

Boletín de
Sociedades

Sección elaborada por

el Área Mercantil

de Gómez-Acebo & Pombo

N.º 4 | 2017



Sumario

ANÁLISIS	2
▶ Separación por falta de distribución de dividendos: se levanta la suspensión de la vigencia del artículo 348 bis LSC	2
▶ Cómputo del plazo previo de la convocatoria de la junta en las sociedades de capital.	5
PRÁCTICA SOCIETARIA	7
▶ Pactos parasociales	7
— ¿Ineficacia de acuerdo social por contravenir un pacto parasocial?	7
▶ Estatutos	8
— Lugares «alternativos» de celebración de la junta general	8
— ¿Es necesario salvar expresamente en los estatutos la previsión del artículo 246.2 LSC?	9
▶ Junta general	10
— Convocatoria de junta general en página web no corporativa	10
— Negativa abusiva a publicar el complemento de la convocatoria solicitado por la minoría	10
▶ Administradores	11
— Cartas de indemnidad de los administradores	11
— Notificación de requerimiento de pago a uno solo de los administradores mancomunados	12
▶ Cuentas anuales	12
— Consulta del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas sobre el régimen sancionador aplicable a una sociedad de capital por incumplimiento de la obligación de depositar las cuentas anuales	12
— El Registro Mercantil debe notificar fehacientemente la calificación negativa del depósito de cuentas.	13
▶ Separación y exclusión de socios	13
— Plazo para el ejercicio de la acción de exclusión por los socios en nombre de la sociedad (art. 352 LSC)	13
▶ Disolución/Liquidación	14
— Cancelación registral de sociedad insolvente con un solo acreedor	14
— Aportaciones a fondo perdido y causa de disolución	15
▶ Modificaciones estructurales	16
— Modificaciones estructurales y acciones rescisorias	16
▶ Sociedades cotizadas	17
— CNMV: informe anual de gobierno corporativo de las entidades emisoras de valores e informe anual de remuneraciones de los consejeros de sociedades cotizadas correspondientes al ejercicio 2015	17

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

Separación por falta de distribución de dividendos:
se levanta la suspensión de la vigencia del artículo 348 bis LSC

Clara Rivero

Abogada del Área Mercantil, Fusiones y Adquisiciones de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

El 1 de agosto de 2011 se promulgó la Ley 25/2011, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio, que, entre otras modificaciones, estableció un nuevo supuesto de derecho de separación de los socios de sociedades de capital, en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital (**LSC**), como sigue:

Artículo 348 bis. Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos

- 1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara 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. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.*
- 3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas.*

El citado precepto estuvo en vigor durante el período comprendido entre el 2 de octubre de 2011 hasta el 23 de junio de 2013, durante el cual se sabe de varios casos de solicitudes de separación, la mayoría sin éxito por estimarse que no se cumplían los requisitos objetivos establecidos en el precepto.

Ante la polémica que desató la inclusión de este nuevo supuesto de separación, sobre todo en el marco de una crisis financiera en la que buen número de pymes sufrían dificultades de acceso a la financiación externa, se optó por suspender su vigencia. En primer lugar, hasta el 31 de diciembre de 2014, a través de la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, y después, hasta el 31 de diciembre de 2016 mediante el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.

Es posible que se deba a la parálisis legislativa, e incluso que se pueda suspender de nuevo, pero lo cierto es que a partir del 1 de enero de 2017 se ha reanudado la vigencia del artículo 348 bis y ésta es una cuestión importantísima en aquellas sociedades de capital en las que existen socios minoritarios.

2. Fundamento del precepto

El artículo 348 bis pretende perfeccionar el régimen de protección de los socios minoritarios frente a la retención abusiva de beneficios generados en la sociedad y, al configurarse como un derecho de separación, permite que el socio que no ha podido acceder al dividendo por impedirlo la mayoría, pueda hacer efectivo su derecho a participar en las ganancias sociales y, por tanto, su ánimo de lucro a través de su salida de la sociedad, mediante el pago del valor razonable de sus acciones o participaciones. De este modo, se remedia la desprotección de los socios minoritarios en



esta situación que hasta ahora sólo habían podido ampararse, aunque deficitariamente, a través de la impugnación de los acuerdos sociales de constitución abusiva de reservas o retención indebida de las ganancias alegando un abuso de derecho o fraude de ley e incluso solicitando el reparto de dividendos (mediante el recurso a las acciones declarativas del resultado positivo de una votación). Con todo, la jurisprudencia suele mostrarse reacia a estimar este tipo de acciones al aplicar la «*business judgment rule*» (discrecionalidad empresarial en lo que se refiere a las necesidades de autofinanciación de la compañía) y al no poder sustituir la voluntad soberana de la junta general imponiéndole la obligación de repartir dividendos.

3. Problemas prácticos

Pese a la legitimidad del fin protegido por el artículo 348 bis, su configuración ha sido duramente criticada al no responder de forma correcta a su fundamento ni ofrecer seguridad jurídica suficiente respecto de su interpretación y aplicación.

Entre otros, se echa en falta: a) una alusión a la mala fe en la retención de los dividendos, en la línea de otros ordenamientos que sólo disponen remedios de este tipo en contextos de opresión de socios (*fraud on the minority*), b) que la falta de reparto de dividendos sea reiterada y, sobre todo, c) una referencia al estado económico, financiero y/o patrimonial de la sociedad en cuestión, que en muchos casos debería poder legitimar la ausencia de reparto de dividendos. De otro modo puede ocurrir que su aplicación se extienda a supuestos que no eran merecedores de protección y que pueden implicar un ejercicio abusivo de este derecho por la minoría.

Adicionalmente, la redacción plantea, entre otros, los siguientes problemas prácticos: a) la normativa contable no es clara respecto al cálculo de «*los beneficios propios de la explotación del objeto social*», de modo que en caso de duda los tribunales tendrán que analizar las partidas y determinar la cifra de beneficio a estos efectos; y b) si «*a partir del quinto ejercicio*» implica que puede ejercitarse el derecho en cualquier momento desde el comienzo del quinto año, o si es en relación con los beneficios generados durante el mismo.

La duda acerca de la imperatividad o carácter dispositivo de esta norma ha sido resuelta por la práctica registral. Durante los últimos años hemos logrado inscribir cláusulas estatutarias, aprobadas por unanimidad, en las que se renuncia a la aplicación del artículo 348 bis LSC, una cuestión importantísima en *start-ups* o sociedades en que invierten fondos de *venture capital*.

4. Conclusiones

El ejercicio del derecho de separación solo puede realizarse en el plazo de un mes a contar desde la celebración de la junta general en la que se rechazó el reparto del dividendo mínimo legal. Es decir, es previsible que el ejercicio del nuevo derecho previsto en el artículo 348 bis sea una cuestión de actualidad, sobre todo a partir de junio de este año.

Teniendo en cuenta las incertidumbres y problemas que la norma plantea, es recomendable que, tanto las sociedades como, en su caso, los socios minoritarios, estén debidamente asesorados sobre la materia.

Cómputo del plazo previo de la convocatoria de la junta en las sociedades de capital

Alberto Díaz Moreno

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

Aunque pueda resultar en alguna medida sorprendente, la cuestión del cómputo del plazo que debe mediar entre la convocatoria de la junta y su celebración suscita dudas y cuestiones sobre las que se ha pronunciado en diversas ocasiones la Dirección General de los Registros y del Notariado (**DGRN**).



1. Planteamiento

El primer apartado del artículo 176 LSC establece lo siguiente en relación con el plazo que ha de mediar entre la convocatoria y la celebración de la junta general en las sociedades de capital: «Entre la convocatoria y la fecha prevista para la celebración de la reunión deberá existir un plazo de, al menos, un mes en las sociedades anónimas y quince días en las sociedades de responsabilidad limitada. Queda a salvo lo establecido para el complemento de convocatoria».

La norma (igual que sus precedentes de la Ley de Sociedades Anónimas y de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) ha dado lugar a ciertas dudas en cuanto a su correcta interpretación. Dudas de gran relevancia práctica por cuanto las infracciones relativas al plazo previo de convocatoria de la junta general pueden desembocar en la ineficacia de todos los acuerdos adoptados en la misma. Seguidamente se resume en lo esencial la doctrina mantenida por la DGRN sobre el mencionado problema del cómputo del plazo mínimo de antelación de la convocatoria.

