

Boletín de Sociedades

Sección elaborada por el Área Mercantil de GA_P



Sumario

Análisis	4
▶ La retribución de los consejeros ejecutivos tras la STS 1ª de 26 de febrero de 2018.....	4
▶ Sobre la supresión del derecho de adquisición preferente	10
Práctica Societaria	18
▶ Estatutos.....	18
— Asistencia telemática a la junta, funciones del presidente, representación en caso de administración conjunta	18
— Cuando el refuerzo estatutario conlleva la unanimidad de hecho	19
▶ Junta general	20
— Solicitud de complemento de convocatoria: la «función de filtro» del órgano de administración	20
— Impugnación de acuerdo social por tercero y abuso de derecho: dos recientes decisiones del Tribunal Supremo	22
▶ Posición de socio	27
— <i>Blockchain, Distributed Ledger Technology</i> y Derecho societario. Algunos ejemplos de derecho comparado.....	27
▶ Administradores.....	30
— Escenarios tras la sentencia del Tribunal Supremo (1ª) núm. 98/2018 de 26 de febrero sobre retribución de los consejeros ejecutivos	30
▶ Cuentas anuales.....	32
— Nulidad del acuerdo de aprobación de cuentas por ausencia de informe del auditor cuando su designación fue solicitada por la minoría	32

— Competencia para nombrar auditor en sustitución del designado previamente de manera voluntaria cuando dicha designación había enervado el derecho de la minoría recogido en el artículo 265.2 LSC	33
— Nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales aprobadas con posterioridad al 28 de marzo de 2018	35
▶ Ampliación/reducción de capital social	37
— Creación de nuevas participaciones sociales con prestaciones accesorias retribuidas mediante privilegio en el dividendo	37
▶ Sociedades cotizadas	38
— Temporada de juntas generales de accionistas en el Ibex 35	38

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

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

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

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

La retribución de los consejeros ejecutivos tras la STS 1ª de 26 de febrero de 2018

Fernando Marín de la Bárcena

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid
Consejero académico de GA_P

1. Planteamiento

La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 ha declarado que la retribución de los consejeros que desempeñan funciones ejecutivas, no sólo debe establecerse en cada uno de los contratos de administración, a firmar con ocasión de la atribución o delegación de tales funciones — en los términos del artículo 249.3 de la Ley de Sociedades de Capital (**LSC**) —, sino que, además, su cuantía máxima conjunta y anual debe haber sido aprobada por la junta general y mantenerse en el marco del sistema de retribución previsto en los estatutos (conforme al art. 217 LSC).

Es sabido que la mayoría de la doctrina española había defendido otra interpretación de las normas legales sobre remuneración de los administradores, tras la reforma de la LSC en 2014. Según esta idea, debería distinguirse entre distintos tipos de consejeros, los que desempeñan funciones de supervisión y los que desempeñan funciones ejecutivas en virtud de la delegación o apoderamiento conferidos por el propio consejo de administración, cuya retribución estaría regulada exclusivamente por los contratos aprobados por dicho órgano con el único requisito formal de su unión al acta de la reunión (como exige el art. 249.3 LSC).

La obligación legal de establecer en los estatutos el sistema de retribución de los administradores se aplicaría únicamente a los consejeros «en su condición de tales», expresión legal referida al desempeño de las funciones de supervisión y definición de la política general de la empresa que corresponden al consejo «como tal», esto es, como órgano colegiado. La junta general de socios intervendría sólo en la aprobación de la cuantía de la retribución de

esos consejeros y no tendría ninguna intervención en la fijación de los sueldos de los ejecutivos, a menos que recabara para sí dicha competencia mediante un acuerdo de instrucciones (art. 161 LSC). Ya de pasada se afirmó que el legislador habría derogado la «doctrina del vínculo» porque la relación entre los consejeros ejecutivos y la sociedad sería puramente contractual y no orgánico – societaria, de modo que no habría lugar a la absorción de una relación por otra.

