

Boletín de
Sociedades

Sección elaborada por

el Área Mercantil

de Gómez-Acebo & Pombo

N.º 2 | 2016



Sumario

ANÁLISIS	2
▶ Asistencia financiera en las operaciones de Leveraged Buy Out	2
▶ Diez advertencias para los administradores de sociedades filiales (sobre el deber de lealtad, el interés social y el interés del grupo)	4
PRÁCTICA SOCIETARIA	6
▶ Pactos parasociales	6
— Pactos parasociales y Presidente de la Junta General	6
▶ Estatutos	7
— Denegación de autorización para transmitir participaciones y derecho de separación estatutario.	7
▶ Junta general	8
— Prueba de resistencia del acuerdo social y preterición de un socio	8
— Junta universal y consecuencias de la inasistencia de los administradores a la junta (no universal)	8
▶ Administradores	9
— Endoso doloso de pagarés y acción individual	9
— La vacante producida por la renuncia de un consejero de un consejo formado por tres miembros no impide su válida constitución por la concurrencia de los dos consejeros restantes	10
▶ Cuentas anuales	11
— Depósito de cuentas e informe de auditoría	11
▶ Disolución/Liquidación	11
— La transmisión de activos al socio en pago de la cuota de liquidación sólo es posible una vez aprobado el balance final de liquidación	11
▶ Modificaciones estructurales	12
— Transformación de sociedad de responsabilidad limitada en sociedad civil	12
— ¿Ha tomado postura la DGRN acerca de si segregación y aportación de rama de actividad pueden seguir existiendo como figuras autónomas en nuestro Derecho?	13
▶ Sociedades cotizadas	15
— ¿Cuándo hay solicitud pública de representación a los efectos del artículo 186 LSC?	15

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.



ANÁLISIS

Asistencia financiera en las operaciones de *Leveraged Buy Out*

Iñigo Erlaiz Cotelo

Socio del Área Mercantil, Fusiones y Adquisiciones

En la estructura típica de una operación de *Leveraged Buy Out* (LBO), una sociedad es adquirida por otra —ordinariamente, una sociedad vehículo—, que se endeuda para realizar tal adquisición, y se obliga a utilizar los activos de la adquirida para repagar aquella deuda.

El supuesto, así formulado, encaja en la prohibición de asistencia de los artículos 143 (para sociedades de responsabilidad limitada) y 150 (para sociedades anónimas) de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

El legislador español no ha incorporado la posibilidad de autorizar operaciones de asistencia financiera, como permitía la reforma de la Segunda Directiva 77/91/CEE de 13 de Diciembre (Segunda Directiva).

Sin embargo, la fusión posterior entre vehículo y adquirida (pero anterior al inicio del repago) se considera, en nuestra doctrina y en los pocos precedentes jurisprudenciales existentes, como procedimiento idóneo para evitar la mencionada prohibición, en el entendido de que la fusión protege ya suficientemente los intereses de las partes afectadas (socios y terceros) por una operación de asistencia:

- a) Los socios cuentan con el correcto cálculo del tipo de canje, que tendrá en cuenta el nivel de endeudamiento de la absorbente, las obligaciones de información que pesan sobre los administradores, la actuación correcta de los expertos independientes y, en su caso, los procedimientos de impugnación del correspondiente acuerdo.
- b) Los acreedores pueden oponerse a la operación en el plazo de un mes, e impedirla en tanto sus créditos, anteriores a la publicación del último anuncio del acuerdo de la junta general, queden suficientemente garantizados. Aunque no se ejercite con frecuencia en la práctica, el poder de injerencia de los acreedores es realmente extraordinario, puesto que la fusión no podrá tener lugar en tanto no sean suficientemente garantizados sus créditos —cfr. artículo 44 de la Ley 3/2009, sobre de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (LME)— . Quien ha dispuesto de la información suficiente y ha contado con el poder de paralizar la operación no puede posteriormente alegar perjuicio.

El artículo 35 de la LME ha regulado las fusiones que se realizan en el marco de un LBO y, aunque hay quien sostiene lo contrario, en nuestra opinión viene a ratificar la interpretación apuntada de que la fusión evita la aplicación de las prohibiciones contenidas en los artículos 143 y 150 de la Ley de Sociedades de Capital.

Según el citado artículo 35, en los supuestos de fusión entre dos o más sociedades, si alguna de ellas hubiera contraído deudas en los tres años anteriores para adquirir el control de otra que participe en la fusión o para adquirir activos de la misma esenciales para su normal explotación o que sean de importancia por su valor patrimonial, serán de aplicación las siguientes reglas: «1ª) El proyecto de fusión deberá indicar los recursos y los plazos previstos para la satisfacción por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición del control o de los activos. 2ª) El informe de los administradores sobre el proyecto de fusión debe indicar las razones que hubieran justificado la adquisición del control o de los activos y que justifiquen, en su caso, la operación de fusión y contener un plan económico y financiero, con expresión de los recursos y la descripción de los objetivos que se pretenden conseguir. 3ª) El informe de los expertos sobre el proyecto de fusión debe contener un juicio sobre la razonabilidad de las indicaciones a que se refieren los dos números anteriores, determinando además si existe asistencia financiera».

Los problemas de interpretación han surgido como consecuencia de la introducción en fase de tramitación parlamentaria del (desafortunado) inciso referido a la asistencia financiera en la regla 3ª.

Hay quien ha sostenido que el propósito de dicho inciso es que los expertos diferencien las fusiones en las que hay asistencia, que estarían prohibidas por los artículos 143 y 150 de la Ley de Sociedades de Capital, de aquellas en las que no la hay. Pero al margen de lo que diga esta regla 3ª, las reglas 1ª y 2ª y en general el resto del contenido del citado artículo 35 ya contemplan



supuestos que, económicamente, son equiparables a los previstos por la prohibición de asistencia financiera (¿acaso la sociedad resultante no responde con todo su patrimonio, incluyendo los activos que eran de la adquirida, de la deuda de la adquisición?), con lo que el propósito del inciso no puede ser éste.

Que haya o no asistencia financiera y que la fusión esté o no prohibida no puede depender de que lo digan los expertos en su informe. De hecho, en el sentido económico apuntado, existirá asistencia financiera con frecuencia. Así, el legislador presupone que fusiones que se llevan a cabo en ese periodo de tres años encerrarán normalmente un supuesto de asistencia financiera (vinculación de los activos de la sociedad adquirida a la devolución del préstamo) y lo que quiere es, imponiendo en ellas unos requisitos cualificados de información, que su existencia sea conocida, para que los titulares de los intereses comprometidos activen así, de forma informada, los mecanismos de protección arriba descritos.

Ése es, en nuestra opinión, el único propósito del inciso. Al contemplar de forma expresa su existencia sin sancionarla, debe entenderse que el legislador está aceptando y confirmando la licitud de la asistencia financiera que resulte de las fusiones que se producen en el contexto de un LBO.

