

Boletín de Sociedades

Sección elaborada por el Área Mercantil de GA_P



Sumario

Análisis.....	4
▶ Los pactos de no competencia en el derecho de sociedades.....	4
▶ Comentario a la SAP Barcelona (15ª) núm. 24/2018 de 19 de enero: acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad y legitimación activa del socio.....	12
Práctica Societaria	16
▶ Pactos parasociales	16
— La divergencia entre los estatutos y el acuerdo base de socios no implica <i>prima facie</i> la extinción de éste	16
▶ Junta general.....	17
— Ejercicio abusivo del derecho de información	17
— Junta general y activos esenciales.....	18
— La caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos sociales nulos no los convierte en inscribibles	20
▶ Administradores	22
— Irresponsabilidad del representante persona física de la persona jurídica administradora (antes de 2014)	22
— El conocimiento de que la sociedad está incurso en causa de disolución no impide demandar ex artículo 367 LSC: hace falta «control»	23
— Responsabilidad por no promover la disolución de la sociedad	24
— Requisitos para que el nombramiento de administrador surta efectos desde su aceptación ...	25
▶ Cuentas anuales	26
— Guía para la declaración del titular real de las sociedades mercantiles en la presentación de las cuentas anuales	26

▶ Ampliación/reducción de capital social	26
— No es necesario el consentimiento de todos los socios cuando la reducción de capital con devolución de aportaciones les afecta por igual a todos ellos (y la deuda de reembolso no puede ser satisfecha mediante compensación salvo consentimiento del socio acreedor)	26
— Aumento de capital por compensación de créditos: no es necesario aportar las escrituras de cesión, pero sí concretar la fecha (no sólo el año) en la que se contrajeron	28
▶ Separación y exclusión de socios	29
— Derecho de separación por falta de distribución de dividendos: es suficiente votar en contra del acuerdo que niegue, aunque sea implícitamente, el reparto de beneficios	29
▶ Disolución/liquidación	30
— Disolución de una sociedad cuyos únicos acreedores son los socios	30
▶ Modificaciones estructurales	31
— Sobre el traslado a España del domicilio social de una sociedad panameña	31
▶ Sociedades cotizadas	32
— Nueva Circular de la CNMV modificando los modelos de Informe Anual de Gobierno Corporativo y de Remuneraciones de los Consejeros	32
— Borrador de Reglamento de Ejecución estableciendo los requisitos mínimos en materia de identificación de accionistas, transmisión de información y ejercicio de derechos de accionistas	33
▶ Tendencias regulatorias	34
— Propuesta de Directiva sobre el uso de herramientas y procedimientos digitales en materia de Sociedades	34
— Propuesta de Directiva sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas	36

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, 2018. Todos los derechos reservados.

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

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Coordinadora: Estibaliz Aranburu Uribarri • Diseño y maquetación: José Á. Rodríguez y Ángela Brea

Análisis

Los pactos de no competencia en el derecho de sociedades

Ricardo Alonso Soto

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid

Consejero Académico de GA_P

1. Introducción

Los pactos de no competencia son unos acuerdos entre partes por los cuales una de ellas se compromete a no desarrollar una actividad competitiva con la otra. Estos pactos generan una obligación de tipo negativo que consiste en que la parte deudora debe abstenerse de hacer competencia a la contraparte acreedora.

Esta obligación de no competencia puede referirse tanto al período de tiempo en el que las partes llevan a cabo una determinada actividad (obligación contractual de no competencia) como al periodo de tiempo posterior al cese de la citada actividad (obligación post-contractual de no competencia); asimismo la obligación puede venir impuesta por una norma legal o derivar de un pacto de naturaleza contractual o estatutaria, en el caso de las sociedades mercantiles.

2. Pactos de no competencia y derecho de la competencia

2.1. Desde la óptica del derecho de la competencia, los pactos de no competencia son evidentemente anticompetitivos y, en principio, están prohibidos si impiden, restringen o falsean la competencia y producen efectos en todo o en parte del mercado español —artículo 1 de la Ley 15/2007, de defensa de la competencia (**LDC**)— o sobre los intercambios comerciales entre los Estados miembros de la Unión Europea —artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (**TFUE**)— y, en consecuencia, son nulos de pleno derecho y, por tanto, carecen de validez.

Recordemos a estos efectos, que tanto la norma comunitaria europea como la española prohíben, junto a los acuerdos entre operadores económicos, las decisiones colectivas, esto es las adoptadas por los órganos de las personas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, cuando generan un efecto anticompetitivo.

- 2.2. Esta prohibición no es absoluta. Dado que los acuerdos anticompetitivos son heterogéneos y persiguen finalidades muy diversas y a veces, pese a la restricción de competencia que comportan, resultan eficientes por producir un impacto positivo sobre la economía o el bienestar de los consumidores, tanto en el derecho comunitario europeo como en el derecho español se ha establecido un sistema que flexibiliza la norma prohibitiva de los artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC y la declara inaplicable a los acuerdos entre operadores económicos que contribuyen a mejorar la producción de bienes o servicios o a fomentar el progreso técnico o económico, siempre que las restricciones sean razonables, benefician a los consumidores o usuarios y no eliminan totalmente la competencia en el mercado (arts. 101.3 TFUE y 1.3 LDC).

Por otra parte, en el derecho español, se establece también una exención de la prohibición para aquellas conductas colusorias que resulten de la aplicación de una ley (art. 4.1 LDC). Se trata de una exención legal que cubre solamente las conductas anticompetitivas que tienen un efectivo amparo en una ley formal, de modo que quedarán al margen de la misma aquellas conductas restrictivas de la competencia que deriven del ejercicio de potestades administrativas o sean causadas por actuaciones de los poderes públicos que no tengan amparo expreso en una ley (art. 4.2 LDC).

- 2.3. En el ámbito del derecho de sociedades los pactos de no competencia pueden darse tanto en lo que podríamos denominar la esfera interna de la propia sociedad, esto es, en las relaciones entre la sociedad y sus socios o entre la sociedad y sus administradores y directivos, como en la esfera externa de las relaciones de la sociedad con terceros, especialmente personas o sociedades competidoras.

En esta nota analizaremos solamente los pactos de no competencia que afectan a los socios o a los administradores y directivos de una sociedad.

3. Los pactos de no competencia entre la sociedad y sus administradores o directivos

Como anteriormente se ha indicado, este tipo de pactos pueden darse mientras subsiste la relación societaria o contractual entre la sociedad y sus administradores o directivos (pactos contractuales de no competencia) o una vez finalizada dicha relación (pactos post-contractuales de no competencia).

- 3.1. *Pactos contractuales de no competencia.* El establecimiento de un pacto expreso de no competencia de tipo contractual no resulta necesario, en principio, en las sociedades

mercantiles con respecto a sus administradores porque el deber de lealtad, consistente en defender el interés social por encima de los intereses personales, les impide desarrollar una actividad competitiva con la sociedad.

Esta regla resulta de aplicación generalizada a las sociedades personalistas, porque, aunque el Código de Comercio (**CCo**) no contiene ninguna norma que expresamente lo establezca, sin embargo, el reconocimiento generalizado por la doctrina y la jurisprudencia de la existencia de dicho deber de lealtad, de un lado, y la interpretación sistemática y teleológica de los preceptos del CCo que regulan las sociedades colectivas y comanditarias, de otro, llevan a esa misma conclusión.

En efecto, nuestro CCo establece, por una parte, que en las sociedades colectivas *todos los socios tendrán la facultad de concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes y los socios presentes se pondrán de acuerdo para todo contrato u obligación que interese a la sociedad* (art. 129) y algo similar sucede en las sociedades comanditarias cuando se prescribe que *los socios comanditarios no podrán hacer acto alguno de administración de los intereses de la compañía* (art. 148), esto es, intervenir en la gestión que queda reservada a los socios colectivos, lo que puede interpretarse como que los socios colectivos son los administradores de este tipo de sociedades; y, por otra, que, *en las sociedades colectivas que no tengan género de comercio determinado, no podrán sus individuos hacer operaciones por cuenta propia, sin que proceda consentimiento de la sociedad* (art. 136), pero, *si la compañía hubiere determinado en su contrato de constitución el género de comercio en el que haya de ocuparse, los socios podrán hacer lícitamente por su cuenta toda operación mercantil que les acomode, con tal que no pertenezca a la especie de negocios a la que se dedique la compañía de que fueren socios, a no existir pacto especial en contrario* (art. 137). La lectura e interpretación de estos artículos del CCo, permiten concluir que los administradores de las sociedades personalistas están sujetos a una obligación legal de no competencia con respecto a las sociedades que gestionan, que, sin embargo, admite dispensa mediante autorización de la propia sociedad o pacto especial en contrario.

Las sanciones previstas para el caso en que se vulnere esta obligación de no competencia serán: la exclusión del socio administrador (art. 218.5 CCo), la aportación a la sociedad de las ganancias obtenidas en estas operaciones y la imputación de las pérdidas, si las hubiere, al administrador (art. 136.2 CCo) y la indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 144 CCo).

En las sociedades de capital, nos encontramos, en cambio, con una situación diferente porque la obligación contractual de no competencia de los administradores con la sociedad se establece expresamente en la norma reguladora. El Texto refundido de la Ley de sociedades de capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010 (**LSC**), establece con carácter general, en el contexto del deber de los administradores de evitar situaciones

de conflicto de interés, una prohibición de competencia en los siguientes términos: *desarrollar actividades por cuenta propia o ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad* (art. 229 f.) y, en el contexto del régimen del carácter imperativo de la norma y la posibilidad de dispensa, en primer lugar, que el deber de lealtad es imperativo y no son válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo (art. 230.1) y, en segundo lugar, que *la obligación de no competencia con la sociedad solo podrá ser objeto de dispensa en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa. La dispensa se concederá mediante acuerdo expreso y separado de la junta general* (art. 230.3). En este caso, se trata de una obligación que, por su carácter accesorio e instrumental, puede ser objeto de dispensa, pero siempre caso por caso y nunca con carácter general. Los efectos de la transgresión de esta prohibición serán, de un lado la responsabilidad del administrador por los daños y perjuicios causados a la sociedad y a los socios (art. 236) y, de otro, el cese del administrador por la junta general, a instancia de cualquier socio, cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante (art. 230).

En las sociedades cooperativas existe un régimen jurídico similar con respecto a la obligación de los administradores de no hacer competencia a la sociedad, aunque se formula legalmente de manera diferente puesto que se enmarca en las normas sobre incompatibilidades y prohibiciones para ser administrador. La Ley 17/1999, de cooperativas establece que *no podrán ser consejeros* [son los miembros del consejo rector, que es el órgano de administración de las sociedades cooperativas] *quienes desempeñen o ejerzan por cuenta propia o ajena actividades competitivas o complementarias a las de la cooperativa salvo que medie autorización expresa de la asamblea* (art. 41.1.b).

