin observar los parámetros de conducta de un ordenado empresario. Es por ello, por lo que consideramos que le será exigible responsabilidad en virtud del artículo 236 LSC.

Ante esta situación, consideramos que lo más adecuado sería que la sociedad “EMV, S.L.” entablase la acción social de responsabilidad contra el administrador. Para ello, la sociedad “LA LUNA, S.L.” podría solicitar la convocatoria de la junta general para que se delibere y vote sobre la procedencia de ejercitar esta acción por la sociedad. Esta cuestión no tendrá porqué constar en el orden del día y el acuerdo requerirá mayoría ordinaria.

En el caso de que la junta no sea convocada, “EMV, S.L.” no entable la acción de responsabilidad social dentro del plazo de un mes desde que éste fue acordado o, cuando este acuerdo hubiese sido contrario a la exigencia de responsabilidad. Además, la entidad “LA LUNA, S.L.” podrá ejercitar directamente la acción social de

responsabilidad, ya que en el supuesto en el que nos encontramos ha sido infringido el deber de lealtad, todo ello, según las previsiones de los artículos 237 y 238 LSC. Al poseer más del 5% del capital social podrá oponerse a la transacción o renuncia al ejercicio de la acción social y estará legitimada para entablarla, en defensa del interés social y a su costa, por haber actuado el administrador sin observar el deber de diligencia. Para iniciar el procedimiento se deberá interponer demanda contra Don Enrique ante los Juzgados de lo Mercantil de Zaragoza y en ella se podrá solicitar la devolución de las cantidades percibidas, así como la cantidad que resulte en concepto de intereses legales y una indemnización por los daños y perjuicios que la acción del administrador haya podido causar. El plazo para el ejercicio de estas acciones será de cuatro años desde el día en el que las acciones hubieran podido ejercitarse. Este procedimiento habrá de seguirse por los trámites del juicio declarativo ordinario ya que la cuantía de la demanda excede de 6.000 euros.

**TERCERA.-** A causa de lo señalado en la conclusión PRIMERA, Doña Ana Vela no es socia legítima de “EMV, S.L.” y esto supone la nulidad general de los acuerdos adoptados en la junta general del día 14 de marzo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 204.3.c) LSC, ya que la participación de Doña Ana Vela ha sido determinante para la constitución del órgano y para la adopción de los acuerdos sociales. Además de ello, los acuerdos sociales adoptados son también impugnables por su contenido.

El primero de ellos fija una retribución tóxica para el administrador de la sociedad “EMV, S.L.”, la cual no es proporcional a la actividad que éste realiza y no está, en ningún sentido, justificada. La remuneración acordada es del todo abusiva y merma las expectativas de sostenibilidad a largo plazo de la sociedad. Del mismo modo, la fijación de retribución supondría un beneficio de quien, en el momento de toma del acuerdo, es socia mayoritaria. Esto es, Doña Ana Vela, ya que es la esposa del administrador. Es por ello por lo que dicho acuerdo lesiona el interés social de “EMV, S.L.” y además, infringe lo dispuesto en el artículo 217.4 LSC.

El segundo de los acuerdos adoptados también es impugnable por lesionar los intereses de la sociedad. Este acuerdo no obedece a necesidades razonables de la

sociedad, sino que estamos ante una flagrante quiebra de lo que ha de entenderse por interés social, aún más pretendiendo destinarse los beneficios que se vayan a obtener con la venta del inmueble para el pago de una retribución desorbitada al administrador. Esto no es más que un medio encubierto de obtener beneficio por aquel que posee la mayoría, Doña Ana Vela.

Para la impugnación de los acuerdos deberá de presentarse demanda de impugnación de acuerdos sociales ante los Juzgados de lo Mercantil de Zaragoza en el plazo de un año desde la adopción del acuerdo en cuestión y el procedimiento habrá de seguirse por los trámites del juicio declarativo ordinario.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

ARPIO SANTACRUZ, J.: «El Ámbito del Poder de Representación del Empresario en Estudios sobre el futuro Código Mercantil», *Libro homenaje al profesor Rafael Illescas*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015.