Dicho lo anterior, no podemos obviar que cabe otra posible interpretación para dar sentido a la norma. Y es que no siempre que los activos de la sociedad resultante de la fusión, incluso los que eran originarios de la adquirida, queden expuestos a la responsabilidad resultante de la deuda de la adquisición, se producirá un supuesto de asistencia financiera equiparable al que la ley prohíbe con carácter general. Para que haya asistencia financiera prohibida lo relevante es que la adquisición sea la finalidad perseguida con el negocio de asistencia financiera. Por tanto, no habrá asistencia financiera prohibida si hay otros motivos que justifican causalmente la fusión distintos al de facilitar la adquisición. Así, puede sostenerse que el legislador se ha hecho eco de esa interpretación finalista del concepto de asistencia financiera y, por tanto, que lo que tendrían que analizar los expertos para declarar en su informe si hay asistencia (y entenderla prohibida) o no, es la existencia o no de esos otros motivos detrás de la fusión.

Nos parece excesivo (por no decir imposible), sin embargo, exigir a los expertos semejante análisis de intenciones para dar sentido a la norma. Parece más razonable (y si se quiere proteccionista, pues ello presupone una noción más amplia del concepto de asistencia financiera) entender simplemente, como se apuntaba más arriba, que la norma legitima las fusiones contempladas en ella, incluso las que comporten asistencia financiera, y que su propósito es simplemente el de aumentar la transparencia y la información y reforzar así la protección que ya ofrece el propio proceso de fusión a minoritarios y, sobre todo, como revela el hecho de que el informe de expertos independientes se exija incluso cuando exista acuerdo unánime de los accionistas -artículo 35 LME *in fine*-, a acreedores. En caso contrario, no se entendería el sentido último del artículo 35: ¿acaso se desea restringir, limitar o aumentar el control sobre operaciones que ya están prohibidas por otras normas?

No obstante, mientras los tribunales o el legislador aclaran el contenido del artículo 35 excepcionando las fusiones contempladas en él del ámbito de aplicación de los artículos 143 y 150 de la Ley de Sociedades de Capital, que es lo que procede *lege ferenda*, lo cierto es que existe el riesgo de que el artículo se interprete de la manera apuntada en el párrafo anterior y, por tanto, de que las operaciones de LBO queden expuestas a un test de validez en todos los casos.

Habrà que tener en cuenta ese riesgo en el diseño de las operaciones, si bien es cierto que ante ese test existirán normalmente razones suficientes que permitan defender la legalidad de las estructuras típicas de los LBO.

En particular, podrá normalmente defenderse que en estas operaciones no hay una asistencia necesaria para llevar a cabo la adquisición, ni siquiera una que la facilita, presupuesto necesario para que pueda hablarse de asistencia financiera prohibida. Los financiadores que aportan los fondos para llevar a cabo la adquisición lo hacen aunque esa asistencia no exista. Por tanto, al tiempo de la adquisición es irrelevante que exista o no asistencia, pues ya se habrá obtenido la financiación necesaria para llevarla a cabo. En esos términos, difícilmente podrá sostenerse que la adquisición de las acciones es el motivo determinante de la asistencia financiera. Sólo podría llegarse a esa conclusión si la asistencia fuera necesaria o facilitara la obtención de la financiación utilizada para la adquisición, pero tampoco es el caso. Es cierto que los financiadores prevén subidas de los tipos si no hay asistencia, y que esas subidas actúan como incentivos para que aquella tenga lugar, pero no por eso se convierten en compromisos firmes o garantías de que se produzca; son meros incrementos en los márgenes para el caso de que no sea así y, como tales, una lógica contraprestación por el mayor riesgo que, en ese caso, asumen los financiadores, pero insuficientes para dar a la asistencia trascendencia causal. Los financiadores intervienen y dan la financiación para la adquisición haya o no asistencia, aunque si falta, su rentabilidad, por razones obvias, ligadas al modelo económico que hay detrás del LBO y en particular al mayor riesgo asumido por ellos en ese caso, será también mayor.



En cualquier caso, no podemos dejar de insistir en la consideración crítica que merece la forma en que se implantó en nuestro ordenamiento el régimen normativo en materia de asistencia financiera contenido en la Segunda Directiva y que, por su carácter desproporcionadamente restrictivo, no tiene parangón en nuestro entorno. Igual consideración crítica merece, por las razones ya apuntadas, la LME. Sólo nos queda confiar en el carácter transitorio de esta última, en la compilación y codificación del derecho de sociedades anunciada en su Exposición de Motivos y en que un eventual futuro Código de Sociedades Mercantiles se aproveche (como parece que podría ser el caso, a la vista de los proyectos de Código hechos públicos) para eliminar la inseguridad jurídica existente y aclarar de una vez la legalidad de estas estructuras, excepcionándolas de forma expresa del ámbito de la prohibición de asistencia financiera.

Diez advertencias para los administradores de sociedades filiales (sobre el deber de lealtad, el interés social y el interés del grupo)

Alberto Díaz Moreno

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

A raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 695/2015 de 11 diciembre (RJ 2015\5440) puede resultar de interés identificar algunas máximas que sirvan de orientación a los administradores de sociedades filiales en relación con el cumplimiento del deber de lealtad que les afecta y el posible conflicto con las instrucciones o directrices recibidas en su caso de la sociedad dominante. Naturalmente, la aplicabilidad en concreto de estas ideas genéricas ha de ser confrontada con las circunstancias concretas que concurren en cada caso.

1. El deber de lealtad obliga al administrador a anteponer el interés de la sociedad que administra al suyo propio o al de terceros (incluido el «interés del grupo»)

La integración en un grupo de sociedades no comporta la disolución del interés de cada sociedad en un interés mayor correspondiente a la «empresa policorporativa». En consecuencia, el administrador debe velar por el interés de la compañía en la que ejerce el cargo y no puede supeditarlos al interés de otras sociedades del grupo, de la sociedad dominante o del llamado «interés del grupo». Si da cumplimiento a órdenes emanadas de la matriz y éstas comportan un daño para la filial que administra habrá infringido el deber de obrar en el mejor interés de la compañía (art. 227 LSC).

2. El administrador de la filial que «represente» en ella los intereses de la matriz debe abstenerse o, en su caso, elevar a la junta general las decisiones en las que el interés de la sociedad filial pueda entrar en conflicto con el interés de la dominante

Conforme a un sector relevante de la doctrina, cuando el administrador de la filial sea empleado, administrador o directivo de la dominante, o pueda ser calificado como «dominical», entendiendo el término en este contexto como referido tanto a la propia sociedad matriz como a quienes han sido nombrados en atención a los intereses de ésta (para «representar» tales intereses) debe abstenerse y elevar la decisión a la junta general. Por supuesto, sobre la persona física representante del administrador persona jurídica pesa el mismo deber de abstención (art. 236.5 LSC).

No obstante, conforme a otra opinión, en el contexto del grupo puede resultar discutible la existencia de una situación de conflicto «indirecto» y, por tanto, puede no existir el referido deber de abstención, al menos en lo que se refiere a aquellas decisiones propias del ejercicio de la dirección unitaria.