Esa interpretación del sistema legal fue acogida por las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (**DGRN**) de 30 de julio de 2015 (BOE núm. 234, de 30 septiembre) y, sobre todo, de 17 de junio de 2016 (BOE núm. 175, de 21 julio). Era la interpretación que reclamaba la práctica de los negocios. Los operadores recelan de la mera posibilidad de que una mayoría de socios pueda modificar los estatutos o la cuantía de la retribución y, por mucho que la adopción de esos acuerdos permita denunciar los contratos, genera desconfianza. Las compañías, también las cerradas, son renuentes a establecer en normas estatutarias algo tan cambiante como el sistema de retribución de los cargos de administración con funciones ejecutivas y, cuando esos cargos son ocupados por antiguos directivos de la compañía, no hay costumbre de establecer una interlocución con los socios respecto de la cuantía y los conceptos que integran la retribución. En definitiva, resulta más cómodo y operativo dejarlo a nivel del consejo, como se hace con la negociación y fijación de la retribución a pagar a la más alta dirección de la compañía.

Es evidente que las pequeñas sociedades familiares, con consejos integrados por personas vinculadas, encontraban problemas en la formación de los quórum del consejo de administración por aplicación de deberes de abstención, que exigían de hecho la intervención de la junta general para la fijación, autorización o ratificación de la retribución de los ejecutivos. Sin embargo, en otras sociedades, generalmente sociedades dedicadas a la gestión de proyectos empresariales mediante la captación de inversores y con elevado número de socios, no concurrían razones por las que debieran abstenerse consejeros distintos del receptor o receptores de la retribución y el resultado era que la retribución se fijaba en el consejo sin intervención alguna de los socios. Se trata de una situación que puede dar lugar a abusos y, si bien es cierto que los socios podrían recabar para sí las competencias mediante la redacción de cláusulas estatutarias ad hoc, no es frecuente que lo hagan. En el fondo, la cuestión es si tiene sentido un modelo legal en el que la retribución de los consejeros, que a la postre la pagan los socios, sea fijada por los propios consejeros, incluso las indemnizaciones en caso de cese en el cargo, decisión que es competencia legal de la junta general.

La sentencia del Tribunal Supremo, cuyos razonamientos son conocidos y no es preciso reproducir aquí, ha supuesto un refuerzo de la posición de los socios en las sociedades cerradas, que necesariamente deberán conocer los conceptos retributivos que cobrarán los ejecutivos, ya que deben constar en los estatutos, y aprobar la cuantía anual a pagar al conjunto de los administradores con independencia de las funciones que desempeñen. Si algunos de sus pronunciamientos se contrastan con el tenor literal de la ley (cfr. art. 529 novodecies 1 LSC),

a pesar de que la sentencia remarca que interpreta sólo el régimen legal de las sociedades no cotizadas, puede obligar incluso a modificar los estatutos de este tipo de entidades.

Se trata una resolución judicial que ha suscitado muchísimas críticas en lo que se refiere a su construcción metodológica y a su oportunidad. Desde la doctrina se rechaza la forma en que se han aplicado las técnicas de interpretación sistemática y teleológica para terminar acusando al Tribunal Supremo de haber «desbaratado» el sentido de la reforma de la Ley en 2014. La idea de que la expresión «en su condición de tales» del art. 217 LSC quiere decir retribuciones derivadas del desempeño del cargo de administrador, para separarlas de otras retribuciones por prestación de servicios, se ha considerado artificiosa y probablemente no era necesaria. Este no es el lugar apropiado para entrar en la cuestión de qué técnica de interpretación ha de prevalecer sobre otra o, mejor dicho, cuál es el criterio que ha de definir su combinación. Lo verdaderamente importante es que los razonamientos que contiene esta sentencia son el reflejo de una toma de posición sobre temas centrales del Derecho de Sociedades que, como veremos, trascienden a la interpretación de las normas de retribución y eso es lo que nos parece que se debe destacar.

2. La sentencia leída entre líneas

La idea de atribuir al acto de delegación de facultades o atribución de poderes una naturaleza constitutiva de una relación contractual mercantil o laboral de alta dirección, mediante la que se ejercería un cargo distinto del desempeñado en la condición de consejero, con el consejo convertido en un órgano de supervisión, implica desnaturalizar el sistema monista de organización de la administración propio de las sociedades de capitales españolas. El Tribunal Supremo lo remarca: «no existe una distinción entre un órgano ejecutivo y de representación y otro de supervisión, como en los sistemas duales. Los administradores sociales, en su condición de tales, tienen facultades deliberativas, representativas y ejecutivas» (punto 4 del Fundamento de Derecho 6). Y añade: «Que la ley permita la delegación de algunas de estas facultades (no todas, pues son indelegables en todo caso las previstas en el actual art. 249 bis TRLSC, algunas de las cuales no tienen un carácter propiamente deliberativo) no excluye que se trate de facultades inherentes al cargo de administrador. Pueden ser delegadas justamente porque se trata de funciones propias de los administradores delegantes, inherentes a su condición de tal» (...) «No es correcto, por tanto, circunscribir las facultades propias de los administradores "en su condición de tales" a las que son indelegables en un consejo de administración» (punto 5 del Fundamento de Derecho 6).