La misma regla se aplica también a los directivos de la sociedad porque la obligación de no competencia existe de pleno derecho o deriva de su propio estatuto laboral (Real Decreto 1382/1985, que regula su relación laboral de carácter especial).

En conclusión, los pactos contractuales de no competencia no son, en principio, necesarios, por existir una obligación legal que prohíbe a los administradores y directivos hacer competencia a la sociedad en la que desarrollan sus funciones. No obstante, si se establecieran, consideramos que quedarían amparados por la exención legal del artículo 4 LDC por el hecho de incorporar o desarrollar una restricción de competencia que viene impuesta por una disposición legal.

- 3.2. *Pactos post-contractuales de no competencia.* A diferencia de lo expuesto en el apartado anterior, no existe una norma legal de carácter general que ampare los pactos post-contractuales de no competencia establecidos entre la sociedad y sus administradores y directivos, de modo que hay que plantearse la cuestión de su licitud desde el punto de vista del derecho de la competencia.

En efecto, cesado el administrador se extingue también la prohibición de hacer competencia a la sociedad que deriva de su posición orgánica en el seno de la sociedad, porque ya no hay conflicto de intereses y el principio constitucional de la libertad de empresa ampara la realización de actividades económicas por cualquier persona siempre que se respeten las normas de competencia, tanto en su faceta *antitrust* como desde la óptica de la competencia desleal (sirvan de ejemplo las conductas de mantenimiento de una exclusividad o reserva de actividad por parte de la sociedad, de divulgación o utilización de secretos empresariales, de captación de empleados o clientela de la sociedad, de obstaculización de su actividad, de aprovechamiento de oportunidades de negocio o de la reputación ajena, así como cualquier comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe).

Existen, sin embargo, supuestos puntuales en los que dichos pactos post-contractuales están legalmente regulados. Tal es el caso de las sociedades anónimas cotizadas en las que, en materia de remuneraciones de consejeros por funciones ejecutivas, se contemplan *indemnizaciones por terminación de la relación contractual y pactos de exclusividad, no concurrencia post-contractual y permanencia o fidelización* (art. 529 octodecies LSC), los cuales se presumen lícitos siempre que cumplan los requisitos exigidos para su validez; estos pactos normalmente figurarán en el contrato que se celebre entre la sociedad y el consejero delegado o los consejeros con funciones ejecutivas. Y lo mismo sucede con la regulación laboral especial de los directivos empresariales, que expresamente se refiere a la posibilidad de establecerlos, a su alcance y contenido y a su carácter retribuido (Real Decreto 1382/1985). Estos supuestos, al igual que sucedía con los pactos de naturaleza contractual desarrollados en el apartado anterior, quedarían amparados por la exención legal establecida en el artículo 4 LDC, siempre que cumplieran los requisitos para su validez que más adelante veremos.

Fuera de estos casos, los pactos post-contractuales de no competencia constituyen, sin lugar a dudas, auténticos acuerdos anticompetitivos puesto que reúnen todos los elementos del tipo de las prácticas colusorias, prohibidas por los artículos 101 TFUE y 1 LDC: se trata de un intercambio o coordinación de voluntades, llevado a cabo por personas u operadores económicos, para restringir la competencia en el mercado.

Ahora bien, hay que señalar a este respecto, que, como anteriormente se ha indicado, tanto en el derecho comunitario europeo como el derecho español no se establece una prohibición absoluta de los acuerdos que restringen, falsean o eliminan la competencia, sino una prohibición flexible que permite someter los acuerdos a un balance concurrencial, que dará como resultado la no aplicación de la prohibición a aquellos acuerdos anticompetitivos que reúnan los siguientes requisitos: a) generen ventajas de tipo económico (eficiencias); b) benefician a los consumidores; c) no eliminen totalmente la competencia; y d) incorporen únicamente restricciones de competencia que estén justificadas y sean proporcionales con los objetivos a alcanzar por el pacto (arts. 101. 3 TFUE y 1.3 LDC).

A la vista de lo expuesto, es posible concluir con carácter general que los pactos post-contractuales de no competencia entre la sociedad y sus administradores y directivos, son eficientes tanto desde un punto de vista económico como jurídico. En efecto, teniendo en cuenta la posición que los administradores y directivos ocupan en el seno de la sociedad y la información que manejan sobre la operativa y las estrategias empresariales y siendo conscientes de que el conocimiento de dichos factores (*know how* específico) pertenece a la sociedad, así como también de que dichos factores son esenciales para la sociedad por razones empresariales, comerciales y competitivas, hay que concluir que su preservación es esencial para que exista competencia efectiva en el mercado, de modo que es preciso articular un sistema que no permita que sea utilizado por los administradores y directivos una vez que han dejado de desempeñar sus funciones en la sociedad, ni llegue a conocimiento o pueda ser utilizado por los competidores. Desde este punto de vista, si la finalidad del pacto contractual o post-contractual de no competencia es garantizar que el traslado de ese conocimiento a un competidor puede perjudicar a la sociedad que anteriormente administraban o dirigían, el tratamiento jurídico que se debe otorgar a los pactos de no competencia debe ser idéntico al que se otorga en los casos de existencia de relaciones laborales (contratos de trabajo) o mercantiles (venta de empresas, contratos de suministro, distribución, transferencia de tecnología etc.) por las mismas razones y con el mismo fundamento.

En conclusión, los pactos post-contractuales de no competencia entre la sociedad y sus administradores y directivos, una vez producido el cese de sus funciones y liberados de sus obligaciones societarias o laborales, no deben considerarse prohibidos sino exentos de la prohibición de las prácticas colusorias, siempre que cumplan los requisitos que amparan la citada exención (arts. 101.3 TFUE y 1.3 LDC) y los exigidos para su validez que serán objeto de estudio en el apartado 5 de esta nota.

4. Pactos de no competencia entre la sociedad y sus socios.

En el ámbito del derecho de sociedades se pueden establecer también pactos que prohíben la competencia entre la sociedad y sus socios. El fundamento de esta prohibición no se encuentra tanto en el deber de lealtad, que no se aplica con carácter general a los socios, salvo en algunos casos específicos y excepcionales (tales como los supuestos del socio de las sociedades profesionales, el socio industrial o el socio de control), sino en el interés de la sociedad de preservar sus secretos industriales o comerciales y sus estrategias empresariales y evitar que sean conocidos o utilizados por los socios que desarrollan o pueden desarrollar una actividad similar a la de la sociedad.

Al igual que sucedía en el supuesto anterior de los pactos de competencia entre la sociedad y sus administradores o directivos, estos pactos pueden ser de tipo contractual o estatutario (por ejemplo, el socio industrial se obliga a no competir con la sociedad) o de tipo post-contractual (por ejemplo, el vendedor de las acciones o participaciones se obliga a no iniciar una

actividad que compita con la de la sociedad). Asimismo, desde el punto de vista del derecho de la competencia, la obligación de no competencia entre la sociedad y los socios puede venir impuesta por una norma legal, como sucede en el caso de las sociedades personalistas, cooperativas y profesionales, o por un pacto de naturaleza contractual o estatutaria. En el primero de los supuestos, se aplicará la exención legal con respecto a la prohibición de las prácticas colusorias, mientras que, en el resto de los casos, serán considerados, en principio, restrictivos de la competencia y, por tanto, sometidos a las prescripciones de los artículos 101 TFUE y 1 LDC (STJCE. de 17.11.1987, As BAT/REYNOLDS).

Como se acaba de indicar, el CCo prohíbe que los socios de las sociedades personalistas lleven a cabo, por su cuenta, actividades mercantiles, si dicha conducta no ha sido consentida por la sociedad (art. 136), pero, si la sociedad ha determinado claramente en la escritura de constitución su objeto social, los socios podrán desarrollar todo tipo de actividades siempre que no pertenezcan o compitan con las propias del objeto social, de no existir pacto especial en contrario (art. 137). La sanción prevista para el caso en que se vulnere esta obligación de no competencia será la imputación de las ganancias obtenidas a la sociedad y las pérdidas al socio (art. 136.2) y la indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 144). Asimismo la Ley 17/1999, de cooperativas establece que el socio no puede competir con la sociedad, salvo autorización expresa del Consejo rector (art. 15.f). Y una regla similar se contiene en la Ley 2/2007 para los socios de las sociedades profesionales, aunque por la vía de la incompatibilidad derivada de la normativa deontológica de la profesión (art.9). En estas dos últimas leyes, el incumplimiento de la prohibición de no competencia se sanciona con la exclusión del socio.

En el resto de los casos, tanto si se trata de pactos de no competencia contractuales, como los establecidos en los estatutos sociales o en los pactos parasociales, como de pactos post-contractuales de no competencia, habrá que analizar si se cumplen los requisitos legales que se establecen en los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC, para que no se les aplique la prohibición de las prácticas colusorias, a los que nos hemos referido anteriormente, por la vía de la exención individual, así como los requisitos generales de validez que se contemplan en el apartado siguiente.

El pacto post-contractual de no competencia entre la sociedad y sus socios suele darse particularmente cuando se trata de socios de control, socios industriales o financieros o socios que han desarrollado una importante labor empresarial en el seno de la sociedad y abandonan la misma o transmiten sus acciones o participaciones. Se trata de situaciones que generan la misma problemática y han de recibir el mismo tratamiento que el enunciado anteriormente al analizar los pactos de no competencia entre la sociedad y sus administradores y directivos con posterioridad al cese de sus funciones.

5. Requisitos generales para la validez de los pactos de no competencia

Los pactos de no competencia presentan las siguientes características de tipo general: a) tener un carácter personal e individual, es decir se establecen con un determinado socio, administrador o directivo y no se extienden ni aplican a la generalidad de los mismos; b) referirse a una actividad idéntica, análoga o complementaria de la que constituye el objeto social o la actividad llevada a cabo normalmente por la sociedad; c) comprender el ejercicio de una actividad competitiva con la de la sociedad desarrollada por el socio, administrador o directivo tanto por cuenta propia como por cuenta ajena o persona interpuesta; d) tener un alcance limitado en virtud del principio constitucional de libertad de empresa en el marco de una economía de mercado (art. 38 de la Constitución).

Desde la óptica del derecho de la competencia, estos pactos se considerarán anticompetitivos e ilegales si son generales e ilimitados, pero serán considerados válidos si cumplen los siguientes requisitos: a) carácter indispensable del pacto y existencia de un interés legítimo en el beneficiario; b) dimensión estricta ajustada a su función o inexistencia de una incidencia excesiva sobre la libertad económica individual del deudor; y c) importancia de sus efectos sobre el mercado.