3. El administrador de la sociedad filial no puede esperar quedar exonerado de responsabilidad por el mero hecho de que haya actuado siguiendo instrucciones de la sociedad dominante

Si la actuación desleal (o negligente) del administrador produce un daño a la sociedad administrada no podrá liberarse de responsabilidad aduciendo que siguió las directrices marcadas desde la sociedad dominante o impartidas por la matriz en ejercicio del poder de dirección unitaria del grupo. El administrador, no puede, en otras palabras, escudarse en las instrucciones recibidas de la dirección unitaria del grupo o de la sociedad dominante. En este sentido debe recordarse que el artículo 228.d de la Ley de Sociedades de Capital (que, desde luego, tiene un ámbito de aplicación más amplio que el



de los grupos de sociedades) exige de los administradores que desempeñen sus funciones con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

4. El administrador de la sociedad filial no puede esperar quedar exonerado de responsabilidad invocando genéricamente el interés del grupo

El llamado interés del grupo no justifica sin más el daño que pueda sufrir una sociedad filial. El hecho de que otras sociedades del grupo obtengan beneficios como consecuencia de la lesión de una filial (incluso aunque tales beneficios superen en mucho a tales daños) no justifica el daño en el patrimonio de ésta, puesto que quedan afectados los socios externos (socios minoritarios ajenos a la administración de la propia compañía y al control del grupo) y los acreedores sociales (quienes, en principio, y en ausencia de circunstancias que pudieran justificar extender la responsabilidad a otros integrantes del grupo, sólo pueden dirigirse contra la propia sociedad filial deudora). La existencia de un grupo de sociedades (con su propio interés, correspondiente al conjunto de la empresa multisocietaria y diferente del particular de cada una de las compañías que lo integran, si bien expresado en la dirección unitaria ejercida por la matriz) no permite por sí mismo desconocer el interés de la sociedad filial individualmente considerada, todo ello sin perjuicio de lo que se dirá más abajo sobre las ventajas compensatorias.

5. Ni el contenido de los estatutos ni el acuerdo de la junta general tendrán valor exoneratorio

El administrador de la sociedad filial no quedará exonerado de responsabilidad por infracción del deber de lealtad por el hecho de que los estatutos prevean tal exoneración en el caso de que actúe siguiendo instrucciones de la dominante (el régimen legal es, en cuanto a este extremo, imperativo, de manera que serán ineficaces las cláusulas contrarias al mismo: art. 230 LSC). Por su parte, un acuerdo de la junta (dominada directa o indirectamente por la matriz) que autorice o ratifique el acto o acuerdo carecerá por sí mismo de fuerza exoneratoria (art. 236.2 LSC).

6. No habrá lugar a responsabilidad si la sociedad filial ve compensados los perjuicios o desventajas que pueda sufrir como consecuencia de los actos realizados en interés del grupo

Si la sociedad filial obtiene alguna «ventaja compensatoria» no habrá propiamente daño ni responsabilidad. Esto es: si puede acreditarse que el perjuicio para el interés social derivado de un acuerdo o acto realizado para satisfacer el interés del grupo resulta «compensado» por otros beneficios o ventajas no habrá responsabilidad que exigir.

Puede pensarse, a este propósito, en aportaciones directas de fondos, en concesión de financiación en condiciones especialmente favorables, en la prestación de garantías (reales o personales) a favor de la filial, en la oportunidad de celebración de contratos por los que la filial adquiera bienes o reciba servicios o reciba financiación en condiciones mejores que las habituales de mercado, en la ampliación verificable de su base de clientes como consecuencia de la pertenencia al grupo, en el incremento de su volumen de negocio, en la constatable mejora de su base tecnológica y de la competitividad de sus productos, etc.

7. Las eventuales «ventajas compensatorias» deben ser proporcionadas y efectivas (aunque pueden ser futuras)

La mera invocación genérica a los beneficios que genera la pertenencia a un grupo societario o la referencia a inconcretas ventajas que pudieran eventualmente producirse en un futuro no resultan suficientes para excluir la responsabilidad del administrador.

Sólo cuando estas ventajas (que no tienen que provenir necesariamente de la sociedad matriz y que pueden ser anteriores o posteriores al acto «desventajoso») sean efectivas y puedan identificarse y concretarse cabrá considerar que no se genera responsabilidad. Es importante recordar que su existencia, adecuación y efectividad habrán de ser debidamente justificadas por el administrador afectado.

Aunque se trata de una cuestión discutida, podría entenderse que la protección que representa el «margen de discrecionalidad empresarial» puede extenderse a las decisiones sobre adecuación y proporcionalidad de las ventajas compensatorias, si bien para ello sería necesario que se hubieran calculado conforme a un procedimiento de decisión *adecuado* (art. 226.1 LSC). Esto aconseja seguir un procedimiento preestablecido, homogéneo y documentado que asegure la transparencia y verificabilidad *ex post* de las decisiones adoptadas.



8. La eventual existencia de «ventajas compensatorias» no exonera de responsabilidad por el incumplimiento de específicos deberes impuestos en la Ley o en los estatutos

En ningún caso puede el administrador de la sociedad filial exonerarse de su responsabilidad por infracción de los deberes específicos que le imponen la Ley o los estatutos. De hecho, las instrucciones que comporten tales infracciones deben ser desatendidas. La teoría de las «ventajas compensatorias» no puede encontrar aplicación en estos casos.

9. La existencia de ventajas compensatorias no puede llegar a justificar actuaciones que lleven al «aniquilamiento» económico de la sociedad filial

El interés del grupo nunca puede justificar que se comprometa la supervivencia de la sociedad filial, ni siquiera cuando se prevean compensaciones. Es decir, son siempre rechazables las actuaciones perjudiciales efectuadas siguiendo las instrucciones impartidas por la dominante (aun cuando en el futuro pudieran ser compensadas) que desemboquen en la insolvencia de la compañía y, con ello, en su posible desaparición.

10. Fuera del ámbito del «interés del grupo» rigen las reglas generales sobre responsabilidad

Aunque quizás resulte obvio, cabe finalmente recordar que la responsabilidad de los administradores de la sociedad filial por daños no derivados del cumplimiento de las instrucciones impartidas en el marco de la dirección unitaria del grupo se rige por las reglas generales.

PRÁCTICA SOCIETARIA

Pactos parasociales

Pactos parasociales y Presidente de la Junta General

La cuestión que se plantea puede resumirse como sigue: (1) pacto suscrito por todos los socios en el que se establece (contra lo previsto en la Ley y los Estatutos) que el usufructuario de las acciones y participaciones ejercería los derechos de voto correspondientes; (2) en la junta general, el nudo propietario y el usufructuario pretenden ejercitar el derecho de voto, invocando cada uno de ellos, a su interés, el régimen legal – estatutario y el pacto, respectivamente. La cuestión es: ¿debe el Presidente de la Junta General estar a lo dispuesto en la Ley o los Estatutos o, por el contrario, debe regirse por lo previsto en el pacto parasocial?

Existen tres argumentos a valorar para resolver esta cuestión: (1) Habría que descartar la aplicación de la doctrina de la derogación singular de los estatutos mediante pactos parasociales, porque no es un caso de desconocimiento transitorio o excepcional de normas estatutarias, sino de una derogación de la regla estatutaria (o legal) sobre atribución del derecho de voto al nudo propietario con vocación de permanencia. (2) Con toda seguridad surgirá la cuestión del abuso de Derecho y, a la vista de ello, se puede afirmar que el Presidente puede estar al pacto, pues puede que el comportamiento del nudo propietario (contrario a lo pactado) se considere abusivo y lo mismo ocurrirá con la posterior impugnación del acuerdo (art. 7 CC): «Quienes, junto con el demandante, fueron parte en este pacto parasocial omnilateral y constituyen el único sustrato personal de las sociedades, podían confiar legítimamente en que la conducta del demandante se ajustara a la reglamentación establecida en el pacto» (cfr. STS Sala de lo Civil, sección 1ª, num.103/2016 de 25 de febrero [RJ 2016/635]). (3) Con todo, el enfoque que nos parece más correcto es que el pacto suscrito por todos los socios había modificado una norma contractual (la relativa al ejercicio del derecho de voto por el nudo propietario o por el usufructuario) que sólo formalmente está en los estatutos y que, al ser firmado por todos los socios, es plenamente oponible a la sociedad (1257 CC). Conforme a esta idea, el Presidente puede estar al pacto parasocial, pero, si no lo hiciera, y se amparase en la norma legal o estatutaria, difícilmente se le podría atribuir responsabilidad por los (eventuales) daños y perjuicios que su decisión hubiera podido causar.