Esta no es una cuestión baladí. No se trata sólo de un tema de retribución. Si se admite que el delegado es un órgano o cargo distinto del propio consejo, fruto del acto de atribución de funciones ejecutivas (sea delegación o apoderamiento), se interfiere en la aplicación de una regla importantísima en el régimen de responsabilidad de los administradores como es la que permite imputar al consejo en su conjunto los actos u omisiones antijurídicos de los delegados

causantes de daños para distribuir solidariamente la responsabilidad entre sus miembros, salvo a aquellos consejeros que prueben el cumplimiento de sus deberes de vigilancia e intervención sobre lo hecho por los delegados (art. 237 LSC). La pretendida «contractualización» de la posición jurídica de los consejeros delegados, que es lo que se afirma cuando se dice que la reforma de 2014 terminó con la «doctrina del vínculo», impide la aplicación de esta regla de atribución de responsabilidad al órgano (la actuación de los delegados es la actuación del consejo de forma simplificada) y distribución de responsabilidad solidaria entre sus miembros y con ello destruye su eficacia preventiva respecto del cumplimiento de los deberes de vigilancia e intervención a cargo de los consejeros no ejecutivos. La toma de posición del Tribunal Supremo sobre esta cuestión es importante y demuestra que, si se quiere regular el consejo de administración de otra manera, incluidas las reglas sobre retribución, habrá que hacerlo en el marco de una reforma global del sistema de administración de las sociedades de capital.

Al margen de las críticas que se han hecho a la sentencia, lo cierto es que resulta improbable que una sentencia fundamentada de este modo sea contradicha por otra de la misma Sala. Será preciso abordar los delicados problemas de coordinación que suscita la coexistencia de reglas corporativas (estatutos y acuerdos de la junta general) con reglas contractuales en el marco de las organizaciones societarias (v.gr. prestación accesoria con un socio). Esa es una cuestión compleja en la que no existe de momento un acervo doctrinal o jurisprudencial considerable que sirva de guía. En todo caso, lo más inmediato es plantearse qué ocurre con las retribuciones que se han abonado sin acuerdo de la junta general y/o sin constancia en los estatutos de la sociedad.

3. Distintos escenarios desde la perspectiva mercantil

Desde la entrada en vigor de la reforma de la LSC en 2014, pero sobre todo desde que la DGRN tomó posición sobre la materia, los consejeros ejecutivos de sociedades de capital no cotizadas españolas han percibido sus retribuciones con infracción de todas o de alguna de las normas que integran el sistema legal normativo sobre remuneración de administradores tal como lo ha interpretado el Tribunal Supremo en la tantas veces citada STS de 26 de febrero de 2018.

Las situaciones más frecuentes se pueden dividir en cuatro grupos:

a) Silencio estatutario y falta de acuerdo de la junta general

Los consejeros han cobrado por el desempeño de funciones ejecutivas conforme a los contratos aprobados por el consejo de administración sin intervención de la junta general ni previsión estatutaria de ningún tipo. En este caso se detecta una contradicción con dos normas legales, la que dispone la gratuidad como regla del desempeño del cargo de administrador (art. 217.1 LSC) y la que atribuye a la junta general la fijación de la cuantía anual de la retribución de los administradores (art. 217.3 LSC). La mayor dificultad que

plantea este supuesto es precisamente la determinación del carácter, sentido y finalidad de este tipo de normas.

b) Cláusula estatutaria sobre el carácter gratuito del cargo

La mayoría de las cláusulas estatutarias diseñadas tras la reforma legal de 2014 establecen que el cargo de consejero por el desempeño de las «funciones propias de la condición de consejero» o «en su condición de tales» es gratuito y guardan silencio respecto de la retribución de los consejeros ejecutivos. Estas redacciones se propusieron pensando que la retribución de los consejeros ejecutivos podía fijarse exclusivamente en los contratos de administración o, dicho de otro modo, que el desempeño de funciones ejecutivas no estaba comprendido en las funciones propias del consejero (como parece ser ocurre en el ámbito de las sociedad cotizadas) y no era necesario regularlas en los estatutos. Sin embargo, su lectura conforme a la sentencia del Tribunal Supremo, implicaría que el pago de la retribución se habría realizado de forma contraria a los estatutos, lo que podría incluso llevar a la declaración de nulidad de los acuerdos del consejo aprobando la retribución por infracción de dichas normas estatutarias (art. 204 LSC).