En todo caso, y como observación previa, ha de recordarse que los estatutos sociales pueden fijar requisitos temporales más exigentes para la convocatoria de la junta (fijando plazos más largos o estableciendo específicas reglas de cómputo que deriven, igualmente, en plazos más amplios —por ejemplo, determinando que se descuenten del cómputo los días inhábiles—). El incumplimiento de las más rigurosas exigencias estatutarias traerá también como consecuencia la impugnabilidad de los acuerdos eventualmente adoptados.

2. Plazo señalado por días

En el supuesto general, en las sociedades limitadas deberá mediar, entre la convocatoria y la fecha prevista para la celebración de la junta, un plazo de, al menos, quince días.

Pues bien, siguiendo el criterio establecido en su momento en relación con las sociedades anónimas por las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo y 21 de noviembre de 1994 [RJ 1944/2532 y RJ 1994/8542] y 23 de diciembre de 1997 [RJ 1997/9189], la DGRN entiende en la actualidad que el cómputo del plazo se debe llevar a cabo teniendo en cuenta como día inicial el correspondiente al de publicación de la convocatoria pero excluyéndose de dicho cómputo el propio día de la celebración de la junta. O, dicho en otros términos: han de contarse quince días desde el día de la convocatoria hasta el anterior a la fecha prevista para la celebración de la asamblea. Así, por ejemplo, se ajustaría al régimen legal la junta convocada el 12 de junio y celebrada el 27 de junio (Res. DGRN 10 de enero de 2002 [BOE núm. 54, de 4 de marzo]) o la convocada el 16 de diciembre y celebrada el 31 del mismo mes (Res. DGRN 1 de junio de 2000 [BOE núm. 156, de 30 de junio]) o la convocada el 12 de septiembre y celebrada el 27 del mismo mes (STS 21 de noviembre de 1994 [RJ 1994/8542]). Pero no, en cambio, la convocada el 22 de septiembre y celebrada el día 6 de octubre (Res. DGRN 5 de julio de 2016 [BOE núm. 194, de 12 de agosto]).

Esta doctrina, inicialmente elaborada en relación con las sociedades anónimas, fue después extendida a las sociedades de responsabilidad limitada sobre la base del derogado artículo 46.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y la consideración de que la diferencia entre el tenor del tal precepto y el del (también derogado) artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas carecía de entidad suficiente como para justificar un trato divergente, especialmente porque ambas formas sociales coinciden en la estructura corporativa y porque la consideración de los principios configuradores de la sociedad de responsabilidad limitada no exige una interpretación diferente en cuanto a este extremo (cfr. Res. DGRN de 15 de julio de 1998 [BOE núm. 191, de 11 de agosto], 9 de febrero de 1999 [BOE núm. 49, de 26 de febrero], 1 de junio de 2000 [BOE núm. 156, de 30 de junio] y 10 de enero de 2002 [BOE núm. 54, de 4 de marzo]).

En la actualidad, y a la vista del contenido del artículo 176.2 LSC, la regla de cómputo comentada se aplicará a las sociedades de responsabilidad limitada (salvo que en los estatutos se haya fijado para la convocatoria una antelación superior fijada por meses). Y, también, a las sociedades anónimas si estatutariamente se ha señalado por días el plazo mínimo que debe mediar hasta la reunión (sin que en este supuesto el plazo pueda ser inferior a 31 días, porque en otro caso no se garantizaría absolutamente el respeto del mínimo de un mes exigido en el artículo 176 LSC: Res. DGRN 5 de junio de 2007 [BOE núm. 159, de 4 de julio]).



Hay que tener en cuenta que en el cómputo del plazo no se descontarán los días inhábiles (Res. DGRN 15 de noviembre de 2005 [BOE núm. 305, de 22 de diciembre]): es decir, se cuentan— salvo prescripción en contra de los estatutos— días naturales).

Y, además, debe observarse que, para las sociedades limitadas, carece de sentido la precisión (a veces apuntada respecto a las anónimas: por ejemplo, STS 21 de noviembre de 1994 [RJ 1994/8542]; Res. DGRN 10 de febrero de 1999 [BOE núm.49, de 26 de febrero] y 15 de noviembre de 2005 [BOE núm. 305, de 22 de diciembre]) relativa a que el día que se excluye del cómputo es el previsto para la celebración de la junta en primera convocatoria (salvo, naturalmente, que se admita —lo que es discutible a la vista de los artículos 177 LSC y 186.2 Reglamento del Registro Mercantil— que los estatutos sociales pueden distinguir, también para este tipo social, entre primera y segunda convocatoria).

3. Plazo fijado por meses

En el supuesto general, en las sociedades anónimas deberá mediar, entre la convocatoria y la fecha prevista para la celebración de la junta, un plazo de, al menos, un mes (art. 176.1 LSC). También será éste el plazo mínimo para la convocatoria de la junta que haya de acordar la fusión o la escisión de la compañía o la cesión global del activo y pasivo de la sociedad (arts. 40, 73 y 87 Ley Modificaciones Estructurales), con independencia de que sea anónima o limitada. Por supuesto, las reglas de cómputo que se exponen a continuación serán también aplicables cuando los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada señalen por meses el tiempo de antelación mínima de la convocatoria.

Pues bien, la DGRN sigue en este caso la misma doctrina, ya conocida, de que ha de considerarse el día de la publicación de la convocatoria como *dies a quo* del cómputo del plazo. Según la Dirección General ello resulta, además, conforme con lo dispuesto en el artículo 5 Código Civil, según el cual los plazos fijados por meses se computarán de fecha a fecha.

Más en concreto, la DGRN entiende que computar de fecha a fecha significa «*que si un mes empieza a contarse en determinada fecha, en la misma del mes siguiente comenzará un nuevo mes, o sea que el último día del plazo es el inmediatamente anterior [...]*» (STS [contencioso-administrativo] de 16 junio 1981 [RJ 1981/2691]; *vid.*, también, STS [contencioso-administrativo] de 21 de diciembre 1987 [RJ 1987/9127]). Y la razón estribaría en que sólo de esta forma se comprendería con exactitud un mes natural, del que excedería el plazo en un día si venciera al agotarse el del mismo número del mes siguiente (Res. DGRN 31 de mayo de 2007 [BOE núm. 149, de 22 de junio], 30 de agosto de 2007 [BOE núm. 240, de 6 de octubre], 20 y 21 de septiembre de 2007 [BOE núm. 244, de 11 de octubre y BOE núm. 245, de 12 de octubre] y 3 de octubre de 2007 [BOE núm. 277, de 19 de noviembre]). Así, por ejemplo, si el día de la publicación de la convocatoria fue el 27 de septiembre, este día habrá de incluirse en el plazo del mes, por lo que debe concluirse que dicho plazo finaliza a las veinticuatro horas del día 26 del mes siguiente —octubre—, de suerte que la junta podrá celebrarse desde las cero horas del día 27 de octubre. Y, de la misma forma, tratándose de sociedades anónimas, la segunda convocatoria de la junta anunciada en los términos del artículo 177.1 LSC, podrá realizarse veinticuatro horas más tarde (en el ejemplo, desde las cero horas del 28 de octubre: Res. DGRN de 29 de agosto de 2007 [BOE núm. 239, de 5 de octubre] y 21 de septiembre de 2007 [BOE núm. 245, de 12 de octubre]). Con todo, hay alguna resolución de la DGRN aislada (e inconsistente con el criterio mantenido con carácter general) que se pronuncia en sentido diferente (*vid.* Res. DGRN de 28 de agosto de 2007 [BOE núm. 240, de 6 de octubre] la cual consideró que, publicada la convocatoria de la junta de una sociedad anónima el 30 de mayo, ésta no podía celebrarse hasta el día 1 de julio inmediato; en términos desconcertantes se pronunció, por su parte, la resolución de 10 de enero de 2007 [BOE núm. 40, de 15 de febrero] en la que la DGRN, después de considerar que la junta convocada el 29 de mayo no pudo celebrarse válidamente el posterior 29 de junio, revoca sin embargo la calificación del registrador que había denegado el depósito de los documentos contables de la compañía).