Estatutos

Denegación de autorización para transmitir participaciones y derecho de separación estatutario

Es inscribible la cláusula estatutaria de una sociedad limitada según la cual en caso de denegación al socio de la autorización para transmitir sus participaciones sociales no será necesario indicar uno o varios adquirentes de aquellas, bastando con el reconocimiento en los estatutos de un derecho de separación.

La cláusula (art. 6) establecía que «*la sociedad podrá bien denegar la autorización para transmitir; bien autorizar la transmisión de forma incondicional; o bien autorizarla condicionada a que el comprador ofrecido por el socio que proponga transmitir las participaciones acepte comprar también las del resto de los socios que también se ofrezcan a transmitir*» (art. 6.1). A lo cual se añadía que «*en cualquier caso en que se deniegue al socio la autorización para transmitir, éste podrá separarse de la sociedad dentro del plazo de un mes a contar desde la recepción por dicho socio de notificación fehaciente de la denegación de la autorización remitida por la sociedad...*» (art. 6.4). La calificación negativa se basó en que, a juicio de la registradora, no cabe que la sociedad se limite a denegar la autorización solicitada, sino que ha de señalar adquirentes alternativos, ya sean otros socios, terceros o la propia sociedad (art. 107.f LSC).

Presentado recurso, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), mediante Resolución de 20 de mayo de 2016 (BOE núm. 139, de 9 de junio) acordó estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación impugnada. La Dirección General razonó en los siguientes términos:

1. El carácter esencialmente cerrado de la sociedad de responsabilidad limitada se manifiesta, entre otros aspectos, en el régimen de transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos*. Con carácter general, la transmisión estará sometida a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos. Pero, para el caso de falta de previsión estatutaria, la Ley contiene un régimen supletorio caracterizado por la sujeción de tales transmisiones al consentimiento de la sociedad (arts. 107 y 108 LSC).
2. En el régimen legal supletorio aplicable a las sociedades limitadas se dispone que, en caso de denegación de la autorización, la compañía deberá de presentar un adquirente de las participaciones, de modo que el socio pueda ver satisfecho su interés en realizar mediante su transmisión el valor económico de las mismas.
3. Lógicamente, el sistema legal supletorio deja margen a la autonomía de la voluntad de los socios, quienes pueden optar por otras alternativas para limitar la transmisión de las participaciones (siempre que se asegure al socio una razonable posibilidad de transmitir sus participaciones o de salir de la sociedad para que no quede convertido en una suerte de «prisionero de sus participaciones»). En este sentido debe recordarse que el reconocimiento en los estatutos sociales del derecho de separación del socio permite la introducción en ellos de cláusulas prohibitivas de la transmisión de las participaciones sociales (art. 108.3 LSC).
4. En consecuencia, concluye la DGRN, no cabe rechazar la inscripción de la cláusula referida, en cuanto atribuye al socio el derecho de separación para el caso de denegación de la autorización para transmitir sus participaciones. Y ello porque tal estipulación no perturba la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva que sea prácticamente insalvable y tampoco rebasa los límites generales a la autonomía de la voluntad.



Junta general

Prueba de resistencia del acuerdo social y preterición de un socio

Como es conocido, el artículo 204.3 de la Ley de Sociedades de Capital, después de la reforma de 2014, establece que, entre otros, los acuerdos sociales no serán anulados aunque concurra una causa de impugnación consistente en:

(...)

- c) *La participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la constitución del órgano.*
- d) *La invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible.*

Es necesario observar que la «prueba de resistencia» del acuerdo sólo tiene virtudes sanatorias cuando la causa de nulidad consiste en haber computado *de más* (es decir, en atribuir derechos de voto a quien no los tiene), pero no sirve para convalidar acuerdos en cuya toma se hubieran preterido votos legítimos, aunque la preterición no hubiera producido ningún efecto sobre el resultado probable que se hubiera producido sin preterición del accionista. ¿Por qué no? ¿No es abuso de derecho pretender la anulación del acuerdo en estas condiciones?

Es útil reflexionar sobre la doctrina «civil» de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª), de 27 de noviembre de 2015 (Nº 435/2015, AC 2015\1842), en asunto relativo a la toma de acuerdos en junta de propietarios sujeta al régimen de la Ley de Propiedad Horizontal. En este caso un propietario había sido privado indebidamente del voto y solicitaba nulidad de acuerdos. A tenor de la sentencia, «según reiterada jurisprudencia» (¿) la indebida privación del derecho de voto «sólo tiene relevancia si el voto omitido hubiera sido relevante para la adopción de un acuerdo contrario, lo que no ocurre con respecto de ninguno de los acuerdos impugnados».

Pero la sentencia va más allá. Aunque el artículo 18 de la Ley de Propiedad Horizontal permite impugnar los acuerdos a quienes hubieran sido privados indebidamente del voto, si, aunque no se permita votar, se permite, como es obvio, que conste en acta la protesta, y tal comportamiento basta para conferir legitimación impugnatoria, «la privación del voto no ha producido ningún efecto perjudicial para los actores. No hay motivo para anular la junta por esta razón, dado que si se le hubiera reconocido el derecho de voto el resultado hubiera sido el mismo».

Junta universal y consecuencias de la inasistencia de los administradores a la junta (no universal)

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, SECCIÓN 1.ª) núm. 255/2016 de 19 de Abril [JUR 2016/87929] se ha pronunciado sobre el concepto de junta general y, especialmente, sobre las consecuencias de la inasistencia de los administradores a la junta general (cuando ésta no tiene el carácter de universal).

- a) En cuanto a la primera cuestión el Tribunal Supremo ha recordado que la particularidad de la junta universal radica en que los socios deben tomar, de manera colectiva y antes de la constitución del órgano, un acuerdo en el que se recoja la decisión unánime de constituirse en junta general (y todo ello sin existir aún el órgano «junta» como tal, puesto que precisamente la decisión que pretenden tomar es la que propiciará su válida constitución). De esta forma, se otorga al socio un instrumento para impedir la celebración de la junta y evitar así quedar vinculado a los acuerdos que pudieran hipotéticamente adoptarse cuando no hubiera sido convocado en forma y en tiempo. En otros términos: el requisito de la aceptación unánime para celebrar junta universal constituye el medio para salvar los problemas de desinformación e indefensión del socio que difiere o disiente de la conveniencia de celebrar esa junta.



Por tanto — concluyó el Tribunal Supremo — para que una junta sea universal no basta con que esté reunida la totalidad del capital social, sino que tiene que existir el previo acuerdo de todos los socios de constituirse en junta general y de discutir determinados temas.