Con respecto al primer requisito, hay que señalar que se exige la necesidad del pacto, no la mera utilidad; la tutela del interés social o la protección de los secretos empresariales o del valor de la clientela cumplirían este requisito. Con respecto al segundo requisito, se exige que no se impida o elimine completamente la posibilidad de ejercer una actividad económica por parte del socio, administrador o directivo (prohibición absoluta). Por lo demás, el pacto de no competencia debe tener limitado el objeto (actividad desarrollada efectivamente por la sociedad), el territorio (espacio geográfico en el que la sociedad lleva a cabo su actividad) y la duración (tiempo razonable durante el cual la actividad del socio, administrador o directivo puede incidir negativamente en la actividad económica de la sociedad). Por último, en cuanto al tercero de los requisitos, la restricción de competencia ha de ser importante o sensible porque, en otro caso, se aplicará la regla de *minimis* contenida en el artículo 5 LDC, de modo que el pacto de no competencia quedará excluido de la prohibición de las prácticas colusorias.

Finalmente hay que señalar que el desarrollo por el socio, el administrador o el directivo, de una actividad competitiva con la de la sociedad puede ser considerado como un acto de competencia desleal, si constituye un comportamiento llevado a cabo en el mercado que además resulta objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, lo que sucederá siempre que no se compita por eficiencia o por méritos.

Comentario a la SAP Barcelona (15ª) núm. 24/2018 de 19 de enero: acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad y legitimación activa del socio

Alberto Díaz Moreno

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla

Consejero académico de GA_P

Aplicando el texto de la LSC vigente con anterioridad a la reforma operada por la Ley 31/2014, la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Barcelona (Sección 15ª) núm. 24/2018 de 19 de enero [JUR 2018/38134] se ha pronunciado sobre la discutida cuestión (todavía hoy no cerrada de manera definitiva) de la legitimación activa de los socios para ejercitar las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad (art. 232 LSC).

1. Antecedentes

Un accionista minoritario, con una participación de más del 21 por 100, demandó judicialmente a la compañía de la que era socio (Finca Do Conde, S.A. —FDC, en adelante —) y a su consejero delegado (Construcciones José Castro, S.A. —CJC, en lo sucesivo—). Entre las acciones ejercitadas acumuladamente figuraban la acción declarativa del incumplimiento por CJC de sus deberes de lealtad y la acción de prohibición de intervención de CJC en ciertas deliberaciones y votaciones del consejo de FDC —por considerar que existía un conflicto de intereses entre el referido consejero y la sociedad administrada—. Además, se impugnaron un conjunto de acuerdos de una determinada junta general de FDC por entender existente un conflicto de intereses entre el socio mayoritario (Castro Galicia, S.A. —en adelante, CG —) y la compañía.

En estas líneas nos centraremos en las acciones directamente relacionadas con el deber de lealtad de los administradores, sin entrar en las impugnatorias. Por razones temporales, el

asunto había de ser resuelto de acuerdo con la redacción de la LSC anterior a la reforma de 2014. No obstante, y según veremos más adelante, la cuestión mantiene interés en la actualidad.

El juzgado de lo mercantil desestimó las acciones relativas al incumplimiento de los deberes del administrador demandado (aunque estimó en parte la demanda al declarar la nulidad de uno de los acuerdos adoptados en junta general). El actor y los demandados formularon recursos de apelación que fueron resueltos por la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª) mediante la citada sentencia de 19 de enero de 2018. Por lo que ahora interesa debe señalarse que la Audiencia Provincial desestimó el recurso del demandante y estimó el planteado por los demandados.

2. Acciones declarativas de incumplimiento de los deberes fiduciarios del administrador

La Audiencia Provincial se enfrentó a esta cuestión recordando —como ya se ha anticipado— que habían de aplicarse los artículos 225, 226 y 229 LSC en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014.

Partiendo de esta base normativa (pero con un razonamiento compatible —en los términos que más adelante se precisan— con la normativa vigente) la Audiencia Provincial desestimó la acción de prohibición y la declarativa de incumplimiento de los deberes de lealtad.

La sentencia reseñada recordó que los administradores de las sociedades de capital deben desempeñar su cargo en interés de la sociedad con la diligencia de un ordenado empresario y con la lealtad de un fiel representante. Pero añadió que tales deberes de diligencia y de lealtad del administrador son deberes asumidos frente a la sociedad. Por ello, el incumplimiento de dichos deberes (de los cuales constituye manifestación concreta el de evitar situaciones de conflicto) legitima a la sociedad (pero no directamente a los socios o a los acreedores) para exigir responsabilidad al administrador (acción social de responsabilidad). Y, cuando el incumplimiento lo sea específicamente del deber de lealtad, para entablar la acción de enriquecimiento injusto (como en la actualidad establece expresamente el art. 227.2 LSC).

Además, la Audiencia explica que la infracción del deber de lealtad legitima a la sociedad para el ejercicio de las acciones de cesación y remoción, en tanto que son acciones de cumplimiento e incumplimiento de los deberes que pesan sobre los administradores en virtud del contrato de administración que les vincula con la sociedad y cuyo reconocimiento legal expreso contiene el vigente artículo 232 LSC.

En suma: la pretensión de que se condene al consejero demandado a no intervenir en las futuras deliberaciones y votaciones relativas a ciertos asuntos solo puede ser entendida como una acción de cumplimiento de los deberes de lealtad que pesan sobre los administradores de

las sociedades de capital (y, en concreto, como una acción de cumplimiento del deber que se impone a los administradores incursos en una situación de conflicto de intereses de abstenerse de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a la que venga referido el conflicto). Pero estos deberes se originan y se desarrollan en el marco de la relación contractual existente entre la sociedad administrada y sus administradores (recuérdese a este propósito la SAP Madrid (Sección 28ª) núm. 110/2017 de 3 de marzo [AC 2017\1339]. Por tanto, y dado que el socio demandante es extraño al contrato de administración que vincula a la sociedad con el administrador demandado, carece aquél de legitimación para reclamar de éste el cumplimiento de dicho contrato y, en particular, de los deberes fiduciarios nacidos del mismo. En otras palabras: a falta de norma especial que disponga otra cosa, la tutela judicial solicitada (condena al cumplimiento del deber de lealtad, de naturaleza contractual) sólo puede ser requerida por quien ocupa el polo activo de la relación obligacional, esto es, por la sociedad administrada.

En consecuencia la Audiencia consideró que el socio carecía de legitimación para formular las pretensiones deducidas en su demanda en lo que se refería al incumplimiento por el administrador de sus deberes de lealtad.

3. Valoración: un apunte desde el régimen vigente

La decisión de la Audiencia Provincial de Barcelona en cuanto a la (falta de) legitimación del socio para ejercitar las acciones de remoción o cesación (o meramente declarativa del incumplimiento del deber de lealtad) parece ajustada a un pensamiento ortodoxo (problema diferente es el de la legitimación para ejercitar las acciones de impugnación o de anulación, que se regirá por las reglas generales).

En efecto, en principio la legitimación se reconoce a los titulares de la relación jurídica controvertida (en nuestro caso a la sociedad) y sólo se consideran legitimados otros sujetos en la medida en que la Ley lo dispone así expresamente (art. 10 Ley Enjuiciamiento Civil). Y debe recordarse que, por razones temporales, no resultaba aplicable al caso —por lo que la Audiencia no lo tuvo en cuenta en su razonamiento— el segundo párrafo del vigente artículo 239.1 LSC (que, de manera expresa y precisa, faculta ahora a la minoría para ejercitar directamente la acción social de responsabilidad por infracción del deber de lealtad).

Es cierto, con todo, que esta solución no termina de resultar satisfactoria desde el punto de vista de los intereses que subyacen al ejercicio de las acciones de cesación o remoción (o de la de enriquecimiento injusto: art. 227.2 LSC) y de su propia eficacia práctica; en efecto, nótese que muy frecuentemente los administradores desleales son administradores «de mayoría» y en muchos casos no será razonable esperar que las correspondientes acciones se promuevan por la compañía.¹

¹ Sobre este riesgo alertó ya muy tempranamente MASSAGUER, “Artículo 232”, en Juste (coor.), *Comentario de la*

De ahí que quepa plantearse si la reforma de 2014 puede proporcionar elementos de juicio que lleven a otra conclusión. Por supuesto es difícil saber si la decisión de la Audiencia Provincial hubiera sido otra de haber sido aplicables las versiones vigentes de los artículos 232 LSC y 239.1 LSC. Ahora bien, por un lado ha de considerarse que, en rigor, la actual redacción del artículo 232 LSC no altera en exceso la situación con respecto a la existente con anterioridad puesto que se limita a reconocer la compatibilidad de ciertas acciones (anulación, impugnación, cesación y remoción), cuyo ejercicio habría seguramente que admitir aun en ausencia de tal precepto, con la social de responsabilidad (lo que parece hacer expreso un mandato que probablemente había que considerar implícito). Más relevante podría ser, en esta perspectiva, la regla —antes citada— recogida en el segundo apartado del artículo 239.1 LSC. La vigencia de esta norma podría ser entendida como un argumento en contra de la legitimación de la minoría para ejercitar las restantes acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad (porque sistemática y literalmente se refiere única y exclusivamente a la acción social de responsabilidad). Pero el precepto referido también podría ser visto como un punto de apoyo para sostener la posibilidad del ejercicio directo (por el socio minoritario en los términos del art. 239.1 LSC) de las acciones de remoción, de cesación o de enriquecimiento injusto. Y ello por considerar que estas acciones han de compartir régimen con la genuina acción de responsabilidad por daños ya que —cabría argumentar— a fin de cuentas todas ellas son acciones dirigidas a hacer efectivo el vínculo obligacional del administrador (tanto la acción de responsabilidad como las otras son propiamente «acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad», como reza el art. 232 LSC).

reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014), Civitas, 2015, págs. 435, 438.

Práctica Societaria

Pactos parasociales

La divergencia entre los estatutos y el acuerdo base de socios no implica *prima facie* la extinción de éste

La SAP Barcelona (Sección 15ª) núm.101/2018 de 15 de febrero [JUR 2018\84346] trata dos cuestiones de interés: (1) si los acuerdos de socios que dan lugar a la constitución de una sociedad se extinguen por novación con el otorgamiento de la escritura; y (2) si es posible impugnar los acuerdos de la junta general de la sociedad resultante del acuerdo alegando la infracción del acuerdo «base» y cómo.

1. El acuerdo de socios no se sustituye *prima facie* por los estatutos

El acuerdo que sirvió de base a la posterior constitución de la sociedad fue suscrito entre una persona física y una sociedad belga y establecía que ésta «*ostentará la mayoría de los derechos de voto (51%) de la sociedad*». Sin embargo, en los estatutos de la sociedad resultante del acuerdo, unidos a la escritura de constitución, sólo se reconoció a su favor un derecho de voto plural en los acuerdos de nombramiento y separación de administradores.

La disputa consistía en determinar si la incorporación a los estatutos de algo distinto de lo pactado en el acuerdo de socios implica la novación extintiva de éste. La Audiencia Provincial considera que no, porque: (1) la escritura no fue otorgada por los dos socios (sino sólo por uno en su propio nombre y en nombre del otro socio) y (2) el acuerdo se declaró vigente por una sentencia dictada por un tribunal belga que condenó al socio persona física a, en cumplimiento del acuerdo, modificar los estatutos de la sociedad resultante en el sentido de introducir todos los pactos que se contenían en el acuerdo base y abstenerse de actuar en contra del mismo, bajo sanciones pecuniarias.