Por lo demás, no está claro cómo debe aplicarse (o incluso si debe aplicarse en este caso) la regla según la cual cuando en el mes del vencimiento del plazo no hubiera día equivalente al inicial del cómputo se entenderá que el plazo expira el último día del mes (art. 5.1 Código Civil). Por ceñirlo a un ejemplo concreto: la junta convocada el 31 de mayo, ¿podrá celebrarse el 30 de junio o, como parece más lógico, sólo el 1 de julio?



4. Determinación concreta del día a quo en función de la forma «pública» o «privada» de la convocatoria (y con independencia de que el plazo se encuentre fijado por días o por meses)

Como recuerda la DGRN (*vid.*, por ejemplo, Res. de 15 de julio de 1998 [BOE núm. 191, de 11 de agosto], 20 y 21 de septiembre de 2007 [BOE núm. 244, de 11 de octubre y BOE núm. 245, de 12 de octubre] y 5 de julio de 2016 [BOE núm. 194, de 12 de agosto]) el argumento principal utilizado por el Tribunal Supremo para mantener que el día de publicación de la convocatoria ha de entenderse como *dies a quo* para el cómputo del plazo estriba, precisamente, en la relevancia que ha de atribuirse a la fecha de publicación del anuncio. En efecto, la idea básica es que desde el mismo día de la publicación (sin necesidad, por tanto, de esperar al siguiente) los socios están en condiciones de ejercitar los derechos que les otorga la Ley —tales como el de información—, de proveer lo necesario para preparar su representación y de reflexionar sobre el sentido de su voto en la futura junta (en suma, desde el día en que se publica, la convocatoria produce el efecto de poner eficazmente en conocimiento de los interesados que se ha previsto una reunión de la junta en una fecha específica para deliberar sobre determinados asuntos). Esta interpretación no chocaría, por lo demás, con el artículo 5 Código Civil por cuanto este precepto (igual que el art. 1130 Código Civil) se aplica al cómputo de los plazos señalados por días a contar desde uno determinado, lo que no sucede en la determinación del plazo de antelación de la convocatoria de la junta.

De acuerdo con esta reflexión, en caso de convocatoria «en forma pública» (cfr. Res. DGRN 9 de septiembre de 2015 [BOE núm. 235, de 1 de octubre]) el día inicial del cómputo será el de la inserción del anuncio de la convocatoria en la página web corporativa de la sociedad o, en su defecto, el de la publicación del *último* de los anuncios (en el BORME o en un diario de gran circulación: Res. DGRN 10 de febrero de 1999 [BOE núm. 49, de 26 de febrero] y 15 de noviembre de 2005 [BOE núm. 305, de 22 de diciembre]) legalmente requeridos (art. 173 LSC). Si los estatutos precisan una pluralidad de publicaciones el cómputo dará inicio igualmente en la fecha en que se publicó el último de los anuncios exigidos. No parece, sin embargo, que el comienzo del cómputo del plazo haya de demorarse hasta el momento de remisión telemática a los socios de la «alerta» de publicación en la web (o en otro medio, si los estatutos así lo prevén) del anuncio de convocatoria.

Ahora bien, si por disposición estatutaria la convocatoria ha de realizarse mediante un procedimiento de comunicación individual y escrita (art. 173.2 LSC) el plazo se computará a partir de la fecha en que se hubiere remitido el último de los anuncios dirigidos a los socios (art. 176.2 LSC). Así, por ejemplo, ha de considerarse bien celebrada el 27 de junio la junta que fue convocada mediante carta certificada con acuse de recibo remitida a todos y cada uno de los socios el 12 de junio anterior (Res. DGRN 10 de enero de 2002 [BOE núm. 54, de 4 de marzo]). Esta manera de efectuar el cómputo —impuesta por la Ley— no termina de encajar con la argumentación antes señalada del Tribunal Supremo, puesto que resulta claro que en los casos indicados el socio no tendrá la oportunidad de conocer la existencia de la convocatoria (y, por tanto, de ejercitar los derechos que les asisten en relación con la futura junta) hasta la efectiva recepción de la correspondiente comunicación.

5. Antelación mínima en la publicación del complemento de la convocatoria

El complemento de la convocatoria solicitado por los accionistas de una sociedad anónima en los términos del artículo 172.1 LSC deberá publicarse con quince días de antelación, como mínimo, a la fecha establecida para la reunión de la junta (art. 172.2 LSC). Pues bien, todo parece indicar que deberán seguirse también en relación con el cálculo de este plazo las reglas antes vistas para el caso de la fijación del plazo por días. De manera que para determinar si se ha cumplido el plazo legalmente previsto el cómputo habrá de realizarse incluyendo en él el día de la publicación del complemento pero excluyendo el propio día de celebración de la asamblea.



PRÁCTICA SOCIETARIA

Pactos parasociales

¿Ineficacia de acuerdo social por contravenir un pacto parasocial?

Si bien la mera infracción de un pacto parasocial no basta, por sí sola, para la anulación del acuerdo social que lo vulnera, la impugnación puede llegar a tener éxito si es posible concluir que esa vulneración del pacto encuentra encaje dentro de las concretas causas que legalmente permiten fundar la impugnación de los acuerdos sociales.

Sebastián impugnó, en su calidad de socio de CEM Catalana Inmobiliaria, S.L. y SOCIMA Sociedad Industrial de Matricería, S.L., los acuerdos sociales adoptados en sendas juntas generales celebradas el 24 de agosto de 2012. Mediante dichos acuerdos se modificaron los estatutos sociales en lo relativo al órgano de administración (que pasó a estar compuesto por sólo dos administradores mancomunados en lugar de por tres, como sucedía hasta entonces) y se cesaron y nombraron administradores.

La cuestión subyacente a esta impugnación no era otra que la supuesta infracción —a través del acuerdo social adoptado por dos de los socios— del pacto no escrito consentido por los tres únicos socios de ambas compañías. Dicho pacto parasocial (relativo al reparto de los beneficios) venía a establecer que no se distribuirían formalmente dividendos, sino que se procedería de hecho al reparto de los beneficios entre los socios bajo el concepto de pago de retribuciones a los administradores (que eran los mismos tres socios), si bien tales retribuciones se fijaron realmente en atención a la participación de cada socio en el capital. Partiendo de esta base, el actor argumentó que la vulneración del referido pacto derivaría del hecho de que, al haber sido cesado como administrador y no prestar tampoco otros servicios para las sociedades, se le dejarían de pagar las retribuciones a través de las cuales se venía llevando a cabo *de facto* —según lo convenido— la distribución de los dividendos (que ahora sólo aprovecharían a los otros dos socios).

En primera instancia se desestimó la demanda. Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona [sección 15ª] de 31 de marzo de 2016 [JUR 2016\130508] estimó el recurso de apelación y declaró ineficaces los acuerdos impugnados. El razonamiento de la Audiencia puede sintetizarse en torno a las siguientes ideas:

- a) En primer término, y después de un detenido análisis de las circunstancias de hecho, la Audiencia Provincial terminó por considerar acreditada la existencia de un verdadero pacto de socios —si bien de carácter verbal— con el contenido antes mencionado. En consecuencia estimó que los acuerdos impugnados supusieron, efectivamente, una violación del referido acuerdo.
- b) La Sentencia reseñada recordó seguidamente que, según la jurisprudencia, la mera infracción de un convenio parasocial no basta, por sí sola, para la anulación del acuerdo impugnado (STS de 10 de diciembre de 2008 [RJ 2009\17]). Pero la Audiencia advirtió igualmente que ello no implica que no sea posible garantizar la efectividad de lo pactado entre los socios cuando su infracción es el motivo de fondo que justifica la impugnación de los acuerdos sociales; lo que significa es, exclusivamente, que no basta con la mera infracción del pacto entre socios para sustentar exitosamente la impugnación. En otros términos: resulta preciso dar un paso más y determinar si la vulneración del pacto parasocial puede encontrar acomodo entre las concretas causas que, de conformidad con la Ley, permiten fundar la impugnación de los acuerdos sociales.
- c) Este fue —según la Audiencia Provincial— el enfoque correctamente seguido por el demandante, ya que el actor no se limitó a invocar la violación del pacto de socios como motivo directo de la impugnación, sino que lo esgrimió «*como motivo de fondo*» con el que se vinculan las concretas causas aducidas para la impugnación: (i) la violación de la Ley (puesto que con los acuerdos impugnados se habría privado al socio de su derecho al dividendo) y (ii) la lesión del interés social en beneficio de uno o varios socios y el abuso de derecho.
- d) La Audiencia rechazó que los acuerdos fueran contrarios a la Ley por comportar la privación del derecho del actor a participar en el reparto de las ganancias sociales (art. 93 LSC). Sin embargo, entendió que los acuerdos impugnados generaban «*un daño potencial a los intereses sociales, entendidos como aquellos que respetan razonablemente los de la minoría, en especial cuando esa minoría constituye una parte importante del capital social*».