- b) En efecto, en lo que hace al segundo problema, la sentencia mencionada partió de la base de que la asistencia de los administradores a las juntas generales (no universales) forma parte de sus competencias orgánicas, por lo que no puede ser objeto de delegación mediante representación (sin que altere esta conclusión el hecho de que los administradores sean socios y puedan hacerse representar en su condición de tales o la circunstancia de que el representante sea un apoderado general de la compañía).

Seguidamente el Tribunal Supremo observó que el artículo 180 de la Ley de Sociedades de Capital establece de forma imperativa que los administradores deberán asistir a las juntas generales. Ahora bien, el mencionado precepto no precisa las consecuencias de su eventual incumplimiento. En particular, la Ley no prevé de manera expresa y con carácter general que los acuerdos adoptados en una junta a la que no asistan los administradores sean nulos o ineficaces. Nótese que, de haberlo hecho, habría puesto en manos de los propios administradores la facultad de impedir la válida celebración de la junta (con independencia de quién la hubiera convocado y sin perjuicio de la responsabilidad que pudieran asumir por su conducta contraria a la Ley).

Ahora bien, dicha regla general (la ausencia de los administradores sociales no es causa de nulidad de la junta) puede encontrar excepciones. Habrá casos en los que tal inasistencia podrá ser decisiva para la privación a los socios de alguno de sus derechos, lo que puede determinar la nulidad de los acuerdos adoptados. Así sucederá —y fue precisamente lo que ocurrió en el caso resuelto— cuando, a la vista del contenido del orden del día, quepa estimar que la ausencia de todos los administradores se tradujo en el desconocimiento e infracción del derecho de información de los socios.

Administradores

Endoso doloso de pagarés y acción individual (STS 1ª de 18 de abril de 2016)

La limitación de la responsabilidad legal de los administradores por no promoción de la disolución a las deudas posteriores a la causa de disolución (versión vigente desde 2005) y lo ineficaz que resulta para un acreedor promover la acción social de responsabilidad para la reintegración del patrimonio de la sociedad motivó hace tiempo el «renacer» de la acción individual de responsabilidad como vía para intentar cobrar deudas impagadas por sociedades de dudosa solvencia.

Esas demandas, que llegan ahora al Tribunal Supremo, no están a veces bien fundamentadas. Conforme al principio de relatividad de los contratos (art. 1257 del Código Civil), de las deudas sociales responde la sociedad y si se quiere obtener la condena personal del administrador es necesario acreditar que concurre un fundamento autónomo de responsabilidad (distinto del mero impago de la deuda) y la conexión entre el mismo y la causación de un daño directo objetivamente imputable al comportamiento del administrador.

La demanda que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1ª), num. 253/2016 de 18 abril [RJ 2016\1342] es un ejemplo y dicha sentencia lo deja muy claro:

"En este contexto, para que pueda imputarse a la administradora el impago de una deuda social, como daño ocasionado directamente a la sociedad acreedora, no basta con afirmar que se demoró la exigibilidad del pago de la deuda mediante el endoso de unos pagarés, mientras la sociedad era insolvente y la administradora dejó de cumplir con el deber de liquidar de forma ordenada la sociedad. Debe existir un incumplimiento más nítido de un deber legal al que pueda anudarse de forma directa el impago de la deuda social.

De otro modo, si los tribunales no afinan en esta exigencia, corremos el riesgo de atribuir a los administradores la responsabilidad por el impago de las deudas sociales en caso de insolvencia de la compañía, cuando no es ésta la mens legis. La ley, cuando ha querido imputar a los administradores la responsabilidad solidaria por el impago de las deudas



sociales en caso de incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad, ha restringido esta responsabilidad a los créditos posteriores a la aparición de la causa de disolución (art. 367 LSC). Si fuera de estos casos, se pretende, como hace la demandante en su demanda, reclamar de la administradora la responsabilidad por el impago de sus créditos frente a la sociedad, debe hacerse un esfuerzo argumentativo, del que carece la demanda, por mostrar la incidencia directa del incumplimiento de un deber legal cualificado en la falta de cobro de aquellos créditos."

Es dudoso que la responsabilidad de los administradores en estos casos deba fundamentarse siempre en el incumplimiento de un «deber legal» porque los administradores responden frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales también por falta de diligencia (o dolo) en el desempeño del cargo (art. 236 LSC) siempre que el daño sea «directo» y no derivado de la lesión del patrimonio social (mediante la acción individual).

El endoso de unos pagarés a sabiendas de que no se van a poder pagar a su vencimiento y con la única finalidad de impedir la exigibilidad y por tanto la reclamación judicial de la deuda es un comportamiento doloso que, por mucho que se realice en interés de la sociedad, puede suponer una lesión del derecho de crédito en su faceta de derecho de ejecución del patrimonio del deudor constitutivo de daño directo (art. 241 LSC). El problema estará en acreditar si, de no haber mediado el aplazamiento inherente al endoso para pago de los efectos cambiarios, el acreedor podría haber cobrado la deuda.

La vacante producida por la renuncia de un consejero de un consejo formado por tres miembros no impide su válida constitución por la concurrencia de los dos consejeros restantes

El registrador mercantil rechaza la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de junta general de accionistas, convocada por acuerdo del consejo de administración, por considerar que dicho consejo —formado por tres consejeros— no estuvo válidamente constituido al asistir a la reunión únicamente dos de sus miembros, por renuncia previa al cargo —debidamente inscrita— por parte del tercer consejero.

El registrador considera que la renuncia previa de uno de los consejeros ha dejado al consejo de administración incompleto, por no haber el mínimo de tres miembros previsto, de lo que resulta que la convocatoria de la junta realizada por un órgano de administración incompleto no es válida, pues, de conformidad con el artículo 171. 2 de la Ley de Sociedades de Capital, únicamente cabe para el objetivo limitado y único de recomposición de dicho consejo (lo que no era el caso).

La Resolución la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de marzo de 2016 (BOE num. 83 de 6 de abril) estimó el recurso gubernativo interpuesto por la sociedad y revocó la calificación del registrador por considerar que el consejo fue válidamente constituido, por lo que no se da el supuesto contemplado en el artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital, teniendo el consejo así constituido competencia plena para convocar la junta y fijar el orden del día.

La Dirección General considera que, determinado por la junta general — de conformidad con los estatutos — que el número de consejeros miembros del consejo de administración sea de tres, la vacante producida por la renuncia de uno de ellos no afecta al número de plazas de consejeros, que sigue siendo el mismo (tres consejeros, en este caso). Por aplicación de las reglas relativas a la válida constitución del consejo de administración (art.247.2 LSC), el consejo de administración está válidamente constituido por acudir a la reunión la mayoría de los vocales (los dos consejeros restantes), si bien, para la válida adopción de acuerdos, de conformidad con el artículo 248.1 de la Ley de Sociedades de Capital, dichos consejeros deben decidir por unanimidad (lo que ocurrió en el caso analizado), teniendo el consejo así constituido competencia plena para convocar junta y para fijar el orden del día. Ello sin perjuicio de que la vacante producida pueda cubrirse por los medios legalmente previstos (cooptación, acuerdo de junta) y de la obligación de los consejeros restantes, en cumplimiento de su deber de diligente administración, de promover su cobertura de la forma más adecuada para los intereses sociales.



Cuentas anuales

Depósito de cuentas e informe de auditoría

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha elaborado una doctrina sobre cuándo debe admitirse el depósito de las cuentas anuales de una sociedad cuando se emite un informe de auditoría con opinión denegada.