2. Los acuerdos de la junta general contrarios a lo pactado por todos los socios son ilegales

En cuanto a la segunda cuestión, la Audiencia Provincial considera que «*el pacto relativo a los derechos de voto expresa la voluntad de los dos socios sobre las mayorías para la adopción de los acuerdos dentro de la sociedad demandada*». Y, por consiguiente, «*los socios de la sociedad demandada, mismas partes del acuerdo de socios, deben respetar esa voluntad o interés social en el ejercicio de su derecho de voto*». En conclusión: «*la adopción del acuerdo de disolución con el voto favorable del socio mayoritario contraviniendo el acuerdo de socios constituye un ejercicio abusivo de su derecho de voto que puede ser considerado, en sí mismo,*

una vulneración del deber de lealtad frente al socio minoritario y una lesión del interés social en beneficio del socio que lo incumple y en perjuicio del socio que impugna el acuerdo. El beneficio de unos y el perjuicio de otros está en la propia naturaleza de las cosas in re ipsa» (cita la SAP Barcelona (Sección 15ª) núm. 76/2016 de 31 de marzo [JUR 2016\130508]).

El razonamiento de la Audiencia es interesante. Reconoce la existencia de deberes de lealtad entre socios y sitúa la causa de impugnación en la obtención de un beneficio personal a costa del otro socio consistente en imponer su voluntad en contra de las reglas fijadas en el acuerdo de socios (art. 204.1 párrafo 2º LSC).

En nuestra opinión, es cierto que los acuerdos suscritos por todos los socios definen el interés social y que, por lo tanto, los acuerdos de la junta general contrarios al pacto vulneran también el interés social y son impugnables por ese motivo. Sin embargo, no creemos que el acuerdo en este caso fuera un acuerdo definitorio del interés social, sino un mero acuerdo de organización y relativo a las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos en la sociedad. La actuación de forma contraria a lo pactado es abuso de derecho. Como reconoce la sentencia al final: los acuerdos son nulos «por ser contrarios al artículo 7 del Código Civil» (es decir, impugnables por infracción de Ley e impugnables ex art. 204.1 párrafo 1º LSC).

Junta general

Ejercicio abusivo del derecho de información

De la SAP Barcelona (Sección 15ª) núm. 176/2018 de 20 de marzo [AC 2018\534] se extraen algunas conclusiones de interés sobre la naturaleza del derecho de información y sobre cuándo se puede considerar que se ha ejercido de forma abusiva (es una sociedad limitada «familiar» con un conflicto interno).

1. Envío de un burofax para solicitar la puesta a disposición de las cuentas del ejercicio [2014] (art. 272.2 LSC)

Los hechos: (a) el socio solicita (por burofax) el acceso a las cuentas siete días después de recibir la convocatoria; (b) la sociedad tarda cinco días en recoger el burofax del servicio de correos (el día antes de la junta); (c) el socio no comparece e impugna los acuerdos por vulneración del derecho de información como derecho instrumental al ejercicio del derecho de voto.

Lectura del Tribunal: (1) aunque existen «indicios de abuso de derecho del socio» por el medio de comunicación empleado (podría haber enviado un simple mail), se anulan los acuerdos porque (2) «la remisión de un burofax no puede considerarse un procedimiento extraño y el órgano de administración tenía un especial deber de diligencia en recogerlo oportunamente».

2. Formulación de treinta preguntas durante la celebración de la junta general para aprobar las cuentas del ejercicio [2015] (art. 196 LSC)

El enfoque en este caso es distinto. La sentencia razona en torno a la faceta instrumental / material del derecho de información:

- a) Como derecho instrumental, considera que el socio actuó de forma abusiva al formular treinta preguntas, muchas de ellas «tan específicas» que no se podían responder durante la junta (requerían consultar documentos). Además, pudo haber ejercido su derecho a examinar la documentación de la sociedad antes de la junta con base en el artículo 272.3 LSC.
- b) Como derecho material, considera que la sociedad cumplió con su deber de informar facilitando la información después de la propia junta (aunque descarta expresamente la aplicación analógica del art. 197.4 LSC que directamente reconoce la posibilidad en la sociedad anónima de facilitar la información después): lo trascendente no es si fue o no tardía, sino que la sociedad pusiera a disposición del socio la información requerida. No obstante, advierte: aunque no se hubiera facilitado la información, no se justificaría en ningún caso la nulidad de los acuerdos adoptados en la junta.

Junta general y activos esenciales

La mera alegación de un socio sobre el carácter esencial de un activo no impide la inscripción de la escritura de compraventa.

1. Los hechos

Se presenta en el Registro de la Propiedad escritura pública de compraventa de un inmueble que contiene la siguiente mención: «los representantes de las entidades vendedora y compradora hacen constar a los efectos de lo dispuesto en el artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital, que el inmueble transmitido-adquirido, no tiene carácter de activo esencial».

Uno de los accionistas de la sociedad vendedora, titular del 50% del capital social, presenta instancia, firmada ante el titular del Registro, en la que afirma que el inmueble vendido es «el único activo que tiene la sociedad y supera el 25% de los activos que figuran en el último balance». El Registrador, a la vista del título y del asiento de presentación relativo a esta instancia, acuerda la suspensión de las operaciones registrales solicitadas.

2. La doctrina de la Dirección General

Mediante resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 31 de mayo de 2018 (BOE núm. 145, de 15 de junio) el Centro Directivo recuerda que: a) el artículo 160 f) LSC no ha derogado el artículo 234.2 LSC, por lo que la sociedad queda obligada frente a los terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave; b) no existe obligación de certificar ni manifestar expresamente por el administrador que el activo objeto del negocio jurídico no es esencial, si bien con dicha manifestación / certificación se mejora la posición de la contraparte en cuanto a su deber de diligencia y valoración de la culpa grave y c) no obstante, la omisión de esta manifestación expresa no es por sí defecto que impida la inscripción. El registrador podrá calificar el carácter esencial del activo cuando resulte así de forma manifiesta (v.gr. activo afecto al objeto social notoriamente imprescindible para el desarrollo del mismo) o cuando resulte de los elementos de que dispone al calificar (v.gr. del propio título o de los asientos resulta la contravención de la norma).

3. Aplicación al caso

A la vista de las manifestaciones vertidas por los administradores de ambas sociedades sobre la falta de carácter esencial del activo, el registrador no puede exigir la intervención de la junta general. Además, conforme a los artículos 3 Ley Hipotecaria y 420.1 Reglamento Hipotecario, no se pueden extender asientos de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral. En consecuencia, la instancia presentada por el accionista (a quien se considera un «tercero») no debió dar lugar a la extensión de ningún asiento de presentación ni sus alegaciones pueden ser tenidas en cuenta para cumplir con el control de legalidad.

En conclusión: si se quiere paralizar una inscripción de este tipo habrá que solicitar una medida cautelar judicial.

En materia de activos esenciales recuérdense las resoluciones de la DGRN de 22 de noviembre de 2017(BOE núm. 303, de 14 de diciembre): la hipoteca constituida para financiar la compra de un activo esencial no requiere autorización de la junta general y de 29 de noviembre de 2017 (BOE núm. 308, de 20 de diciembre): no requiere autorización de la junta la venta de activos esenciales de la sociedad en liquidación (ambas reseñadas en el número 8 de este Boletín de Sociedades).

La caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos sociales nulos no los convierte en inscribibles

Presentados a inscripción acuerdos de disolución y liquidación de una sociedad de responsabilidad limitada, el registrador la denegó por no haberse respetado el quórum estatutario y por haberse celebrado la junta en ciudad distinta a aquella en la que la compañía tiene su domicilio social.

El notario autorizante interpuso recurso alegando que había transcurrido ya el plazo de un año sin que se hubieran impugnado los acuerdos sociales, por lo que estos habrían devenido inimpugnables convirtiéndose en actos válidos susceptibles de desplegar todos sus efectos y, por tanto, inscribibles en el Registro Mercantil.

Mediante resolución de 30 de mayo de 2018 (BOE núm. 145, de 15 de junio) la DGRN desestimó el recurso y confirmó la nota de calificación del registrador. Los argumentos del Centro Directivo se ubican en dos planos distintos. De una parte y desde el punto de vista de la técnica registral, se razona en torno a la imposibilidad de que el registrador pueda determinar si, efectivamente, la acción de impugnación de un concreto acuerdo se encuentra o no caducada. De otro lado, y ya en el terreno de los principios sustantivos, se afirma que la no impugnabilidad de un acuerdo no lo convalida, de tal manera que pase por ello a ser inscribible.

1. En cuanto a lo primero, la DGRN recuerda que la apreciación de la existencia de caducidad de la acción para la impugnación de los actos societarios no es, en absoluto, automática, al depender su apreciación de un conjunto de factores que derivan de la situación de hecho, de la posición relativa del actor y de la valoración de la conducta de las partes (y cuya concurrencia sólo pueden determinar los tribunales). A este respecto la resolución reseñada recuerda que la fijación del *dies a quo* es una cuestión que ha de ser valorada por el juzgador (teniendo en cuenta que, a la vista de la jurisprudencia anterior y de la nueva redacción del art. 205.2 LSC, se trata de un asunto que puede suscitar dudas). En suma, no cabe pretender que en el estrecho ámbito del expediente registral, caracterizado por la exclusiva aportación de la documentación pública que le sirve de sustento, pueda el registrador apreciar y valorar una serie de circunstancias extracartulares de las que depende la efectiva caducidad de la acción y que, por su naturaleza, están reservadas al conocimiento de los tribunales.

A ello hay que añadir la posibilidad de que el supuesto sea de aquellos en los que la Ley considera que no cabe caducidad de la acción por ser el acuerdo contrario al orden público. Y es que, como observa el Centro Directivo, el concepto de orden público es indeterminado y sólo a los tribunales corresponde decidir si, en el caso concreto, se ha producido su violación. Por ello, determinar si una junta celebrada en un domicilio distinto al legalmente previsto y con la asistencia de un porcentaje de capital inferior al preciso para la adopción de acuerdos supone una infracción del orden público no está al alcance de la sociedad (la mera afirmación

del administrador de la compañía de que no se ha interpuesto acción de impugnación en un año no permite tenerla por caducada). Ni, por supuesto, del registrador. Todo lo cual supone que no es posible afirmar, con ocasión del trámite de calificación registral, que los acuerdos adoptados no puedan ser objeto de impugnación (y, en su caso, de declaración de nulidad por los tribunales).