- e) A este propósito la Sentencia reseñada se apoyó de manera evidente en la STS de 7 de diciembre de 2011 [RJ 2012\3521] de la que reproduce —entre otros— el siguiente pasaje: *«los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos —tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder— deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría...»* (debe tenerse en cuenta, con todo, que estas frases se expresaron en el seno de un proceso de impugnación de un acuerdo por el que se destinaron a reservas todos los beneficios distribuibles). En la misma línea, la Audiencia recordó que la nueva redacción del artículo 204 LSC (no aplicable al caso por razones temporales) establece ahora que la lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios. Y es que, según la Audiencia Provincial, aunque tal norma no resultaba de directa aplicación al caso, ha de atribuírsele una eficacia interpretativa del derecho anterior, en la medida en que el legislador no habría hecho otra cosa que trasladar al texto normativo lo que ya era un criterio jurisprudencial asentado. A lo cual se añade que, según cierta doctrina, los pactos parasociales omnilaterales vienen a definir el interés social, de manera que cabe estimar que el acuerdo social que los contraviene vulnera el interés social. Esto es, el acuerdo adoptado en contravención del pacto beneficia —por hipótesis— a los accionistas que lo incumplen en perjuicio de los accionistas que reclaman su cumplimiento (este beneficio de unos y correlativo perjuicio de otros estaría en la propia naturaleza de las cosas —*in re ipsa*—).
- f) En suma, la Audiencia vino a entender que el acuerdo de modificar el órgano de administración no respondía a una necesidad razonable de la sociedad y que se adoptó con la exclusiva finalidad de favorecer el interés propio de la mayoría y en detrimento injustificado de una minoría muy cualificada. A este respecto la Audiencia precisa que si bien el cese del administrador nunca podrá catalogarse de abuso de derecho, ya que lo contrario significaría ir en contra el principio mayoritario (STS 23 mayo 2002 [RJ 2002\6424]), en este caso el acuerdo resultaba abusivo, porque la sociedad decidió vincular el ejercicio de ese cargo al reparto de beneficios, de manera que si se decidió destituir a un administrador debió al mismo tiempo prever un nuevo régimen en el reparto de beneficios para garantizar que la mayoría no estaba abusando de la minoría.

Estatutos

Lugares «alternativos» de celebración de la junta general

Como es sabido, la junta general se ha de celebrar como regla en el domicilio social, salvo que en el anuncio de la convocatoria los administradores hayan determinado otro lugar que, en todo caso, debe ubicarse dentro del mismo término municipal del domicilio de la sociedad. La alteración de estas reglas, normalmente para lograr un régimen más flexible, requiere: 1) que todos los socios, presentes o representados, acuerden por unanimidad celebrar la reunión en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero —es la denominada «Junta Universal»— o 2) que los estatutos establezcan una disposición contraria a la prevista legalmente. Nótese que la junta general de la sociedad de capital siempre ha de celebrarse en algún lugar físico, donde habrá de constituirse la denominada «mesa» de la junta general (presidente y secretario) y que el derecho de los socios a participar a distancia, conforme a lo previsto en los estatutos/convocatoria, no comprende la posibilidad de celebrar una junta enteramente *on line* ni la participación a distancia puede convertirse en una obligación.

La regulación estatutaria del lugar de celebración de la junta puede ser conflictiva. En ocasiones, los operadores necesitan mayor flexibilidad porque, por diversas razones de orden práctico, puede no ser conveniente celebrar la junta en el término municipal del domicilio social (que ha de ser fijado donde se encuentre el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación) y tampoco es posible lograr el consenso de todos los socios para celebrar junta universal en otro lugar. Esta es la razón por la que se ha planteado la licitud de una cláusula estatutaria que permita a los administradores fijar en la convocatoria como lugar de celebración de la junta cualquiera dentro del territorio nacional o la posibilidad de establecer en los estatutos uno o varios lugares alternativos de celebración de la junta general, a elección de los administradores.



De momento, lo único que se puede afirmar con seguridad es que una cláusula que diga «*las Juntas Generales (...) se celebrarán en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio o, de forma alternativa, en el término municipal de [Madrid] (...)*» es válida. La resolución de la DGRN de 3 de octubre de 2016 [BOE 252, de 18 de octubre] así lo ha declarado y, al tiempo, en consonancia con las resoluciones de 19 de marzo [BOE núm. 100, de 25 de abril] y 30 de septiembre de 2014 [BOE núm. 260, de 27 de octubre], ha establecido las siguientes precisiones sobre este tipo de cláusulas estatutarias: 1) el lugar de celebración previsto en los estatutos debe estar *determinado*, de modo que tanto socios como terceros puedan conocerlo y actuar en consecuencia con un razonable margen de previsibilidad de modo que ha de quedar garantizada la posibilidad de que asistan personalmente a la junta convocada si ese es su deseo y 2) tal determinación requiere que la cláusula haga referencia a un espacio geográfico determinado por un *término municipal o espacio menor* como una ciudad o un pueblo.

La previsión estatutaria no puede suponer una libertad absoluta de los administradores para convocar donde tengan por conveniente, pues los derechos de los socios quedarían frustrados si las juntas fueran convocadas para llevarse a cabo en lugares completamente desconectados del centro de imputación de sus relaciones con la sociedad o en términos tales que hicieran imposible o muy dificultoso su ejercicio. La cláusula estatutaria que permite celebrar las juntas generales en el término municipal del domicilio social o alternativamente en el término municipal de otra ciudad o pueblo distinto es lícita: «*[...]. De este modo se combina de un modo razonable la previsión de que los estatutos autoricen a determinar un lugar de convocatoria distinto al previsto legalmente con el derecho de los socios a que su derecho de asistencia y voto no quede al absoluto arbitrio del órgano de administración*».

La resolución no se pronuncia sobre la posibilidad de fijar más de un lugar alternativo de celebración a elección de los administradores, opción que, aún avalada por alguna opinión doctrinal, nos parece que puede plantear problemas de inscripción. Una cláusula de ese tipo, cuyos límites son difíciles de fijar a priori (v.gr. todos los municipios de una comunidad autónoma) implicaría facultar de hecho al órgano de administración para elegir en la convocatoria el lugar de celebración de la junta general que tuvieran por conveniente (dentro de los establecidos por los estatutos), frustrando las legítimas expectativas de los socios de que el lugar físico de celebración de la junta general sea previsible. Con todo, es una cuestión conflictiva sobre la que no existen precedentes jurisprudenciales y habrá que esperar a ulteriores resoluciones del Centro Directivo sobre esta materia.

¿Es necesario salvar expresamente en los estatutos la previsión del artículo 246.2 LSC?

Cuando la regulación estatutaria del funcionamiento del consejo de administración pueda ser interpretada en el sentido de que pretende obviarse la previsión contenida en el artículo 246.2 LSC resulta preciso, para la inscripción y en aras de la claridad, que se deje a salvo expresamente lo dispuesto en dicho precepto.

Se presentó a inscripción una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada en cuyos estatutos no se incluía referencia alguna a la previsión recogida en el apartado 2 del artículo 246 LSC (aunque sí se disponía que, en caso de que un consejero solicitara la convocatoria del órgano, el presidente del consejo no podría demorarla por un plazo superior a quince días desde la recepción de la solicitud). El texto literal de la cláusula discutida es la siguiente: «*El Consejo se reunirá siempre que lo solicite un Consejero o lo acuerde el Presidente, o quien haga sus veces, a quien corresponde convocarlo. En el caso de que lo solicitara un Consejero, el Presidente no podrá demorar la convocatoria por un plazo superior a quince días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud*».

La registradora suspendió la inscripción solicitada porque, a su juicio, al omitirse cualquier referencia a una parte de la normativa (concretamente a la posibilidad de la convocatoria por un tercio de los consejeros) se podría llegar a producir una falta de adecuada información a los terceros.