En los casos de las resoluciones de 23, 24, 25 y 26 de junio de 2014 (BOE 29 de julio) simplemente no llegó a realizarse el informe por falta de examen de las cuentas anuales. La Dirección General considera que el escrito del auditor en el que manifiesta que no ha tenido a su disposición las cuentas anuales y otros documentos esenciales equivale a un informe de auditoría emitido a la luz de dicha cuentas (cualquiera que sea la opinión emitida) es «absolutamente inaceptable». Cuando el auditor afirma que no ha tenido a la vista para su estudio las cuentas anuales está afirmando que no ha emitido informe porque no ha podido disponer del objeto de estudio. En estos casos debe rechazarse el depósito.

En el caso de la Resolución de la DGRN de 8 de enero de 2014 (BOE 5 de febrero) el auditor denegó emitir opinión porque: «debido al efecto muy significativo de las limitaciones al alcance de nuestra auditoría descritas en los párrafos 2 a 5 anteriores, no podemos expresar una opinión sobre las cuentas anuales del ejercicio 2012 adjuntas». En la de 2 de julio de 2015 (BOE 12 de agosto) el informe afirmaba que carecía de información suficiente para realizar su juicio de fiabilidad sobre determinadas partidas de las cuentas anuales, la propia estructura de la cuentas incorporaba partidas de forma indebida y adolecía de otras obligatorias. El Centro Directivo consideró que también debía rechazarse porque, si se admitiera, se vaciaría de contenido el derecho reconocido a los socios.

La resolución de 10 de enero de 2014 (BOE 5 de febrero) ya destacó que el informe de auditoría con opinión denegada en relación con el depósito de cuentas anuales debe ser analizado caso por caso y, a la vista del contenido de la información que suministre el auditor, se decidirá sobre el depósito. En ese informe se decía que existe «una incertidumbre significativa sobre la capacidad para continuar con sus operaciones de forma que pueda realizar sus activos y liquidar los pasivos por los importes y según la clasificación con que figuran registradas en las cuentas anuales adjuntas, que han sido preparadas asumiendo que tal actividad continuará». Asimismo hace constar que «podrían existir, para los años abiertos a inspección, determinados pasivos fiscales». Se admite el depósito porque: (1) no era imputable a la sociedad la denegación del informe; y (2) el rechazo del depósito y consiguiente publicidad sustraería a los terceros, en este caso, una información muy importante.

Lo mismo cabe decir de la Resolución de 11 de marzo de 2014 (BOE 25 de abril) en la que el informe, aún con opinión denegada, denunciaba la existencia de una causa de disolución. Se hacía constar que de la situación económica reflejada en balance resultaba la existencia de fondos propios negativos que situaban a la sociedad en causa legal de disolución así como un fondo de maniobra igualmente negativo. Dicha información es de extraordinaria relevancia para terceros y socios, luego no procedía en este supuesto negar el depósito de cuentas. En esta línea se pueden citar la Resolución de 20 de octubre de 2015 (BOE 19 de noviembre) donde el informe, aún con opinión denegada, ofrecía información «detallada» y «cuantificada» sobre irregularidades contables que interesaba conocer a socios y terceros. Finalmente, sin ánimo de exhaustividad, puede citarse la resolución de 28 de abril de 2016 (BOE número 136, de 6 de junio) que consideró que debía admitirse el depósito de las cuentas anuales porque el informe de auditoría hacía referencia a importes «concretos» relativos a partidas «totalmente identificadas» que se consideraron relevantes para socios o terceros.

Disolución/Liquidación

La transmisión de activos al socio en pago de la cuota de liquidación sólo es posible una vez aprobado el balance final de liquidación

Se presentó en el Registro de la Propiedad escritura pública mediante la que el liquidador societario transmitió el pleno dominio de una serie de bienes, entre los que se encontraba un inmueble, a uno de los dos socios de la compañía en pago (parcial) de su cuota de liquidación. Esta operación se realizó antes de la aprobación del balance final de liquidación y el registrador denegó su inscripción.



La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de febrero de 2016 (BOE núm. 75, de 28 de marzo) ha venido a confirmar la calificación del registrador. A estos efectos la Dirección General, y previo repaso de su doctrina acerca de diferentes aspectos de los procesos de liquidación societaria, recordó que del régimen legal se deduce la imposibilidad de que el liquidador transmita a uno de los socios (total o parcialmente, directa o indirectamente) el activo resultante de la liquidación con anterioridad a la aprobación del balance final de liquidación y hasta que haya transcurrido el plazo previsto en el art. 390 de la Ley de Sociedades de Capital. Además, la resolución reseñada indica que esta conclusión no se ve desvirtuada por el hecho de que la sociedad sufra una situación de bloqueo (una situación de enfrentamiento podría desembocar en la prolongación excesiva de la liquidación y dificultar las labores legalmente encomendadas al liquidador, pero ello no impide la aplicación de las normas previstas en el ordenamiento ni la postergación de derechos individuales de los socios).

La Dirección General rechaza también el argumento esgrimido en el recurso según el cual el negocio realizado no consistía propiamente en la adjudicación del haber social sino más bien en un acto de transmisión en trámite de liquidación, transmisión que se habría hecho en compensación del futuro crédito de liquidación (o, caso de que el balance final no llegara a aprobarse, en concepto de compraventa). En efecto, el Centro Directivo constató que según el contenido de la escritura presentada era indudable que se llevó a cabo una atribución patrimonial en pago de la cuota de liquidación determinada conforme a las operaciones llevadas a cabo por el liquidador y de acuerdo al balance final formulado y no aprobado. Y, adicionalmente, la Dirección General de los Registros y del Notariado puso de relieve que –frente a lo aducido en el recurso– no existe crédito o deuda hasta que se apruebe el balance final de la sociedad (no hay cuota de liquidación ni, consecuentemente, crédito contra la sociedad que pudiera compensarse). Todo ello sin perjuicio de reconocer que nada impide que el liquidador enajene los bienes sociales y que nada impide que lo haga a uno de los socios, como nada impide tampoco que lo haga a plazo o condicionalmente (y ello sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir si se lleva a cabo una liquidación parcial anticipada y encubierta en perjuicio de los demás socios). Pero en ese caso se estaría ante una mera operación de liquidación del haber social y no ante el pago anticipado (e inadmisibles) de la cuota de liquidación.

Modificaciones estructurales

Transformación de sociedad de responsabilidad limitada en sociedad civil

Es inscribible en el registro mercantil la transformación de una sociedad de responsabilidad limitada (cuyo objeto no tenga carácter mercantil) en sociedad civil.

El registrador mercantil denegó la inscripción de una escritura de transformación de una sociedad de responsabilidad limitada en sociedad civil. La sociedad transformada tenía por objeto social «la prestación de servicios y asistencia técnica en los campos de la medicina y de la traducción e interpretación de idiomas, comprendiendo la cesión de uso o goce de toda clase de bienes o inmuebles». Las razones de la calificación negativa fueron básicamente dos: (1) que la transformación de una sociedad de responsabilidad limitada en sociedad civil no es válida, al no estar prevista en el artículo 4 de la Ley de Modificaciones Estructurales; (2) que el objeto de la sociedad resultaba inequívocamente mercantil, no siendo posible la existencia de una sociedad civil con objeto mercantil.