BAENA BAENA, P. J.: «Legitimación activa para impugnar acuerdos sociales de los terceros que acrediten un interés legítimo y ejercicio abusivo del derecho por la sociedad al adoptar el acuerdo social. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2018», *RdS*, nº 53 (Mayo – Agosto 2018), ISSN 1134-7686.

BERNÉS CORTÉS, J. (Coord.): «Estudios sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital a la luz de sus recientes reformas legislativas y pronunciamientos judiciales», Colección Panoramas de Derecho 9, Primera Edición, Cizur Menor, Aranzadi, 2017.

BROSETA PONT, M y MARTÍNEZ SANZ, F, *Manual de Derecho Mercantil*, Tomo I, 25ª Edición, Tecnos, Madrid, 2018.

COHEN BENCHETRIT, A.: «Comentario a la STS, Sala Primera, de 26 de febrero de 2018, sobre retribución de administradores sociales: Determinación del ámbito subjetivo del principio de determinación estatutaria de la remuneración. Retribución del consejero con funciones ejecutivas», *RdS*, nº 53 (Mayo – Agosto 2018), SSN 1134-7686.

EMBID IRUJO, J.M.: *Las competencias de los órganos de las sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

GARANCHO CABANILLAS, L.: «Deber de lealtad del socio de una sociedad de capital», *RdS*, nº52 (Enero – Abril 2018), ISSN 1134-7686.

GARRETA SUCH, J. M.<sup>a</sup> : *La diligencia y responsabilidad de los administradores y la contabilidad*, Madrid, 2014.

GUERRERO TREVIJANO, C.: *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital*, Civitas, Madrid, 2015.

IRÁCULIS, N.: «La remuneración del consejero ejecutivo: una lectura integradora de los artículos 217 y 249 de la Ley de Sociedades de Capital», *RdM* nº 311, ISSN 0210-0797, pág. 7, 2019.

JUSTE MENCÍA, J. Y CAMPINS VARGAS, A.: «Interpretación del régimen legal de retribución de administradores. A propósito de la STS de 26 de febrero de 2018», *RdS* nº53 (Mayo – Agosto 2018), ISSN 1134-7686.

JUSTE MENCÍA, J. (Coord.): *Comentarios de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) Sociedades no cotizadas*, Primera Edición, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.

MEMENTO PRÁCTICO SOBRE SOCIEDADES MERCANTILES, Redacción de Francís Lefebvre – El Derecho, S.A., Madrid, 2015.

MUÑOZ PAREDES, A.: *Estudio práctico. La responsabilidad de los administradores societarios*, 1º Edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

NAVARRO FRÍAS, I.: «El deber de legalidad de los administradores sociales: Algunas reflexiones acerca de la infracción eficiente de la ley y la legal judgment rule», *RdM* nº 311, ISSN 0210-0797, pág. 5, 2019.

ORTÍZ DEL VALLE, M.<sup>a</sup>.C. (Coord.): *La administración de las sociedades de capital desde una perspectiva multidisciplinar*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019.

PRENDES CARRIL, P.: MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A., Y CABANAS TREJO, R.: *Tratado de Sociedades de Capital (TOMO I Y II)*, 1º Edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

RONCERO, A.: «Comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2008 sobre retribución de administradores: Grado de concreción del sistema retributivo de los administradores en los estatutos sociales de una sociedad anónima.», *RdS*, N.º 32, 2009, págs. 79-98.

SÁNCHEZ CALERO, F. Y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Volumen I, 37ª Ed., Cap. 24., Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2015.

SÁNCHEZ CALERO, F.: *Principios del Derecho Mercantil*, Tomo I, 24ª edición, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

ZUBIRI SALINAS, M.: *El representante del socio en las sociedades de capital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015