Llamativamente, la DGRN ha venido a confirmar la calificación de la registradora (Res. de 14 de noviembre de 2016 [BOE núm. 289, de 30 de noviembre]).

La Dirección General comenzó por recordar que la Ley exige que en los estatutos de las sociedades de responsabilidad limitada se establezca una disciplina mínima de organización y funcionamiento del consejo de administración (art. 245.1 LSC). Naturalmente, hay extremos cuya previsión pudiera considerarse innecesaria (por ejemplo, la fijación de un orden del día) dadas las funciones atribuidas a dicho órgano y la permanente dedicación de sus miembros (que implica un



conocimiento puntual y detallado de la actividad de la sociedad). Pero otras reglas, como la forma de convocatoria o la antelación con que ha de hacerse, sí deben ser objeto de regulación estatutaria. A lo cual la Dirección General añadió que, a la vista de la actual redacción del artículo 246 LSC, cabe entender, por una parte, que no es imprescindible la existencia de un precepto estatutario sobre atribución de la competencia para realizar la convocatoria del consejo de administración de las sociedades de responsabilidad limitada (toda vez que si falta será aplicable supletoriamente el régimen legal); y, por otra parte, que los estatutos de tales sociedades podrán contener disposiciones sobre la competencia para convocar el consejo más favorables para los miembros del mismo, pero que no podrán restringir la legitimación que les reconoce el artículo 246.2 LSC.

Sobre esta base la Dirección General ha terminado por considerar que la cláusula estatutaria debatida, en tanto que no contiene salvedad alguna, contradice la norma legal «de legitimación mínima» de determinados administradores para convocar el consejo. Y es que, según el Centro Directivo, no basta con aducir el carácter imperativamente aplicable del artículo 246.2 LSC, pues la cláusula discutida podría interpretarse en el sentido de que la voluntad de los fundadores fue obviar la regla legal referida y sustituirla por lo dispuesto en ella. En suma, dada la exigencia de claridad y precisión del título y de los asientos registrales, no puede accederse a la inscripción de una cláusula como la comentada porque, precisamente, no se deja expresamente a salvo lo establecido en el artículo 246.2 LSC.

Junta general

Convocatoria de junta general en página web no corporativa

No es válida la convocatoria de la junta general publicada únicamente en una página web de la sociedad cuando dicha página web no reúne las condiciones legales para considerarse la página web corporativa regulada en el artículo 11 bis LSC.

La compañía «El palacio de las Salinas, S.L.» publicó el anuncio de convocatoria de junta general en la página web de la entidad, «palaciodelassalinas.es». La registradora mercantil denegó el depósito de las cuentas aprobadas en la junta al considerar que había sido defectuosamente convocada porque la página web citada no había sido creada, inscrita y publicada en los términos establecidos en el artículo 11 bis LSC.

La cuestión se suscitó porque en la hoja registral de la sociedad constaba por nota marginal el dominio de Internet de dicha entidad, el cual era, precisamente, «palaciodelassalinas.es» (todo ello de conformidad con el art. 9 de la Ley 34/2002, hoy derogado por la Ley 56/2007).

Pues bien, la resolución de la DGRN de 2 de noviembre de 2016 [BOE núm. 283, de 23 de noviembre] ha entendido que, a los efectos del artículo 173 LSC, no cabe atribuir efecto alguno a la mera indicación de un dominio en Internet que conste mediante nota marginal en la hoja registral.

En consecuencia, y dado que la sociedad carecía de página web creada, inscrita y publicada en los términos previstos en el artículo 11 bis LSC, la convocatoria de la junta general debió haber sido publicada en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que estuviera situado el domicilio social. Al no haberse respetado esta exigencia de forma son nulos los acuerdos adoptados y no pueden tener acceso al Registro, por lo que la Dirección General confirmó la nota de calificación de la registradora.

Negativa abusiva a publicar el complemento de la convocatoria solicitado por la minoría

Son nulos los acuerdos adoptados en junta general cuando la sociedad se negó a publicar el complemento de la convocatoria aduciendo (de manera contraria a la buena fe) que la notificación de solicitud no fue presentada en el domicilio social (siendo así que en ocasiones precedentes se había dado curso a requerimientos presentados fuera de dicho domicilio).

Mediante anuncios publicados en BORME y en la página web de la compañía el día 18 de mayo de 2011, se convocó reunión de la junta general de «Eulen, S.A.» para el día 20 de junio de 2011. El 23 de mayo un accionista minoritario



solicitó fehacientemente la publicación de un complemento de la convocatoria de la junta. El correspondiente escrito fue presentado en la sede central de negocios de la sociedad (en Madrid) y no en el domicilio social (radicado en Bilbao). Los administradores rechazaron la solicitud y dos socios (entre ellos el solicitante del complemento) impugnaron la junta.

La demanda fue desestimada tanto en primera como en segunda instancia. A los efectos que ahora interesan, y prescindiendo de otras cuestiones, la razón principal de la desestimación fue que la petición de complemento no fue efectuada en el lugar adecuado. Sin embargo, el Tribunal Supremo, mediante sentencia núm. 693/2016 de 24 de noviembre [JUR 2016/261557], casó la sentencia de la Audiencia y estimó la demanda declarando la nulidad de la junta impugnada y de todos los acuerdos adoptados en ella.

Para llegar a la solución mencionada el Tribunal Supremo tomó básicamente en consideración la conducta previa de la propia compañía. En efecto, tuvo por acreditado que, en dos juntas generales de «Eulen, S.A.» celebradas el año anterior, el mismo socio minoritario había solicitado la publicación de un complemento del orden del día mediante escritos presentados, en ambos casos, en la sede principal de negocios de la sociedad en Madrid (no, por tanto, en el domicilio social). Y en ambos casos los administradores no rechazaron la petición y accedieron a la solicitud formulada.

En suma, concluye el Tribunal Supremo, se había generado en el socio minoritario la razonable expectativa de que las peticiones de complemento del orden del día podían presentarse eficazmente en la sede de negocios de la compañía en Madrid. Con estos antecedentes, rechazar (como hizo la sociedad) la petición presentada en 2011 en dicho lugar (en plena coherencia con la práctica anterior y bajo la confianza generada por la actuación previa de los administradores) con la excusa de que no se recibió en el domicilio social constituye un acto contrario a la buena fe (art. 7 Código Civil), y ha de considerarse equivalente a un rechazo injustificado de la petición de complemento.

Administradores

Cartas de indemnidad de los administradores

La responsabilidad de los administradores (y directivos asimilados a los administradores) por falta de diligencia en el desempeño del cargo puede determinar el ejercicio de acciones de indemnización de daños y perjuicios tanto por la sociedad, si es su patrimonio el perjudicado, como por los socios o terceros si han sufrido un daño directo (no derivado de la lesión del patrimonio social).

La responsabilidad frente a la sociedad, a salvo previsiones estatutarias de limitación o exclusión de la responsabilidad por falta de diligencia, sólo puede ser eliminada por la propia sociedad mediante acuerdos de renuncia expresa a la acción, una vez producido el daño, lo que no se puede deducir ni de los acuerdos de aprobación de las cuentas anuales ni de la gestión realizada por el ejercicio o proclamaciones similares. Por su parte, los acuerdos de autorización, instrucción o ratificación adoptados por la junta general, aunque sean unánimes, no exoneran de responsabilidad a los administradores, sin perjuicio de la posibilidad de aplicar, caso por caso, la doctrina de los propios actos a quienes pretendan reclamar responsabilidad por hacer precisamente aquello que consintieron.

Estas son las razones por las que las sociedades de capital no pueden conceder cartas de indemnidad a sus administradores por los daños causados al patrimonio de la propia sociedad. Estas cartas de indemnidad, y con las limitaciones propias de la prohibición de exoneración de la responsabilidad por dolo (léase deberes de lealtad), sólo pueden ser suscritas por el socio o un tercero.

El alcance de las denominadas «cartas de indemnidad», cuando éstas son otorgadas por la propia sociedad, hay que limitarlo por ello a supuestos de responsabilidad de los administradores por daños a socios o terceros y que no constituyan al tiempo una infracción de los deberes en el desempeño del cargo frente a la propia sociedad (v.gr. administrador que resulta condenado a indemnizar a un tercero por una decisión adoptada en defensa del interés social). Se trata por ello de un (importante) refuerzo de las acciones de regreso a las que tiene derecho todo gestor de asuntos ajenos que resulte condenado a indemnizar a tercero por actos realizados en el desempeño del cargo.