Mediante Resolución de 26 de abril de 2016 (BOE núm. 136, de 6 de junio) la Dirección General de los Registros y del Notariado revocó la calificación del registrador. En síntesis, los argumentos del Centro Directivo giraron en torno a la idea de que la falta de previsión en el artículo 4 de la Ley de Modificaciones Estructurales de la transformación de sociedad limitada en sociedad civil no puede ser entendida como una exclusión por la Ley de tales hipótesis de modificación estructural. En apoyo de esta idea la Dirección General estima que ha de tenerse en cuenta: (a) que tal supuesta exclusión resultaría incoherente en la medida en que supondría admitir que son posibles tipos de transformación que entrañan un cambio de la causa societaria (mutualista o lucrativa) y que, en cambio, resultan prohibidos supuestos de transformación que implican un mero cambio de la forma societaria (civil o mercantil); (b) que el resultado final podría siempre obtenerse por otras vías: dado que una sociedad limitada puede transformarse en sociedad cooperativa (art. 4.5 LME) y dado que, según su legislación propia, una sociedad cooperativa puede transformarse en sociedad civil, no resulta sistemáticamente convincente rechazar la transformación directa de sociedad limitada en sociedad civil (y obligar así a los socios a seguir un tortuoso procedimiento de «doble transformación»).



Una vez admitida esta modalidad de transformación, surge el problema del régimen aplicable. No obstante, en el caso resuelto, al haberse adoptado el acuerdo en junta general y por unanimidad, se dieron -según la DGRN- los requisitos necesarios para la validez de la operación, haciendo innecesario el reconocimiento de un derecho de separación a los socios. La cuestión se habría planteado en otros términos si el acuerdo de transformación se hubiese adoptado por mayoría pretendiendo ampararse en el régimen especial de la Ley de Modificaciones Estructurales (lo que hubiera llevado a preguntarse si sería posible la aplicación analógica de las normas de transformación en sociedad colectiva).

En cuanto a la cuestión del objeto social, la resolución reseñada recuerda que nuestro ordenamiento no admite sociedades mercantiles por su objeto que revistan forma civil (sin que para eludir la aplicación de las reglas mercantiles sea suficiente la expresa voluntad de los socios de acogerse al régimen de la sociedad civil). Lo que no significa que todo objeto social que se refiera a la ejecución de una actividad económica, susceptible de reportar una ganancia, haya de ser necesariamente mercantil. Sobre estas bases, y con criterio discutible, la Dirección General de los Registros y del Notariado estimó que las actividades incluidas en el objeto social de la sociedad transformada no revestían carácter mercantil, sino que eran propias del tráfico civil.

¿Ha tomado postura la DGRN acerca de si segregación y aportación de rama de actividad pueden seguir existiendo como figuras autónomas en nuestro Derecho?

De manera incidental, la Dirección General de los Registros y del Notariado parece haber señalado que, según su criterio, la aportación de una rama de actividad a otra sociedad no puede llevarse a cabo de acuerdo con las reglas propias del aumento de capital (o de la constitución de sociedades, según sea el caso) con aportaciones no dinerarias, sino que ha de efectuarse necesariamente siguiendo el procedimiento establecido para la segregación.

1. Uno de los problemas que planteó la promulgación de la Ley de Modificaciones Estructurales fue el de la posible coexistencia de las modificaciones estructurales típicas con otras operaciones (genéricamente encuadrables entre las operaciones de reestructuración empresarial) que pueden resultar funcionalmente similares. La cuestión se ha suscitado, con especial interés, en relación con la compatibilidad entre la segregación (art. 71 LME) y el régimen de la aportación de rama de actividad (en cuanto ambas operaciones pueden servir como instrumentos de filialización de sociedades). O, por mejor decir: la cuestión discutida ha sido si la aportación a otra sociedad de una rama de actividad debe realizarse siempre y necesariamente —dada la coincidencia en los intereses afectados— de acuerdo con las normas que regulan la segregación.

A este propósito debe recordarse que, tanto en la segregación como en la aportación de rama de actividad, se transmite una unidad económica a una sociedad beneficiaria (ya existente o de nueva creación), recibiendo la sociedad segregada o la aportante acciones, participaciones o cuotas de ésta. Y en ambos casos se generan riesgos, en parte similares, para los socios de las compañías que intervienen en la operación y para los acreedores de las mismas.

Los perfiles estructurales y jurídico-formales de ambas operaciones son, sin embargo, diferentes porque la segregación se encuentra sometida a la normativa de la escisión de sociedades, lo que implica que ha de seguirse un complejo procedimiento para llevar a cabo la operación (lo que incluye la necesidad de un acuerdo de junta, la elaboración de un proyecto de segregación, la redacción de informes de administradores y expertos, el reforzamiento del derecho de información —art. 39 LME—, etc.) y que son aplicables ciertas cautelas a favor de acreedores y trabajadores (y ello sin contar con que en la segregación el traspaso patrimonial se produce por sucesión universal, mientras que en el caso de la aportación —y en ausencia de disposición legal expresa que altere la regla general— la transmisión de los diferentes elementos patrimoniales se llevará a cabo a título particular).

2. La discusión sobre si segregación y aportación de rama de actividad pueden seguir existiendo como figuras autónomas y con perfiles propios en nuestro Derecho (de manera que se ofrecería a los particulares la posibilidad de optar por una u otra vía) permanece abierta en la literatura jurídica.



La Dirección General de los Registros y del Notariado, no obstante, parece haber querido señalar cuál es su postura en esta materia en la Resolución de 11 de abril de 2016 (BOE núm. 133, de 2 de junio).

Hay que advertir, antes que nada, que la Dirección General no se ha visto obligada a enfrentarse directamente con esta cuestión porque no constituía el objeto básico del recurso (de hecho, no se mencionó ni en la nota de calificación del registrador ni en el recurso del notario autorizante). En realidad, el problema se trata incidentalmente y, en cierto modo, de manera inopinada. Hasta el punto que no resulta fácil conocer la trascendencia y el alcance precisos de las manifestaciones vertidas en la Resolución citada.

3. En efecto, en el marco de la referida Resolución de 11 de abril de 2016 se abordan diversos asuntos planteados con ocasión de la presentación a inscripción de una escritura de poder (asuntos relativos a los caracteres y límites de la auto contratación y a la posibilidad de conferir al apoderado la facultad de donar activos sociales). En el curso de su argumentación el Centro Directivo recordó su doctrina tradicional acerca de que han de considerarse incluidos en el ámbito del poder de representación de los administradores de sociedades de capital, no sólo los actos de desarrollo o ejecución del objeto social, sea en forma directa o indirecta, y los complementarios o auxiliares para ello, sino también los neutros o polivalentes (como la constitución de garantías en seguridad de deudas ajenas), y los aparentemente no conectados con el objeto social, quedando excluidos únicamente los actos contradictorios o denegatorios del objeto social.

Pues bien, al hilo de la tarea de perfilar el alcance de la noción de «actos contrarios» al objeto social, la Dirección General se ha detenido (de modo incidental, como se ha dicho) en recordar que el traspaso en bloque de una o varias partes del patrimonio social que supone la segregación debe sujetarse a las rígidas reglas contenidas en la Ley de Modificaciones Estructurales (las cuales van a exigir, aparte del acuerdo en junta de todas las sociedades afectadas, otra serie de medidas dictadas para la protección de los trabajadores de la empresa y para los acreedores).