c) Cláusulas estatutarias de remisión a los contratos

Un tercer escenario se produce cuando los estatutos discriminan entre las funciones desempeñadas por los consejeros y establecen que el cargo de administrador, en lo que se refiere a las funciones de supervisión y deliberación propias de un consejero será gratuito y que la retribución de los ejecutivos será establecida en los contratos de administración aprobados por el consejo. Se trata de una cláusula que no sería conforme a la Ley, ya que la sentencia del Tribunal Supremo considera que la intervención de la junta general en la fijación de la cuantía anual y conjunta de la retribución es imperativa y por ello no se admite que ni siquiera los estatutos atribuyan al consejo de administración la competencia para fijar la retribución de los consejeros ejecutivos. Sin embargo, no cabrá duda de que la voluntad de los socios que aprobaron esas cláusulas era que la retribución de los ejecutivos se fijase en los contratos aprobados por el consejo.

d) Sólo falta el acuerdo de la junta general

Por último, puede citarse el caso en que los estatutos han establecido los conceptos retributivos a percibir por los consejeros ejecutivos, pero remiten la determinación de dichos conceptos y de la cuantía a pagar a los contratos de administración aprobados por el consejo de administración. En este supuesto faltaría el acuerdo de la junta general que determinase la retribución anual a percibir por el conjunto de los administradores, ya que, precisamente en cumplimiento de la cláusula estatutaria, los operadores habrán confiado su fijación al consejo de administración. Al respecto, es importante destacar que incluso antes de la reforma de 2014, cuando no se discutía que el sistema de retribución

de los administradores debía constar en los estatutos, muchos autores defendieron la posibilidad de que los propios socios atribuyeran al consejo la completa regulación de la retribución de los ejecutivos (conceptos y cuantía).

4. Conclusión

Una vez expuestas las situaciones que plantea ordinariamente la práctica es preciso abordar las consecuencias que la infracción de las normas legales o estatutarias señaladas tiene sobre los contratos de administración y las retribuciones ya abonadas.

Conforme a una posición extrema se dirá que, en los cuatro supuestos apuntados, los contratos son nulos por infracción de normas legales imperativas, lo que determinaría la obligación de devolver a la sociedad las retribuciones percibidas a instancias de cualquier interesado. En el lado opuesto se dirá que, cuando sólo falte el acuerdo de la junta general, los contratos de administración son inatacables por estar comprendidos en el ámbito del poder de representación del consejo, siempre que no exista ni mala fe ni culpa grave en el consejero que percibió la remuneración y este pueda considerarse tercero (art. 234. 2 LSC).

En nuestra opinión, el análisis de esta cuestión debe partir de la base de que la finalidad de toda esta ordenación consiste en proteger la posición jurídica de los socios y, según el Tribunal Supremo, de los propios administradores, ya que no hay aquí implicados intereses de terceros. Desde este punto de vista, parece razonable desechar la técnica de la nulidad absoluta por infracción de norma imperativa y, por el contrario, afirmar la posibilidad de la ratificación con plena eficacia sanadora y retroactiva (*ex tunc*, art. 1259 del Código Civil) mediante acuerdo de la junta general (supuestos c y d), en su caso con una mayoría suficiente para modificar los estatutos (supuestos a y b). En apoyo de esta idea se podría afirmar, en conclusión, que las reglas estatutarias sobre retribución de los administradores que desempeñan funciones ejecutivas cumplen una función de integración de los contratos de administración suscritos con los ejecutivos, por lo que no habría inconveniente en que la voluntad de los socios fuera objeto de acuerdos interpretativos, aclaratorios o de fijación.

Sobre la supresión del derecho de adquisición preferente

José Manuel Sánchez Penadés

Abogado del Área Mercantil, Fusiones y Adquisiciones de GA_P

1. Introducción

Es frecuente en la teoría y la práctica mercantil el debate acerca de la validez de la modificación de los estatutos sociales de una sociedad de capital para la supresión de los derechos de adquisición preferente (tanteo y retracto) en caso de venta de las participaciones o acciones a un tercero no socio. Como es fácil de suponer, estas discusiones se producen por lo común en el contexto de una proyectada operación de venta por parte del socio mayoritario a terceros distintos de la propia sociedad y de sus socios o accionistas.