Notificación de requerimiento de pago a uno solo de los administradores mancomunados

Es válida la notificación dirigida a la sociedad y recibida por un solo administrador cuando el órgano de administración esta integrado por tres administradores mancomunados.

Como culminación de un procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria se otorgó escritura de venta extrajudicial de una finca. En el curso de dicho procedimiento se llevaron a cabo varios intentos (fallidos) de efectuar el pertinente requerimiento de pago a la sociedad deudora (tanto en el domicilio registral de la compañía —que coincidía con el designado en la escritura de préstamo a efectos de notificaciones— como en la propia finca hipotecada). Finalmente compareció en la notaría uno de los tres administradores mancomunados de la compañía deudora, quien se dio por notificado en esta condición y en la de hipotecante no deudor.

La registradora de la propiedad denegó la inscripción porque, según su criterio, no se había efectuado debidamente el requerimiento de pago. En su opinión el requerimiento —que no constituiría una mera notificación, sino un trámite esencial del procedimiento de ejecución— fuera del domicilio social debe ser efectuado a quién ostente la representación de la compañía (y, por tanto, no a un administrador mancomunado de manera individual). Conviene precisar que el órgano de administración de la sociedad deudora estaba compuesto por tres administradores mancomunados, pudiendo actuar en nombre de la sociedad cualesquiera dos de ellos de manera conjunta.

Pues bien, mediante resolución de 13 de octubre de 2016 [BOE núm. 265, de 2 de noviembre] la DGRN ha revocado la calificación de la registradora. Para ello ha razonado desde las siguientes premisas:

- a) Es cierto que el requerimiento de pago constituye un trámite esencial del procedimiento de ejecución, pero su objeto no es otro que la notificación de la existencia de las actuaciones notariales y la intimación a realizar el pago. En consecuencia, resulta perfectamente aplicable el artículo 235 LSC.
- b) Hay que distinguir entre el poder de representación de los administradores y la capacidad para recibir notificaciones y requerimientos. Precisamente la LSC aborda separadamente ambas cuestiones. Por un lado señala (art. 233) que la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos (sin perjuicio de las reglas contenidas en el propio precepto). Y, por otro, establece (art. 235) que cuando la administración no se hubiera organizado en forma colegiada, las comunicaciones o notificaciones a la sociedad podrán dirigirse a cualquiera de los administradores (Res. DGRN 5 de marzo de 2014 [BOE núm. 82, de 4 de abril]).
- c) Precisamente el primer inciso del referido art. 235 LSC encuentra especial aplicación en los supuestos de administración mancomunada (pues es evidente que en el caso de solidaridad cualquiera de los administradores está inicialmente habilitado para la recepción de requerimientos). La finalidad de la regla estriba, justamente, en eliminar la necesidad de notificar a cada uno de los componentes del órgano de administración (lo que podría llegar a generar enormes dificultades).

Cuentas anuales

Consulta del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas sobre el régimen sancionador aplicable a una sociedad de capital por incumplimiento de la obligación de depositar las cuentas anuales

La consulta del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (**ICAC**) publicada en el BOICAC nº 107/2016 se pronuncia sobre el régimen sancionador aplicable a una sociedad de capital por incumplimiento de la obligación de depositar las cuentas anuales.

Es sabido que el incumplimiento de la obligación de depositar las cuentas anuales de una sociedad puede conllevar, aparte del cierre del registro, la imposición de una multa, previa instrucción de expediente por el ICAC, de entre



los 1.200 a 60.000 euros (importe que se puede elevar para las sociedades con un volumen de ventas superior a 6.000.000 de euros, elevándose el límite de la multa para cada año de retraso a 300.000 euros).

Conforme a la consulta reseñada, el régimen sancionador aplicable comienza mediante el traslado al ICAC (por parte de la DGRN), dentro de los dos primeros meses de cada año, de las listas de las sociedades incumplidoras durante el año anterior, para la incoación del correspondiente expediente sancionador (cfr. art. 371.2 RRM). A continuación, el ICAC inicia de oficio los correspondientes expedientes sancionadores, de conformidad con el procedimiento previsto en la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (si bien para los expedientes iniciados antes del 2 de octubre de 2016, es aplicable el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora).

La consulta asimismo confirma expresamente que cualquier persona puede denunciar el incumplimiento de una sociedad de capital de la obligación de depositar sus cuentas anuales en el Registro Mercantil conforme a lo dispuesto en los artículos 62 a 64 de la citada Ley 39/2015 y ello puede justificar la iniciación de oficio del procedimiento sancionador para la sociedad incumplidora. El órgano competente comunicará al instructor del procedimiento el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, y se notificará a los interesados (entendiendo como interesada en todo caso a la sociedad incumplidora).

La consulta aclara que no existe obligación de notificar al denunciante, en su condición de tal, la iniciación del procedimiento sancionador, pues la presentación de una denuncia, por si sola, no confiere al denunciante la condición de interesado en el procedimiento que en su caso pueda iniciarse a raíz de la denuncia, y tanto la normativa reguladora del procedimiento — como la normativa sobre depósito de cuentas anuales— no establecen disposición alguna a este respecto.

El Registro Mercantil debe notificar fehacientemente la calificación negativa del depósito de cuentas

La resolución de la DRGN de 12 de julio de 2016 [BOE núm.194, de 12 de agosto] mantiene la obligatoriedad de notificar fehacientemente la calificación negativa por el registrador mercantil del depósito de cuentas. De conformidad con la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de febrero de 2016 —Instrucción Sexta—, «*el incumplimiento de la obligación de depositar las cuentas anuales en el plazo legalmente establecido genera en el órgano de administración de la sociedad obligada la responsabilidad a que se refiere el artículo 283 de la ley de Sociedades de Capital. Cuando el incumplimiento deriva de la imposibilidad de llevar a cabo el depósito solicitado por concurrir, a juicio del registrador mercantil, defecto que lo impide, se hace necesario llevar a cabo la notificación a que se refiere el artículo 322 de la Ley Hipotecaria*».

El hecho de que esta notificación llegue a efectuarse es importante desde el punto de vista de los deberes (y la responsabilidad) de los administradores, porque ya no será posible alegar el desconocimiento del rechazo del depósito de cuentas para (intentar) quedar exonerado de responsabilidad.

Separación y exclusión de socios

Plazo para el ejercicio de la acción de exclusión por los socios en nombre de la sociedad (art. 352 LSC)

El plazo para que el socio que hubiere votado a favor del acuerdo de exclusión pueda ejercitar la acción de exclusión en nombre de la sociedad cuando ésta no la hubiere ejercitado en el plazo de un mes a contar desde la fecha de adopción del acuerdo (art. 352.2 LSC) es igualmente de un mes, pero ahora contado desde el día en el que tuvo conocimiento, o no pudo tenerlo, de la inactividad de la compañía.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo 1ª núm. 440/2016 de 29 de junio [RJ 2016\2902], que sigue en este punto la doctrina de la sentencia de 9 de abril de 2003 [RJ 2003/2958], el plazo para ejercitar la acción de exclusión debe ser el



mismo cualquiera que sea quien efectivamente la ejercite. Por tanto, será de un mes tanto para la sociedad —legitimada principal— como para el socio que votó a favor del acuerdo —legitimado subsidiario—.

Según explica el Tribunal Supremo, el artículo 352.3 LSC (al igual que el derogado art. 99.2 LSRL) no establece un plazo específico para el ejercicio de la acción por el socio. Y no lo hace precisamente porque dicho plazo es el mismo señalado para la sociedad. La sentencia reseñada argumenta que si la Ley hubiera querido que los plazos fueran diferentes lo habría establecido así expresamente. A tal efecto, no cabe olvidar que el artículo 352.2 LSC no confiere al socio una legitimación propia, sino una legitimación subsidiaria, como se evidencia cuando dispone que la acción de exclusión del socio se ejercitará «en nombre de la sociedad». Es decir, el interés legalmente tutelado no es el del socio, sino el de la sociedad. Y en estas condiciones, como indica la mencionada sentencia de 9 de abril de 2003, no sería razonable entender que la compañía cuenta con un plazo reducido para actuar por sí misma (un mes) y que, en cambio, goza de mucho más tiempo (previsiblemente, el señalado en el art. 947 Código de Comercio) cuando ante su inactividad actúan los socios en su nombre.