A esta aseveración la Resolución reseñada añade, en un escueto pasaje, que «de esta forma queda desactivada para el administrador la posibilidad, que antes se admitía, de transmisión de una rama de actividad sin sujetarse a las estrictas reglas establecidas». Aunque como se ha señalado previamente no es fácil determinar en todos sus extremos el significado de semejante pronunciamiento, parece posible aventurar que la DGRN indica que, en su criterio, la aportación (que es una forma de transmisión) de una rama de actividad a otra sociedad no puede llevarse a cabo de acuerdo con las reglas propias del aumento de capital (o de la constitución de sociedades, según sea el caso) con aportaciones no dinerarias, sino que ha de efectuarse necesariamente siguiendo el procedimiento establecido para la segregación.

Quizás semejante conclusión sea excesiva y la DGRN ha pretendido, únicamente, precisar que la aportación de rama de actividad, en cuanto suponga la transmisión de un activo esencial a los efectos del artículo 160.f de la Ley de Sociedades de Capital, no es competencia de los administradores. Pero de ser esto así (y es algo que era ya sostenido ampliamente antes de la reforma operada por la Ley 31/2014) no se entiende que la afirmación se conecte con observaciones sobre la segregación ni que se hable de sujeción a la «estrictas reglas» establecidas para esta operación.

4. Si se comparte que, efectivamente, la DGRN ha tomado postura en relación con esta clásica polémica, no deja de resultar en alguna medida chocante que trate de fortalecer su tesis acudiendo al dato de que la reforma de 2014 incluyó entre las competencias de la junta la enajenación, adquisición o aportación a otra sociedad de activos esenciales. Porque lo cierto es que la Ley de Sociedades de Capital se limita a atribuir la competencia a la junta para determinadas operaciones, pero sin sujetar éstas a las condiciones o los procedimientos previstos en la Ley de Modificaciones Estructurales. Con lo cual nada aporta la nueva regulación en favor de la opinión (si tal opinión existe) de la Dirección General. Antes bien: en el límite, podría llegar a deducirse del vigente artículo 160.f de la Ley de Sociedades de Capital un argumento contrario en la medida en que —cabría aducir— dicho precepto haría posible la aportación de una unidad económica que fuera un «activo esencial» sin más requisito que el acuerdo de la junta general (como es obvio, este razonamiento tampoco resulta concluyente —ahora en sentido opuesto al criterio del Centro Directivo— porque hace supuesto de la cuestión: precisamente lo que se trata de determinar es si una rama de actividad —que normalmente será un activo esencial, pero no necesariamente— puede ser «aportada» a otra sociedad con arreglo a lo establecido en el artículo 160.f de la Ley de Sociedades de Capital o ha de ser objeto de una «segregación»).



Sociedades cotizadas

¿Cuándo hay solicitud pública de representación a los efectos del artículo 186 LSC?

Según el Tribunal Supremo, el artículo 107.3 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 186.3 LSC) determina, no cuándo existe una solicitud pública, sino cuándo una solicitud ha de considerarse que se ha realizado de forma pública.

Para resolver la contradicción entre las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2005 (RJ 2005\9538) y de 6 de julio de 2007 (RJ 2007\5297), la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2016 (JUR 2016/105328) ha fijado como doctrina jurisprudencial la siguiente: «El artículo 107.3 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 186.3 LSC) debe considerarse como una presunción legal que admite prueba en contrario, aplicable únicamente a aquellos casos en que haya mediado una solicitud pública de representación en los términos del art. 107.1 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 186.1 LSC)».

El punto clave de la sentencia reseñada estriba en considerar que lo presumido en el artículo 107.3 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 186.3 LSC) no es la existencia de una solicitud de que se confiera el poder (extremo que habrá de probarse), sino el carácter «público» de la solicitud así efectuada. De ahí que, aunque el representante actúe en nombre de más de tres socios, si la iniciativa para otorgar la representación surge de los propios accionistas, no existirá solicitud pública de representación y no será aplicable el art. 107.1 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 186.1 LSC).

El Tribunal Supremo alcanzó tal conclusión con base en las siguientes ideas:

- a) La regulación de la figura de la solicitud pública de representación tiene una finalidad protectora del accionista para el caso en que su representación no sea otorgada a iniciativa propia, sino solicitada por sujetos o instituciones que suelen tener una posición especialmente cualificada en la sociedad. La Ley pretende que los solicitantes de la representación hagan uso de su poder de acuerdo en interés del accionista representado y no conforme al suyo propio.
- b) Según el Tribunal Supremo, para que sea aplicable el régimen del artículo 107.1 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 186.1 LSC) ha de concurrir un presupuesto «objetivo» (que el otorgamiento de la representación se pida por el futuro representante mediante una solicitud pública) y otro «subjetivo» (que los solicitantes sean los administradores de la sociedad, las entidades depositarias de los títulos o las encargadas del registro de anotaciones en cuenta).
- c) De acuerdo con el artículo 107.3 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 186.3 LSC) se presumirá -salvo prueba en contrario- que cuando hay más de tres representados habrá solicitud *pública* (siempre —indica el TS— que su concesión haya sido solicitada por las personas u organismos mencionados en el apartado 1 del referido artículo). Pero no en otros casos no previstos en el precepto. Por tanto, el artículo 107.3 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 186.3 LSC) no obliga a apreciar la existencia de solicitud pública de representación cuando una misma persona ostenta la representación de más de tres accionistas, sino que únicamente presume (no mediante una presunción propiamente dicha —puntualiza el TS— sino conforme a una «técnica presuntiva») el carácter público de la representación conferida (de modo que es posible probar que no existió solicitud previa —por ejemplo, acreditando que el apoderamiento se otorga por propia iniciativa y no en respuesta a petición alguna—).
- d) La representación otorgada por los accionistas agrupados en un sindicato tiene una motivación y una finalidad diferentes a las de la solicitud pública de representación. Por el pacto de sindicación los sindicatos se comprometen a votar en la junta general en un determinado sentido, bien por sí mismos, bien a través de un representante común. No concurren en estos supuestos, por tanto, los presupuestos para que sea de aplicación el régimen del artículo 107 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 186 LSC).



Para cualquier duda, póngase en contacto con su abogado de referencia en Gómez-Acebo & Pombo o con las personas que abajo se indican:

Estibalíz Aranburu

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

Fernando Igartua

Socio, Madrid
Tel.: (+34) 91 582 91 00
figartua@gomezacebo-pombo.com

Alfonso Areitio

Socio, Bilbao
Tel.: (+34) 94 415 70 15
aareitio@gomezacebo-pombo.com

Fernando de las Cuevas

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

David Gonzalez

Socio, Madrid
Tel.: (+34) 91 582 91 00
dgonzalez@gomezacebo-pombo.com

Mónica Weimann

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

Íñigo Erlaiz

Socio, Madrid
Tel.: (+34) 91 582 91 00
ierlaiz@gomezacebo-pombo.com

Daniel Marín

Socio, Barcelona
Tel.: (+34) 93 415 74 00
dmarin@gomezacebo-pombo.com

Francisco Fita

Socio, Valencia
Tel.: (+34) 96 351 38 35
ffita@gomezacebo-pombo.com

Para más información, consulte nuestra web www.gomezacebo-pombo.com o diríjase al siguiente email de contacto: info@gomezacebo-pombo.com.