Menos adecuadas resultan en el contexto de esta discusión otras consideraciones formuladas por la DGRN. En concreto aquellas en las que se señala que no sólo la determinación del *dies a quo* es una cuestión de hecho que ha de ser valorada por el juzgador, sino que la concurrencia de otras circunstancias como la lesión del interés social, la existencia de abuso de derecho, o la eventual legitimación de un tercero, escapan por completo de la competencia del registrador al tratarse de circunstancias que no pueden resultar de la documentación aportada por implicar un juicio de valor sobre una situación de hecho ajena al contenido del procedimiento registral. Incluso se apunta, más adelante, que la mera afirmación de que no se ha ejercitado la acción de impugnación ni excluye que pueda ejercitarse ni la existencia de circunstancias que lo permitan por causas ajenas a las meramente formales o procedimentales de constitución y desarrollo de la junta.

La cuestión estriba, a nuestro juicio, en que la discusión (en sede registral) se ha de plantear en torno a la caducidad de la acción para impugnar el acuerdo por los defectos apreciados por el registrador (en este caso defectos relativos a la correcta celebración de la junta general), no por cualquier otro que pudiera existir. Esto es: no basta con aducir la posibilidad de que concurran otros motivos de impugnación (ajenos al ámbito de apreciación del registrador) para concluir que no cabe la inscripción porque no puede afirmarse que la acción para hacerlos valer ha caducado (de la misma manera que el registrador no puede denegar la inscripción por razones de ese tipo —por ejemplo, por considerar que el acuerdo se ha adoptado con abuso de derecho —). El argumento así enunciado no es convincente porque, como se ha apuntado, debería circunscribirse a los defectos puestos de relieve por el registrador para denegar la inscripción (cuestión diferente es que se considere preferible plantear el problema en otros términos). Por el contrario, a estos efectos sí pueden construirse argumentos, como hemos visto que hace la DGRN, alrededor de la dificultad para determinar el *dies a quo* del plazo de caducidad (y, por tanto, para saber si la acción ha caducado) y de la imposibilidad de definir si el acuerdo se opone o no al orden público.

Finalmente, y en relación con lo dicho, cabe recordar que el registrador mercantil debe calificar todos los extremos concernientes a la celebración de la junta que afecten a su validez. Entre otros, los relativos a los requisitos de la convocatoria, a la persona legitimada para convocar, al cómputo del plazo para su celebración, al lugar de celebración, al quórum de asistencia, a la representación de los asistentes, a la validez de los acuerdos y la aprobación del acta.

2. En lo que concierne al segundo nivel de argumentación, la DGRN aclaró que la eventual caducidad de la acción no convierte en válidos los acuerdos tachados de nulidad (simplemente los hace inatacables en vía de impugnación). La determinación de si concurre o no tacha de nulidad no depende del transcurso del tiempo, sino de la debida acomodación a los presupuestos legales y estatutarios. No puede confundirse, por tanto, la limitación temporal derivada del principio de seguridad jurídica en materia mercantil o las exigencias derivadas de la eficiencia empresarial con las consecuencias derivadas de nulidad.

De esta forma, no cabe sostener que el transcurso del tiempo transforma lo nulo en válido, ni que lo nulo queda integrado en la realidad jurídica como si la tacha no existiese. Ni siquiera cuando el acto accede al Registro Mercantil ocurre así. Con independencia de las consecuencias que puedan derivarse de la inimpugnabilidad, lo cierto es que el acto nulo continúa siéndolo, lo que impide su acceso al contenido del Registro.

Administradores

Irresponsabilidad del representante persona física de la persona jurídica administradora (antes de 2014)

La sentencia del Tribunal Supremo (TS) (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 104/2018 de 1 de marzo [RJ 2018\788] analiza esta cuestión.

La demandante solicita la declaración de responsabilidad solidaria por deudas (ex art. 262 LSA) y por daños (art. 133 y ss. LSA) de dos personas jurídicas administradores y de sus representantes personas físicas. Desde 2014 tal responsabilidad aparece expresamente prevista por la Ley: de los incumplimientos imputables a la persona jurídica administradora responde directamente el representante persona física (art. 236.5 LSC), pero el caso es anterior a la reforma. Entonces la jurisprudencia venía afirmando que para declarar la responsabilidad del representante persona física de una persona jurídica administradora era necesario acreditar que las decisiones relativas a la gestión de esta sociedad no se adoptaban en el seno de la organización propia de la persona jurídica administradora, sino que el representante persona física asumía dichas decisiones de forma directa, autónoma, habitual y continuada, convirtiéndose así en administrador de hecho de la sociedad administrada y, por tanto, responsable.

La Audiencia Provincial consideró que la demanda se debía desestimar porque: *«no hay prueba de que en realidad aquellos codemandados fueran los que habitualmente adoptaban las decisiones en la sociedad deudora, tomaban las directrices en la dirección de la sociedad deudora*

y llevaban, en definitiva, la efectiva administración (...) más allá del ámbito de representación, como personas físicas, de las administradoras de derecho de la sociedad deudora. El hecho de que se ostente, como persona física, la representación de una administradora, persona jurídica, no implica que aquélla sea la prueba de que el representante se exceda del poder otorgado y que adopte decisiones al margen del ámbito de representación que tiene conferido, de lo que no hay la prueba precisa en las presentes actuaciones».

El Tribunal Supremo lo remata: *«por definición, las personas físicas representantes de personas jurídicas administradoras de unas sociedades no pueden ser calificadas de administradores de hecho, pues precisamente desarrollan las funciones de su cargo con arreglo a una representación expresamente prevista en la ley».*

El caso tiene interés porque se discute aún si el vigente artículo 236.5 LSC es aplicable a la responsabilidad por deudas del artículo 367 LSC y a la calificación - responsabilidad concursal (art. 172 bis LSC), de modo que, según el criterio sentado por esta Sentencia, en ese tipo de litigios sería necesario acreditar todavía la condición de administrador de hecho del representante persona física.

Con todo, es evidente lo incorrecto de toda esta doctrina jurisprudencial: los representantes personas físicas de las personas jurídicas administradoras son imprescindibles (art. 212 bis LSC) porque se parte de la base de que alguien «de carne y hueso» debe decidir y responder de la mala gestión. Por eso la responsabilidad «debe ser» el punto de partida sin más requisitos (como reconoció finalmente la reforma de la LSC en 2014).

El conocimiento de que la sociedad está incurso en causa de disolución no impide demandar ex artículo 367 LSC: hace falta «control»

1. Hechos probados

La Audiencia Provincial de Zaragoza declaró probado que el demandante de responsabilidad de los administradores por las deudas sociales *«conocía perfectamente la situación de grave dificultad económica de la sociedad administrada por los demandados»* (conocía que la sociedad estaba en una situación de fondos propios negativos) y añade que *«quien contrató con conocimiento claro de un evidente riesgo, por la situación de la otra sociedad contratante, asume esa realidad. Pues contrata en base a ésta. No a expensas de una cobertura subsidiaria de los administradores sociales».*

Parece obvio: si se suministra conociendo las graves dificultades económicas por las que atraviesa la compañía suministrada se asume el riesgo de impago y, por tanto, el «daño» (en este caso la realización de ese riesgo es el impago efectivo de la deuda) es imputable al

comportamiento de la propia víctima y no al administrador que no promovió la disolución de la compañía.

2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Mediante STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 207/2018 de 11 de abril [RJ 2018\1735] el Tribunal Supremo se desmarca por segunda vez de su jurisprudencia anterior, que consideraba contrario a la buena fe (art. 7 Código Civil) interponer una acción de responsabilidad de administradores por no promoción de la disolución si en el momento de realizar la prestación a la sociedad se conocía que ésta se encontraba en causa de disolución.

El Tribunal Supremo recalca que, como se dijo en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 733/2013 de 4 de diciembre [RJ 2014\1835], se entendería que el acreedor actúa de forma contraria a la buena fe cuando, además del conocimiento de la mala situación económica o insolvencia del deudor, concurrieran «*otro tipo de circunstancias adicionales*». Y añade: «Esas circunstancias van ligadas a que el acreedor demandante al conceder crédito a la sociedad gozaba no sólo de una situación de conocimiento, *sino sobre todo, de control de la sociedad deudora* que ponía en evidencia el riesgo que asumía de la insolvencia de esta. Lo que concurre, por ejemplo, *cuando el acreedor es un socio dominante o relevante de la sociedad deudora*. El mero conocimiento de la insolvencia del deudor, que es lo que ocurre en este caso, a tenor de los hechos acreditados en la instancia, no es suficiente».

Responsabilidad por no promover la disolución de la sociedad

En las demandas de responsabilidad de administradores por no promoción de la disolución las partes tratan de manejar, según sus intereses, las fechas de nacimiento de la deuda cuyo pago se reclama. A los demandantes les interesa «alargar» al máximo posible la fecha de nacimiento de la deuda reclamada para decir que es «posterior» a la concurrencia de la causa de disolución. Las defensas tratan de situar esa fecha lo antes posible, para decir que es deuda «anterior» y no cubierta por la responsabilidad ex artículo 367 LSC.

En el supuesto analizado por la SAP Barcelona (Sección 15ª) núm.228/2018 de 10 de abril [JUR 2018\105026] los recurrentes alegaban que la fecha de nacimiento de una obligación de indemnizar daños y perjuicios causados por el incumplimiento de un contrato de prestación de servicios (cobro de comisiones indebidas) era la fecha de la sentencia que declaró la existencia de esos daños y perjuicios y determinó la obligación de indemnizarlos a cargo de la sociedad.

No es correcto. Como dice la Audiencia, la obligación de indemnizar los daños por incumplimiento de un contrato no se sitúa ni en la fecha del contrato ni en la fecha de la sentencia, sino en el momento de la causación del daño. *Obiter dicta* se llega a identificar como fecha de nacimiento de

la obligación la de presentación de la demanda («o, a lo sumo, cuando se presentó la demanda»). Obviamente no es así ni la obligación puede tener dos fechas de nacimiento.

Los intereses son obligación accesoria y, por tanto, seguirá la misma suerte que la obligación principal.

Otra cosa son las costas procesales: se trata de un derecho de crédito a favor del demandante que surge con la sentencia que las impone o, dice la resolución, con el decreto (posterior) que las tasa.

Requisitos para que el nombramiento de administrador surta efectos desde su aceptación

El nombramiento de los administradores surte plena eficacia desde su aceptación, sin necesidad de su inscripción en el Registro Mercantil, que es obligatoria pero no constitutiva. Para que el nombramiento de administrador surta efectos desde su aceptación, háyase o no inscrito dicho nombramiento en el Registro Mercantil, es preciso justificar que dicho nombramiento se ha realizado con los requisitos legales exigibles para su válida designación.

En consecuencia, cuando la condición de administrador no resulta del Registro Mercantil es necesaria la reseña identificativa del documento o documentos fehacientes de los que resulte la representación acreditada al notario autorizante y que esa reseña contenga todas las circunstancias que legalmente sean procedentes para entender válidamente hecho el nombramiento de administrador por constar el acuerdo válido del órgano social competente para su nombramiento debidamente convocado, la aceptación de su nombramiento y, en su caso, notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos en términos que hagan compatible y congruente la situación registral con la extraregistraral (arts. 12, 77 a 80, 108, 109 y 111 Reglamento Registro Mercantil).