Ahora bien, justamente por la subsidiariedad de la legitimación, el plazo de que gozan la compañía y los socios se computan de manera «sucesiva», lo que determina que el *dies a quo* sea distinto en un supuesto y en otro. Así, en el caso de la sociedad el plazo comienza a correr en la fecha de adopción del acuerdo de exclusión. Por el contrario, en el caso de ejercicio de la acción por un socio el plazo se computará desde el día en que hubiera tenido conocimiento, o hubiera debido tenerlo, de que la sociedad no había ejercitado la acción.

En suma, el artículo 352.3 LSC viene a establecer que la sociedad cuenta con un plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del acuerdo, para ejercitar la acción de exclusión prevista en el segundo apartado del referido precepto. Si la compañía deja transcurrir dicho plazo sin hacerlo, la legitimación se traslada de manera subsidiaria a cualquier socio que hubiera votado a favor del acuerdo, socio que deberá ejercitar la acción en el mismo plazo de un mes, a contar desde que tuvo o debió tener conocimiento de que la sociedad no lo había hecho. Si, por el contrario, ni la sociedad ni ningún socio legitimado ejercen la acción en tales plazos sucesivos, decaerá el acuerdo adoptado en la junta.

Disolución/Liquidación

Cancelación registral de sociedad insolvente con un solo acreedor

Cuando el liquidador manifiesta en la escritura de extinción de una sociedad insolvente que existe un único acreedor (insatisfecho), y dado que no procede declarar el concurso en tales condiciones, no cabe condicionar la cancelación registral de la compañía deudora a la previa obtención de una resolución judicial.

El registrador mercantil denegó la inscripción de la escritura de extinción de una sociedad otorgada por su liquidador al no incluirse en la misma la manifestación de que se había procedido al pago de todos los acreedores o a la consignación de sus créditos (art. 395.1.b LSC). Se daba además la particularidad de que el liquidador declaró que existía un único acreedor.

Básicamente el registrador entendió que cuando no han sido satisfechos todos los acreedores resulta obligado acudir al procedimiento concursal para que pueda culminar el proceso de extinción de la sociedad y de cancelación de sus asientos registrales. El Juzgado de lo Mercantil desestimó la demanda interpuesta contra dicha calificación negativa. Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28ª) de 27 de septiembre de 2016 [JUR 2016\250851] estimó el recurso de apelación y ordenó que se procediera a la inscripción de la escritura de extinción y a la cancelación de los asientos correspondientes a la compañía.

La Audiencia Provincial se enfrentó con el problema descrito constatando, en primer lugar, la existencia de una doctrina oscilante de la DGRN. Divergencia que quedaría plasmada en la contradicción apreciable entre las resoluciones de la DGRN de 2 de julio de 2012 [BOE núm. 225, de 18 de septiembre] que requirió la existencia de una resolución judicial recaída en proceso concursal para que pudiera practicarse la cancelación de los asientos de sociedades insolventes y de 29 de abril de 2011 [BOE núm. 122, de 23 de mayo], recientemente seguida por la resolución de 1 de agosto de 2016 [BOE núm. 230, de 23 de septiembre], que no consideró exigible la existencia de una resolución del juez del concurso para practicar la cancelación de los asientos de la sociedad insolvente cuando varios acreedores han quedado insatisfechos.



Ahora bien, prescindiendo de lo anterior (aunque en rigor la Sentencia reseñada toma en consideración los razonamientos contenidos en las resoluciones citadas), la Audiencia Provincial plantea una cuestión previa para el caso de que exista un único acreedor: al efecto de decidir si es precisa una resolución judicial ha de dilucidarse primeramente si es o no legalmente posible en tales hipótesis la sustanciación de un proceso concursal (porque si la respuesta a este segundo interrogante fuera negativa, debería serlo forzosamente también la respuesta al primer interrogante). Lo contrario supondría condenar a la sociedad a mantenerse con carácter indefinido y *ad eternum* en un extraño limbo jurídico.

Formulada la cuestión en estos términos, la Audiencia Provincial reiteró su doctrina en el sentido de que es requisito conceptual (inherente a toda declaración de concurso) la existencia de un número de acreedores plural y concurrente. Según la Audiencia, sobre este elemento esencial pivota toda la institución concursal y su exigencia se encuentra implícita en diversos preceptos legales (por ejemplo, arts. 2.1 y 2.2 Ley Concursal). En consecuencia, no cabe supeditar la cancelación registral a la obtención de la resolución del juez de un concurso que no puede ser declarado a falta de pluralidad de acreedores.

Adicionalmente, la Audiencia Provincial recordó que la eventual inexactitud de la manifestación del liquidador según la cual la sociedad a extinguir carece de medios patrimoniales para satisfacer al único acreedor subsistente no puede ocasionar a este indefensión o alguna suerte de quebranto o merma de sus derechos. Como tampoco origina el menor perjuicio al eventual acreedor omitido o ignorado en la escritura de extinción la hipotética manifestación del liquidador, contraria a la verdad, de que han sido satisfechos todos y cada uno de los acreedores de la sociedad. Y ello porque la cancelación registral constituye una hipótesis de extinción «formal» de la sociedad pero no de extinción «material». De manera que, en tanto no se extingan las relaciones jurídicas pendientes, no podrá considerarse excluida la capacidad de la compañía para ser parte en el proceso que contra ella pueda promover el acreedor eventualmente ignorado en la declaración a la que alude el artículo 395.1.b LSC; de igual modo que la cancelación registral tampoco impediría al acreedor que sí se menciona en calidad de insatisfecho promover contra la sociedad extinta las acciones oportunas si descubriese que no se adecuó a la realidad la carencia de activos proclamada por el liquidador en la escritura de extinción (SSTS 27 de diciembre de 2011 y 20 de marzo de 2013; pero *vid.* STS 25 julio 2012).

Aportaciones a fondo perdido y causa de disolución

1. El caso

La demanda que dio origen a este procedimiento, promovida por un socio, solicita la disolución judicial y nombramiento de liquidador «independiente» por parte del Juzgado. Se invocan las causas de disolución del artículo 363 e) LSC (disolución por pérdidas) y subsidiariamente la prevista en el artículo 363.1 c) LSC (imposibilidad de la consecución del fin social). Esta última cuestión fue rechazada en la instancia porque se acreditó que la sociedad disponía de «solvencia» suficiente para continuar la actividad. Otra cosa es la situación patrimonial. La cuestión debatida es si una determinada suma (200.000 euros) se había entregado por los socios a la sociedad en concepto de aportaciones a la cuenta 118 o era una entrega en concepto de préstamo y por tanto a registrar en el pasivo exigible. La sociedad sostiene que no procede la disolución porque era aportación a fondo perdido y, por tanto, no había obligación de disolver.

2. STS 1ª núm. 696/2016, de 24 de noviembre [RJ 2016\5674]

Esta sentencia tiene cierto interés, ya que:

- a) El Tribunal distingue las aportaciones a fondo perdido de los préstamos participativos:

«Estas aportaciones de los socios (las de la cuenta 118 PGC) son aportaciones a fondo perdido o, de forma más específica, para compensación de pérdidas, sin que los socios tengan un derecho de crédito para su devolución. Como se desprende del reseñado art. 36.1.c) CCom, es preciso que no formen parte del pasivo. De otro modo, se trataría de préstamos de los socios, que tendrían derecho a ser restituidos, razón por la cual, salvo que tengan la consideración de préstamos participativos, forman parte del pasivo exigible».



- b) La sociedad contabilizó la «aportación» como pasivo exigible y quería defender en el proceso que «desde el principio» o por «voluntad posterior» de los aportantes «renunciando con ello al derecho de crédito a exigir de la sociedad su devolución».

3. Comentario

El planteamiento de defensa de la sociedad parece conceptualmente correcto. Con independencia del registro contable, para determinar si lo entregado a la sociedad lo fue en concepto de aportación o en concepto de préstamo, es necesario analizar la voluntad real de los socios. Eso requiere, sin embargo, desplegar una actividad probatoria compleja sobre diversas cuestiones: a) si las cantidades fueron entregadas por todos los socios en proporción al capital o sólo por uno o algunos de ellos o en condiciones distintas de la participación; b) las condiciones pactadas en el préstamo si es que se pactó alguna (plazo de devolución, intereses, garantías, documentación etc.); c) la composición del capital de la compañía (sociedad cerrada) y, sobre todo, d) la situación patrimonial y financiera en el momento de la realización de la transferencia patrimonial a favor de la sociedad. En eso han consistido siempre los pleitos sobre recalificación (*recharacterization*).

Modificaciones estructurales

Modificaciones estructurales y acciones rescisorias

1. La doctrina

La STS 1ª núm. 682/2016, de 21 de noviembre (del PLENO), declara que las modificaciones estructurales traslativas (en el caso, una escisión) no son susceptibles de rescisión concursal (art. 71 Ley Concursal) porque ello sería contradictorio con las razones de seguridad jurídica que justifican la inatacabilidad de las modificaciones estructurales una vez inscritas en el Registro Mercantil.

La prohibición de «impugnación» (término más amplio que el de nulidad) prevista en el artículo 47 de la Ley de Modificaciones Estructurales (**LME**) — norma especial frente al régimen general del Derecho Civil concursal o no — alcanza a todas las acciones dirigidas a privar de eficacia a un negocio jurídico. La acción rescisoria concursal está incluida porque se fundamenta en la idea de la ineficacia funcional: se presupone la validez del acto, pero se decreta su ineficacia por afectar negativamente a los acreedores. Es más, a diferencia de lo que ocurre con la *acción pauliana* del Código Civil (que provoca una ineficacia parcial o relativa), tiene por efecto la ineficacia total del negocio jurídico, con la consiguiente restitución a la masa activa del concurso de los bienes y derechos transmitidos o, en caso de no resultar posible, el pago de su valor en el momento de la transmisión (art. 73 Ley Concursal).

La rescisión de una modificación estructural es incompatible con la seguridad jurídica que trata de ofrecer el artículo 47 LME, no sólo a los acreedores anteriores a la operación, sino también a los posteriores. La protección *ex ante* de los acreedores (existentes) está en el derecho de oposición, en la responsabilidad subsistente de la escindida y de la beneficiaria hasta el valor neto patrimonial recibido y, en fin, en la posibilidad de promover otro tipo de acciones de indemnización de daños y perjuicios (que deja a salvo el art. 47 LME). En caso de identificar la existencia de una operación realizada con la finalidad de defraudar a los acreedores, éstos podrían promover acciones individuales dirigidas a lograr el cobro de sus créditos con cargo a los bienes extraídos, pero sin necesidad de dejar sin efecto la escisión. La Sentencia se refiere a aquellos acreedores que hayan sido «indebidamente soslayados» como ocurre con los acreedores asociados a la unidad económica traspasada y que no hayan sido incluidos entre los pasivos asumidos por la beneficiaria (cfr. los casos de las SSTs 1ª 3 enero 2013, 27 enero 2006 y 9 octubre 2008). Según el Tribunal —lo que nos parece muy discutible—, estas acciones se podrían promover incluso por la administración concursal y en beneficio de la masa activa del concurso.

2. El caso concreto

La administración concursal de la escindida erró en el planteamiento de la demanda porque, para sortear la dificultad inherente a la interpretación del alcance del artículo 47 LME, trató de impugnar el efecto patrimonial de la operación



(se solicitó que los inmuebles aportados a la beneficiaria retornasen a la masa de la escindida). El Tribunal dice, con razón, que no es posible disociar la transmisión patrimonial de los inmuebles de la escisión misma, ya que aquella es un efecto de la operación que se produce con la inscripción de la operación en el Registro Mercantil y no es un acto posterior o distinto (como ocurre, por ejemplo, con el pago de la obligación asumida en un contrato sinalagmático).

Sociedades cotizadas

CNMV: informe anual de gobierno corporativo de las entidades emisoras de valores e informe anual de remuneraciones de los consejeros de sociedades cotizadas correspondientes al ejercicio 2015

El pasado mes de septiembre de 2016 la Comisión Nacional del Mercado de Valores (**CNMV**) publicó el Informe Anual de Gobierno Corporativo de las entidades emisoras y el Informe Anual de remuneraciones de los Consejeros correspondientes al ejercicio 2015, informes que contienen los datos facilitados a la CNMV por las sociedades cotizadas españolas en sus respectivos informes de retribuciones y de gobierno corporativo durante el citado ejercicio.

En cuanto al Informe Anual de Gobierno Corporativo, cabe destacar el aceptable seguimiento de las recomendaciones del nuevo Código de Buen Gobierno de 2015 (**CBG**), con un nivel general de cumplimiento de un 81,8% y de un 70,5% respecto de las recomendaciones totalmente nuevas introducidas por el CBG; el 27% de las sociedades han seguido el 90% de las recomendaciones del CBG y dos de ellas declaran cumplir con el 100%.

Las recomendaciones menos seguidas se refieren a dos nuevas prácticas sobre transparencia informativa a los accionistas, en concreto, la publicación en la página web, con antelación suficiente a la celebración de la junta general, de determinados informes (recomendación 6) y la transmisión en directo, a través de la página web corporativa, de las juntas generales (recomendación 7), las cuales han tenido un grado de seguimiento del 39,4% y 31,4%, respectivamente.

La CNMV solicita a las sociedades cotizadas que realicen el esfuerzo de mejorar sustancialmente la calidad de las explicaciones que ofrecen al mercado en los supuestos de apartarse de una determinada recomendación, invitándolas a seguir las pautas contenidas en la Guía Técnica de Buenas Prácticas para la Aplicación del Principio «cumplir o explicar».

En cuanto a la composición de los consejos de administración, el tamaño medio se sitúa en 9,7 miembros para las sociedades cotizadas en general y 13,1 miembros para las sociedades del Ibex35; la mayoría de los presidentes de los consejos de administración son ejecutivos (el 53,7%, alcanzando el promedio del 68,7% en las sociedades del Ibex35). En el 57,1% de las sociedades del Ibex35 los consejeros independientes representan más del 50% —en el resto de las sociedades solo el 21,9% los consejeros independientes son mayoritarios—, y las mujeres representan el 19,6% en las sociedades del Ibex35 frente al 15,6% en el resto de sociedades cotizadas.

Con respecto a los accionistas, el capital flotante agregado de las sociedades cotizadas se sitúa en el 43,4%, y en un 25,5% de las sociedades existe algún accionista que tiene o puede ejercer el control.

La participación de la junta general se sitúa en el 69,6%, habiéndose incrementado hasta el 32% el voto a distancia (si bien solo un 23% se realiza por medios electrónicos, mientras que el 77% restante se efectúa por correo postal o mensajería).

Con relación al Informe Anual de Remuneraciones de los Consejeros, cabe destacar que la retribución media de los consejeros de las sociedades del Ibex35 descendió en un 5,6%, y, en cambio, en las sociedades que no forman parte del Ibex35, aumentó un 34,7%; Por otro lado, aumentaron las retribuciones medias por consejero en un 8,2% respecto al ejercicio anterior (situándose en 344.000€ anuales), debido fundamentalmente al aumento de la retribución de los consejeros ejecutivos de las sociedades que no forman parte del Ibex35 y al aumento de la retribución de los consejeros externos tanto en las sociedades del Ibex35 como en las que no forman parte de ese índice.



El principal criterio utilizado para determinar el sueldo de cada consejero ha sido el nivel de responsabilidad del cargo desempeñado, de ahí que las remuneraciones más elevadas fuesen las que percibieron, por este orden, los presidentes ejecutivos, los consejeros delegados y los consejeros ejecutivos. De todos los componentes de la remuneración, el importe más significativo correspondió a la retribución fija (46% del total; 45% en sociedades del Ibex35, 46% en el resto de sociedades). Por su parte, la retribución variable, incluyendo el importe de las acciones otorgadas y el beneficio de las opciones ejercidas, supuso el 38% (42% en las sociedades del Ibex35; 35% en las sociedades que no forman parte del Ibex35), las dietas el 6% (4% en las sociedades del Ibex35 y 8% en las sociedades que no forman parte de ese índice) y el resto correspondió a indemnizaciones y otros conceptos retributivos.

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.