En el caso resuelto por la resolución DGRN de 15 de diciembre de 2017 (BOE núm. 4, de 4 de enero de 2018), el administrador único es designado por el socio único, pero sin que resulte del título presentado reseña alguna de la escritura pública por la que la sociedad declara la unipersonalidad e identifica al socio único. No existe en consecuencia congruencia entre lo publicado por el Registro Mercantil (unipersonalidad de otra persona física), y la afirmación del título de que la sociedad es unipersonal, que el socio único es el mismo compareciente y que en tal concepto se designa administrador. Por ello el Centro Directivo confirma la calificación del registrador de la propiedad que suspendió la inscripción de la escritura de compraventa de un inmueble otorgado por el citado administrador único en nombre de la sociedad vendedora.

Cuentas anuales

Guía para la declaración del titular real de las sociedades mercantiles en la presentación de las cuentas anuales

El Colegio de Registradores de España ha elaborado una guía práctica con preguntas y respuestas sobre cómo realizar la declaración de titular real de la propiedad de las sociedades mercantiles, una obligación que, como ya reseñamos en el último número de este Boletín, se incorpora en los nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales individuales para aquellas sociedades que aprueben las cuentas anuales del ejercicio 2017 con posterioridad al 28 de marzo de 2018.

Esta guía práctica contiene las respuestas a veinte preguntas frecuentes para cumplimentar el formulario obligatorio de «Declaración de identificación del titular real» que debe acompañarse a las cuentas anuales individuales, ya se formulen y depositen con arreglo al «modelo normal», «modelo abreviado» o «modelo PYME». La falta de presentación de este formulario debidamente cumplimentado conllevará la suspensión del depósito de las cuentas por el defecto subsanable de «cuentas no completas».

La guía explica claramente, con ejemplos prácticos, entre otras cuestiones, qué entidades deben cumplimentar este formulario, en qué supuestos es obligatorio, quien responde del contenido de la declaración, a qué fecha viene referida la declaración, que se entiende por «titular real» y «titularidad real indirecta» y como debe identificarse el «titular real» en el formulario anteriormente citado, qué se entiende por «control» a los efectos de «titularidad real indirecta» (explicando como se calcula a los efectos de control indirecto el voto que tiene una entidad sobre la participada indirectamente), cómo se detalla el desglose de la cadena de control indirecto y qué publicidad se dará de la información contenida en el formulario.

Ampliación/reducción de capital social

No es necesario el consentimiento de todos los socios cuando la reducción de capital con devolución de aportaciones les afecta por igual a todos ellos (y la deuda de reembolso no puede ser satisfecha mediante compensación salvo consentimiento del socio acreedor)

La junta general de una sociedad de responsabilidad limitada decidió (por acuerdo unánime de los presentes, representantes de más del 85% del capital social) la reducción de la cifra de capital

mediante la restitución de aportaciones a todos los socios. En un acuerdo diferente (en el que uno de los socios asistentes no votó a favor) se aprobó que la reducción se realizaría reduciendo el valor nominal de todas y cada una de las participaciones emitidas y que la restitución se efectuaría a través de la entrega de cheques nominativos (salvo al socio que no votó a favor del acuerdo a quien se le entregaría un cheque sólo por una parte de la cantidad a reembolsar, quedando el resto compensado con un crédito de la sociedad).

A los efectos que ahora interesan, el registrador mercantil denegó la inscripción por no constar que todos los socios hubieran consentido la operación y por entender que no resultaba lícito que la ejecución del acuerdo se llevara a cabo, aunque fuera solo en parte, mediante la compensación de una deuda de un socio (que no había prestado su consentimiento a tal manera de proceder).

Mediante resolución de la DGRN de 16 de mayo de 2018 (BOE núm. 131, de 30 de mayo), el Centro Directivo revocó el primer defecto y confirmó la nota de calificación del registrador en cuanto al segundo. Su argumentación se basó, fundamentalmente, en las siguientes ideas:

1. No cabía invocar en este caso el contenido del artículo 292 LSC. Si tal precepto se estimara aplicable habría que asumir que cualquier reducción del capital de una sociedad limitada con devolución de aportaciones requeriría siempre el consentimiento de todos los socios. Lo cual supondría, a su vez, establecer como regla general lo que sólo constituye una excepción en el ámbito de los acuerdos de reducción del capital. Así lo demuestran las normas especiales de los artículos 329 y 330 LSC, a las que subyace el principio de paridad de trato (art. 97 LSC), pero que sólo son aplicables en los supuestos de hecho previstos en dichos preceptos.
2. El acuerdo de reducción de capital con devolución de aportaciones no va contra la paridad de trato cuando afecta por igual a todos los socios, de modo que sea idéntica para todos ellos la alteración de su posición jurídica consecuente a la ejecución de la operación (así ocurría en el caso resuelto por la resolución comentada, puesto que la reducción se materializó mediante la disminución del valor nominal de las participaciones en la misma medida para cada participación). Si no hubiera sido así, el acuerdo no habría sido válido salvo que hubiese mediado el consentimiento al que se refieren los artículos 329 y 330 LSC. Bien entendido que el principio de paridad no se respeta si, aun aplicándose una regla en principio idéntica para todos los socios, el resultado obtenido implica de hecho una disparidad de trato (como habría sucedido si se hubiera amortizado una participación a cada socio, dado que había socios titulares de una única participación).
3. Aunque la LSC no impone expresamente que la restitución del valor de las aportaciones haya de llevarse a cabo mediante la entrega de una cantidad de numerario a cada uno de los socios a los que afecte, ofrece indicios suficientes para concluir que parte de la idea de que el reembolso ha de hacerse, como regla, precisamente en dinero (*vid.*, arts. 393.1, 353.2, 356, 358 y 359 LSC; art. 170.1 LSC —cfr., sin embargo, art. 201.3.1º RRM—; RDGRN 30 de Julio de 2015). Quedan

a salvo los supuestos en los que los estatutos prevean otra cosa (art. 393.2 LSC) o en los que, concurriendo el consentimiento de todos los socios, se hubiera acordado lo contrario.

4. Sentado lo anterior, la DGRN considera que no es posible oponer al socio la compensación como medio de extinción (parcial, en este caso) de la obligación de la compañía. De hecho, la DGRN llega a afirmar que *«la compensación, como medio de extinción total o parcial de la obligación (artículo 1156 del Código Civil), requiere de la concurrencia de unos requisitos cuya apreciación no puede quedar al arbitrio de una de las partes (artículo 1256 del Código Civil), por lo que, a falta de consentimiento no puede ser impuesta sino por resolución judicial, de acuerdo con los principios que rigen nuestro ordenamiento»*. Por lo que, siguiendo esta doctrina, no cabría entender, a los efectos de considerar cumplido lo dispuesto en el artículo 201.3.1º Reglamento Registro Mercantil, que se ha llevado a cabo el reembolso correspondiente.

Hay que apuntar, con todo, que el razonamiento de la DGRN en este punto es sólo relativamente convincente a la vista de las discusiones y dudas que suscita siempre la figura de la compensación, de lo establecido en el artículo 1202 Código Civil y de la eficacia *ex tunc* que los tribunales atribuyen habitualmente a este expediente (SSTS 23-3-1982 [RJ 1982/1500], 30-12-2011 [RJ 2012/173], 25-2-2015 [RJ 2015/823]). Lo que no impide reconocer que para que la compensación opere es preciso que lo quiera, al menos, uno de los deudores/acreadores (SSTS 3-4-2006 [RJ 2006/1911], 30-3-2007 [RJ 2007/2004]), de manera que el automatismo que a veces se enuncia como característico de la compensación no se refiere tanto al modo de operar la extinción de los créditos recíprocos como a la circunstancia de que dicha compensación —cuando opera— es efectiva desde que concurren los requisitos legales. Lo que significa, en suma, que la compensación no se produce hasta que se hace valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las obligaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo en que se hubieran dado las condiciones de compensabilidad legal (STS 18-2-2013 [RJ 2013/20121]). Y ello con independencia del momento en que se declare judicialmente producida la compensación si llegara a plantearse contienda sobre su procedencia y alcance.

Aumento de capital por compensación de créditos: no es necesario aportar las escrituras de cesión, pero sí concretar la fecha (no sólo el año) en la que se contrajeron

Se deniega la inscripción de una escritura de ampliación de capital por compensación de créditos por préstamos que, a su vez, habían sido cedidos al socio único por sus respectivos titulares. En el informe del órgano de administración se identifica la fecha de estos créditos haciendo constar exclusivamente el año en el que fueron contraídos. El registrador suspende la inscripción porque considera que: (1) deben aportarse las escrituras de cesión de créditos a favor del socio único que luego se compensan en la ampliación de capital y (2) debe hacerse constar la fecha de nacimiento de esos créditos (día, mes y año).

Mediante resolución de la DGRN de 21 de diciembre de 2017 (BOE núm.11, de 12 de enero de 2018), la Dirección General manifiesta que no es necesario aportar las escrituras de cesión de créditos a favor del socio único porque los negocios individuales de asunción de participaciones ni forman parte del título (si así fuera deberían acceder al Registro no por simple manifestación del órgano de administración sino mediante la aportación de los documentos auténticos en los que conste su realización) ni han de ser calificados previamente por el Registrador como presupuesto de la inscripción y, por ende, no puede exigirse la indicación de todos los extremos que sean necesarios para apreciar su regularidad sino solamente la de aquellos datos que por imperativo de la legislación rectora del Registro Mercantil deban reflejarse en el asiento. El artículo 199 del Reglamento Registro Mercantil (**RRM**) no impone exigencia alguna sobre la acreditación del negocio del que deriva el crédito del socio que es objeto de compensación en la ampliación de capital.

Según el Centro Directivo, lo que exige el artículo 199 RRM es la expresión del nombre del acreedor, la fecha en que fue contraído el crédito, la declaración de su liquidez y exigibilidad y la declaración de puesta a disposición de los socios del informe correspondiente de los administradores. En este aspecto la calificación del registrador sí es correcta porque la referencia al año en que se realizaron los préstamos es notoriamente indeterminada. Además, si, como ocurrió en el caso, se novan los créditos y se refunden en uno solo, que tendría la fecha del informe elaborado por el órgano de administración, sería preciso que se hubiera hecho constar en la escritura expresamente, ya que eso no se puede deducir de la mera manifestación recogida en el informe que se emite meramente a efectos limitados contables.

Separación y exclusión de socios

Derecho de separación por falta de distribución de dividendos: es suficiente votar en contra del acuerdo que niegue, aunque sea implícitamente, el reparto de beneficios

La SAP A Coruña (Sección 4ª) núm. 34/2018 de 1 de febrero [EDJ 2018/16207] se pronuncia sobre algunas de las dudas interpretativas que plantea el derecho de separación de los socios por falta de distribución de dividendos previsto en el artículo 348 bis LSC.

Se discute si es necesario que el socio minoritario vote a favor de la propuesta de reparto de dividendos (con lo que debería exigir la votación de una propuesta específicamente consistente en ese reparto) o si, por el contrario, basta con votar en contra de la propuesta de aplicación del resultado (en el caso analizado una propuesta de aplicación del beneficio a reservas) para que se entienda cumplido el requisito legal que posibilita el ejercicio del derecho de separación.

Pues bien, la Audiencia Provincial de A Coruña declara que:

1. El presupuesto normativo del que nace el derecho de separación es el acuerdo de la junta general no aprobando la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.
2. Para que se de el presupuesto normativo del que nace el derecho de separación no es necesario que conste expresamente en el orden del día la propuesta de *reparto de dividendos* y que se vote expresamente dicha propuesta: **es suficiente con que los socios voten en contra de una propuesta que niegue, aunque sea implícitamente, el reparto de dividendos**. En ese sentido la Audiencia Provincial dice textualmente que *«el punto del orden del día relativo a “la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010” requiere necesariamente pronunciarse al respecto y, por ende, incluye resolver sobre el reparto de dividendos. La LSC no exige que los socios minoritarios insten a la Administración Social para la inclusión de un nuevo punto del orden del día que expresamente indique “reparto de dividendos”, sino que, por el contrario, establece y habrán de votar en contra de la propuesta que niegue, aunque sea implícitamente, el reparto de dividendos»*.
3. No es necesario que los socios minoritarios hagan constar en la junta general su derecho de separación, sino que basta con que lo ejerciten en el plazo legal del mes al que se refiere el artículo 348.2 LSC.

Disolución/liquidación

Disolución de una sociedad cuyos únicos acreedores son los socios

La escritura de extinción de una sociedad limitada expresaba que: (1) no existen deudas pendientes salvo con los socios, en proporción a sus respectivas participaciones; (2) no existe activo repartible alguno, por lo que no hay reparto de dinero a los socios; (3) se adjudica a los socios la deuda existente en proporción a sus participaciones, de modo que se extingue por confusión.

El registrador deniega la inscripción porque considera que los socios debían hacer constar expresamente que, al no haber ningún activo que repartir, condonaban las deudas que a su favor constaban en el balance.

Mediante resolución de la DGRN de 6 de noviembre de 2017 (BOE núm. 290, de 29 de noviembre), la Dirección General estima el recurso: ningún obstáculo puede oponerse a la manifestación que

el liquidador realiza sobre el hecho de que, con consentimiento de todos los socios, las deudas pendientes con ellos han quedado extinguidas por confusión por haber sido «adjudicadas» a los mismos en proporción a sus respectivas participaciones, expresión que puede entenderse como renuncia a su exigibilidad o incluso como imposibilidad de su cobro ante la inexistencia de activo social (sin ánimo de liberalidad como, por el contrario, implica la idea de la condonación que exigía el registrador).

Modificaciones estructurales

Sobre el traslado a España del domicilio social de una sociedad panameña

La resolución de la DGRN de 6 de junio de 2018 (BOE núm. 153, de 25 de junio) resuelve el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles de Burgos, por la que se suspende la inscripción de traslado internacional de domicilio social a España de una sociedad panameña. Aunque las cuestiones abordadas en la resolución son varias, hay dos que se plantean específicamente por el carácter trasnacional de la operación:

1. En primer lugar, la DGRN interpreta de manera flexible la exigencia del artículo 309 RRM («1. Cuando un empresario o entidad extranjera inscribible con arreglo a la legislación española traslade su domicilio a territorio nacional, se harán constar en la primera inscripción todos los actos y circunstancias que sean de consignación obligatoria conforme a la normativa española y se hallen vigentes en el Registro extranjero. Dicha inscripción se practicará en virtud de certificación literal o traslado de la hoja o expediente del Registro extranjero. 2. Será preciso, además, el depósito simultáneo en el Registro Mercantil de las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio terminado»), al considerar que el precepto no exige la aportación de una certificación literal de la totalidad del historial jurídico de la sociedad, sino exclusivamente de aquellos actos que se encuentren vigentes en el Registro extranjero y que, además, sean de consignación obligatoria según la normativa española con la finalidad de practicar la inscripción de traslado.

Esa regulación debe interpretarse a la luz del artículo 94 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, que exige que la sociedad trasladada debe «cumplir con lo exigido por la ley española para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente, salvo que dispongan otra cosa los Tratados o Convenios Internacionales vigentes en España». Por ello, en la medida en que se acredite la existencia de la sociedad extranjera por certificación o traslado del Registro extranjero y el cumplimiento de los requisitos del tipo social adoptado en términos coherentes con aquella se podrá practicar la inscripción en el Registro Mercantil español, siempre que se acompañe el ejemplar de las cuentas anuales a que se refiere el artículo 309.2 RRM.

2. En segundo lugar, el Registrador había señalado como defecto el incumplimiento de la legislación panameña por no haberse respetado el plazo de seis meses previsto por aquella para aportar al Registro panameño certificado de que se había producido la inscripción del traslado de la sociedad en el Registro del país de destino. La DGRN resuelve que el registrador español tiene competencia, en el ejercicio de su deber de calificación, para valorar la aplicación del Derecho sustantivo extranjero en todo aquello que se refiera a la válida adopción del acuerdo de traslado de domicilio, cambio de nacionalidad o de estatuto personal, en su caso, y adaptación de estatutos a la ley española, pero tal competencia no se extiende al cumplimiento de las reglas del Estado de origen para llevar a cabo las inscripciones que correspondan en sus libros al ser esta una cuestión sujeta a la ley de lugar. La competencia del registrador español se agota en la valoración de la validez sustantiva de los actos que desembocan en el traslado internacional del domicilio y de cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma española para su inscripción en el Registro Mercantil, sin alcanzar al cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación de origen para llevar a cabo los asientos que conforme a la misma corresponda en su propio sistema registral.

Sociedades cotizadas

Nueva Circular de la CNMV modificando los modelos de Informe Anual de Gobierno Corporativo y de Remuneraciones de los Consejeros

La Comisión Nacional del Mercado de Valores (**CNMV**) ha aprobado la Circular 2/2018, de 12 de julio (publicada en el BOE núm. 171, de 16 de julio) que modifica las Circulares 4/2013 y 5/2013 de 12 de junio que establecen los modelos de Informe Anual de Gobierno Corporativo (**IAGC**) y de Informe Anual de Remuneraciones de los Consejeros (**IARC**). La nueva Circular tiene los siguientes objetivos:

1. Introducir los nuevos contenidos exigidos en el Real Decreto-Ley 18/2017 en materia de diversidad, debiendo referirse a diversidad de género y, para las entidades que no sean pequeñas y medianas según la definición incluida en la legislación de auditoría de cuentas, también edad, discapacidad, formación y experiencia profesional de los consejeros.
2. Permitir la presentación de los informes en formato libre (en vez del documento electrónico normalizado del IAGC y IARC) siempre que se respete el contenido mínimo que establezca la normativa y con la obligación de remitir, en estos supuestos, un anexo estadístico adicional.
3. Realizar ciertos ajustes a fin de simplificar o de eliminar apartados que han perdido relevancia en el contexto actual e introducir o desarrollar otros que resultan relevantes para

comprender el sistema de gobierno corporativo de las entidades emisoras y la retribución de los consejeros.

4. Se incluye un nuevo modelo de informe anual de gobierno corporativo para las entidades que integran el sector público institucional que sean emisoras de valores distintas a las acciones.

Con respecto a la nueva información adicional a incluir en ambos informes, hay que destacar:

- a) En el IAGC: (i) motivos y circunstancias de las bajas de consejeros, sea por dimisión, destitución o por cualquier otra razón, especialmente en el caso de los consejeros independientes; (ii) propuestas sometidas a la junta general de accionistas que no hayan sido aprobadas; (iii) descripción de los riesgos relacionados con la corrupción (entre los riesgos que afecten al negocio; (iv) información sobre diversidad en aspectos distintos al género (edad, formación, experiencia y discapacidad).
- b) En el IARC: (i) se incluirá más información sobre cómo se han determinado las remuneraciones variables percibidas; (ii) se reforma el contenido de la información sobre sistemas retributivos basados en acciones, así como sobre sistemas de pensiones o ahorro a largo plazo, para que sea más clara y precisa.

Borrador de Reglamento de Ejecución estableciendo los requisitos mínimos en materia de identificación de accionistas, transmisión de información y ejercicio de derechos de accionistas

La Comisión Europea ha publicado y sometido a consulta pública un borrador de proyecto de reglamento de ejecución (**Borrador**) en desarrollo de la Directiva (UE) 2017/828/CE, por la que se modificó la Directiva 2007/36/CE, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas, que contiene requisitos mínimos comunes para los Estados miembros en materia de identificación de accionistas, transmisión de información y ejercicio de derechos de accionistas.

El objetivo de este Borrador es evitar la transposición desigual de la Directiva 2007/36/CE, que podría dar lugar a la adopción de estándares nacionales incompatibles, incrementando los riesgos y costes de las operaciones transfronterizas y generando cargas adicionales a los intermediarios. Se pretende de esta manera el uso de formatos comunes de estructuras de datos y mensajes en la transmisión de información para facilitar un procesamiento eficiente y seguro entre intermediarios, emisores y accionistas, contribuyendo a un funcionamiento eficiente del mercado de capitales de la Unión Europea.

Invocando el principio de proporcionalidad, el Borrador fija solo los requisitos mínimos en relación con (i) las solicitudes de información y las respuestas en relación con la identidad de los accionistas; (ii) la transmisión de información sobre convocatoria de juntas generales; (iii) la confirmación del título de los accionistas para ejercitar sus derechos como tales en la junta general; (iv) la notificación por parte del accionista de su participación en la junta; (v) el formato de confirmación del recibo y recuento de votos; (vi) la transmisión de información específica de eventos corporativos distintos a las juntas generales; (vii) las fechas tope que deben cumplir los emisores e intermediarios en eventos corporativos y en procesos de identificación de accionistas; y (viii) los requisitos mínimos de seguridad al transmitir toda esa información.

El Borrador se complementa con un Anexo en el que se detalla el tipo de información, su descripción, el formato y el originador de los datos, para cada una de las transmisiones de información previstas en el articulado del Borrador.

Es interesante destacar que, en relación con la confirmación del título para el ejercicio de los derechos del accionista, el Borrador propone que sea el primer intermediario quién confirme dicho título en sus registros. En caso de existir más de un intermediario en la cadena, como es el caso del mercado español, el Borrador establece que el título se tiene que reflejar en los registros de todos los intermediarios, siendo el último intermediario el responsable de confirmar el título al accionista o su representante, salvo en aquellos casos que sea de conocimiento del primer intermediario o del emisor.

Asimismo, como ya se ha objetado por algunos operadores que participaron en la consulta el Borrador, tanto en el articulado como en la exposición de motivos, se identifica en ocasiones al accionista con el «cliente». Esta identificación puede sembrar dudas sobre si la identificación de los accionistas requiere la identificación sólo de la persona que aparece como tal en los registros o requiere la identificación del titular real o beneficiario final, que normalmente es considerado como «cliente».

Tendencias regulatorias

Propuesta de Directiva sobre el uso de herramientas y procedimientos digitales en materia de Sociedades

Esta propuesta persigue la digitalización de los procedimientos de constitución de determinadas sociedades y de inscripción registral de sus acuerdos societarios, para dar cumplimiento al principio de libertad de establecimiento y acelerar y abaratar los procedimientos actualmente existentes de registro y publicidad.

La propuesta incluye en el ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2017/1132 (la Directiva) a todos los tipos de sociedades de capital existentes en los Estados miembros que limiten la responsabilidad de sus socios, si bien se ofrece a los Estados miembros la posibilidad de excluir del ámbito de aplicación de la Directiva alguno de los tipos de sociedades que limitan la responsabilidad de sus socios en el Estado en cuestión. En el caso de España, se ha propuesto la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva de las sociedades de responsabilidad limitada.

Resumidamente, la Directiva, una vez traspuesta, permitirá la constitución y el registro *on line* de los actos relevantes de la vida de la sociedad, mediante un procedimiento único de registro con acceso al mismo por terceros para facilitar la publicidad registral a un coste mínimo para el usuario (coste administrativo).

La Directiva no contempla la intervención de los notarios en la constitución de las sociedades ni exige documento público para los actos inscribibles en los registros mercantiles. Por lo tanto, de aprobarse como se propone, el acceso al Registro Mercantil será directo sin intermediación de fedatario público. El registro automático y el examen sobre la legalidad del contenido de los actos inscribibles quedará al cuidado de los juzgados, pero no de los registradores, que de este modo perderían una competencia tradicional en este ámbito.

Es evidente, y la prueba está en los Estados miembros que ya tienen implantados procesos de registro *on line*, que estos procedimientos son más baratos y rápidos que los procedimientos de registro actuales.

Los notarios de algunos Estados miembros han puesto de manifiesto un potencial problema de certeza legal y de confianza de los registros, si bien en aquellos Estados en los que ya están en pleno funcionamiento los procedimientos de digitalización —sin intervención notarial—, no se han identificado tales problemas de certeza y confianza en lo publicado. En opinión de la Comisión, los notarios, al tener un interés directo en los procedimientos de registro, tienen unas preocupaciones diferentes de la de otros terceros, socios, acreedores, empleados, etc., que no son partes de esos procedimientos.

La propuesta aquí reseñada no encomienda ninguna función de calificación a los registradores, por lo que está potenciando indirectamente el papel de los abogados asesores de este tipo de sociedades, que serán normalmente los encargados de hacer las notificaciones *on line* de los actos inscribibles. Ahora bien, esta propuesta de Directiva establece algunos salvaguardas contra fraudes o abusos, como un control de identificación del solicitante del registro, y la posibilidad de que los Estados que así lo deseen, puedan requerir la intervención de notarios o abogados en determinados procedimientos registrales.

Si se aprueba la Directiva en los términos de la propuesta actual, los abogados, en el asesoramiento a sus clientes, a la hora de aconsejar la constitución de una sociedad anónima o una sociedad de

responsabilidad limitada (si finalmente este último tipo de sociedad queda fuera de la Directiva) tendrán que valorar todas las ventajas e inconvenientes en cada caso concreto.

Propuesta de Directiva sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas

Con fecha 25 de abril de 2018 se ha publicado la propuesta 2018/0114 de la Comisión Europea de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas.

El objetivo de esta propuesta es doble: por un lado, establecer procedimientos específicos y exhaustivos que regulen las transformaciones y escisiones transfronterizas —lo que es verdaderamente novedoso— y la modificación del marco jurídico vigente de la UE en materia de fusiones transfronterizas, con el fin de fomentar la libertad de establecimiento en la Unión Europea y ofrecer una protección adecuada y proporcionada a las partes, mediante la prevención del abuso fiscal y la protección de los derechos de los trabajadores, acreedores y socios.

Fusiones transfronterizas: la propuesta pretende solucionar las deficiencias del sistema vigente en lo que respecta a la falta de armonización de las normas sustantivas. Como novedades destacables: 1) se regula el derecho de separación de todos los socios, debiendo contener el proyecto de fusión la oferta de compensación en efectivo; 2) se establecen medias de protección a los acreedores, debiendo incluirse en el proyecto las garantías ofrecidas a los acreedores, pudiendo éstos, si no están satisfechos con dichas garantías, solicitar a una autoridad judicial o administrativa el establecimiento de garantías suficientes. Se presumirá que no existe perjuicio para los acreedores cuando un perito independiente concluya que no existe riesgo de impago o cuando se obtenga el pago o garantía de un tercero o de la sociedad. Se podrá además exigir a la sociedad la emisión de una declaración de solvencia, siendo los administradores personalmente responsables de la exactitud de tal declaración; 3) se prevén medidas de protección de los trabajadores, debiendo elaborarse un informe específico informándoles sobre la fusión y prohibiendo realizar cualquier operación de fusión, escisión o transformación en los tres años siguientes para evitar que pueda menoscabarse el sistema de participación de los trabajadores; 4) se establece un procedimiento más sencillo para las fusiones simplificadas; 5) se digitalizan los procedimientos, para agilizarlos y reducir costes; 6) se regula cual debe ser la fecha de efectos contables de la fusión y 7) se establecen normas sobre la responsabilidad civil del experto independiente.

Transformación y escisión transfronteriza: el procedimiento previsto para estas operaciones es prácticamente similar, y parte del esquema vigente aplicable a la fusión transfronteriza —proyecto, publicidad, acuerdo de junta, inscripción—. Respecto de la escisión transfronteriza, es importante destacar que la propuesta regula únicamente el procedimiento

de escisión en el supuesto de creación de nuevas sociedades, excluyendo expresamente los casos en los que una sociedad transfiere activos y pasivos a más de una sociedad existente en distintos Estados miembros, por considerar que en estos supuestos el procedimiento sería muy complejo.

Al igual que en el procedimiento de fusión: 1) el proyecto de transformación o escisión deberá incluir las medidas de protección y garantías ofrecidas a los socios, acreedores y trabajadores, 2) deberán elaborarse dos informes específicos, uno para los socios y otro dirigido a los trabajadores, 3) se regula el derecho de separación de los socios con derecho de voto que se opongan a la operación y aquellos que no tengan tal derecho y no pudieron exponer su posición, obligándose la sociedad, los socios restantes o terceros a adquirir sus acciones a cambio de una compensación adecuada, pudiendo impugnar el importe de la compensación ofrecida ante los tribunales del Estado miembro de origen, 4) los Estados miembros podrán exigir de la sociedad una declaración de solvencia y manifestar que los acreedores no se verán perjudicados por la operación, presumiéndose *iuris tantum* que no existirá perjuicio cuando el informe pericial así lo concluya, o cuando se obtenga el pago o garantía de un tercero o de la sociedad, 5) se regula asimismo en determinados supuestos el derecho de participación de los trabajadores en los órganos de administración o dirección de la sociedad transformada o escindida, no pudiendo realizarse transformaciones, fusiones o escisiones nacionales o transfronterizas ulteriores en el plazo de tres años.

Como novedad importante, y que no se contempla respecto de la fusión transfronteriza, la propuesta introduce un control *ex ante* de la operación para valorar (y en ese caso, impedir) si la operación constituye un artificio encaminado a obtener ventajas fiscales indebidas o a perjudicar indebidamente los derechos legales o contractuales de trabajadores, acreedores y socios minoritarios.

Esta propuesta establece un sistema de control de legalidad de la operación de transformación o escisión transfronteriza por parte de las autoridades competentes de los Estados de origen y de destino (o de la sociedad beneficiaria de la escisión): La autoridad competente del Estado de origen deberá emitir un certificado previo de transformación o escisión. La elaboración de este certificado puede constar de dos fases. En una primera fase, de un mes de duración, la autoridad competente examinará si la operación transfronteriza es legal, incluyendo la solvencia de la sociedad, la aprobación de la operación por la junta general y la protección de los trabajadores, socios minoritarios y acreedores en el ámbito de aplicación de la Directiva, o si, por el contrario, se trata de un artificio. Si al final del plazo de un mes la autoridad no formula objeciones, emitirá el certificado previo de transformación o de escisión. Por el contrario, si considera que es ilegal, denegará la concesión de dicho certificado y no podrá realizarse la operación. Alternativamente, si al final de dicho plazo la autoridad competente alberga serias dudas respecto a la posible ilegalidad de la operación, informará a la sociedad de que llevará acabo un examen exhaustivo para determinar si existe abuso, comenzando una segunda fase, que durará como máximo dos meses, plazo en el que deberá adoptarse una decisión definitiva.

Además, las empresas medianas y grandes solicitarán a la autoridad competente del Estado de origen la designación de un perito independiente que examine la exactitud del proyecto, los informes elaborados por el órgano de administración y la operación en general. El informe del experto independiente valorará, entre otras cosas, si la operación es un montaje artificial, y se remitirá a la autoridad competente a efectos de que emita o no, el certificado previo.

El certificado previo de transformación o escisión se remitirá al Estado de destino o al Estado de la sociedad beneficiaria de la escisión, que verificará si la sociedad transformada o beneficiaria de la escisión cumple con las disposiciones de su legislación nacional. Una vez realizado este control de legalidad, la sociedad transformada o beneficiaria se inscribirá en el registro mercantil del Estado de destino o de la sociedad beneficiaria de la escisión.

Algunas voces ya han manifestado sus reservas a los mecanismos de control previos incluidos en la propuesta, por considerarlos costosos y poco efectivos y presentar serias dudas sobre su viabilidad ante la dificultad práctica de examinar con carácter previo si la operación implica un montaje puramente artificial, que podría llegar a entorpecer los procedimientos de transformación o escisión aumentando la inseguridad jurídica.

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

Estibaliz Aranburu

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

Fernando de las Cuevas

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

Íñigo Erlaiz

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

Fernando Igartua

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

David González

Socia, Nueva York
Tel.: (+34) 91 582 91 00
dgonzalez@ga-p.com

Daniel Marín

Socia, Barcelona
Tel.: (+34) 93 415 74 00
dmarin@ga-p.com

Alfonso Areitio

Socia, Bilbao
Tel.: (+34) 94 415 70 15
aareitio@ga-p.com

Mónica Weimann

Socia, Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407
mweimann@ga-p.com

Francisco Fita

Socia, Valencia
Tel.: (+34) 96 351 38 35
ffita@ga-p.com

Para más información, consulte nuestra web www.ga-p.com, o diríjase al siguiente e-mail de contacto: info@ga-p.com.