A este respecto, de un primer vistazo, destaca la aparente claridad y suficiencia de los preceptos legales que se ocupan de la cuestión, tanto en sociedades anónimas como en sociedades limitadas. En efecto, para ambos tipos de sociedades, se parte de la vigencia del principio mayoritario para adoptar el acuerdo y tan solo se prevén las siguientes consecuencias para el caso de socios disconformes¹:

- a) Respecto de las sociedades anónimas el artículo 123.1 LSC establece que: « [...] Cuando las limitaciones se establezcan a través de modificación estatutaria, los accionistas afectados que no hayan votado a favor de tal acuerdo, no quedarán sometidos a él durante un plazo

¹ En cambio, si la sociedad, bien sea anónima o limitada, no quiere suprimir el derecho de adquisición preferente, sino que pretende fijar o modificar el sistema para la determinación previa del valor razonable de las acciones o participaciones sociales para el caso de transmisiones inter vivos o mortis causa, los artículos 114.2 b) y 175.2 b) del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil prevén la unanimidad, es decir, requieren el consentimiento del afectado.

de tres meses a contar desde la publicación del acuerdo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil».

Se trata por tanto de una moratoria respecto de la eficacia de la modificación estatutaria que establezca una limitación a la transmisibilidad de las acciones para los accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo. Se supone que con la finalidad de facilitarles la transmisión de las acciones. Literalmente, el precepto se aplica sólo a la introducción estatutaria de limitaciones a la transmisibilidad.

- b) En cuanto a las sociedades limitadas, el artículo 346.2 LSC establece que: « [...] *tendrán, además, derecho a separarse de la sociedad los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo de modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales*».

Esta norma se refiere a cualquier modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales, lo que podría incluir la eliminación de derechos de adquisición preferente.

La doctrina mercantilista española ha considerado que no se trata de una mera modificación estatutaria dirigida a liberalizar la transmisión de las acciones o las participaciones, sino que la supresión de los derechos de adquisición preferente implica la supresión de derechos individuales del socio y que por tanto exigiría su consentimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 292 LSC.

Esta posición doctrinal no ha sido asumida por nuestros tribunales. En nuestra opinión existen argumentos para entender que la regulación del artículo 292 LSC no es aplicable al supuesto de la supresión de derechos de adquisición preferente: (i) de una parte, al menos respecto de las sociedades limitadas, por la existencia de normas especiales de protección del socio para el caso de modificaciones estatutarias que afecten al régimen de transmisión de las participaciones sociales (el referido derecho de separación); y (ii) de otra, por la dificultad de considerar que el derecho de adquisición preferente, que afecta a la adquisición de la posición de socio en sí misma considerada, constituye un derecho individual del socio configurable en los estatutos en el sentido del artículo 292 LSC —como ocurre, por ejemplo, con las previsiones estatutarias relativas al refuerzo o modificación de los derechos de asistencia o voto en la junta general—.

En suma, no resulta evidente que la regulación del artículo 292 LSC se haya de aplicar al supuesto de modificación o supresión del derecho de adquisición preferente en caso de transmisión de acciones o participaciones. Desde luego, la titularidad o no de este tipo de derechos no parece suficiente para definir una clase de acciones en el sentido del artículo 293 LSC, que parece ser el equivalente del artículo 292 LSC a una organización más corporativa como la sociedad anónima (y que permite por tanto la modificación por mayoría de la clase y no mediante consentimiento individual).

Sin embargo, quizás por la influencia de la doctrina, se aprecia en la judicatura una tendencia cada vez más restrictiva respecto a la legalidad de las decisiones de la mayoría relativas a la supresión de los derechos de adquisición preferente.

2. Abuso de la mayoría

El abuso de derecho es el principal argumento alegado para la impugnación de un acuerdo de esta naturaleza. Ya lo era antes de la modificación efectuada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que introdujo la actual redacción del artículo 204 LSC.

Artículo 204. Acuerdos impugnables.

1. *Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.*

La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, 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 [...].

Antes de dicha reforma, el fundamento del recurso al abuso de la mayoría se realizaba por referencia a la prohibición de abuso de derecho del artículo 7 del Código Civil, que rige en todos los ámbitos del Derecho y que los tribunales venían aplicando sin dificultad en conflictos societarios de toda clase .

Trasladado al ámbito que nos ocupa, la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5ª), núm. 20/2017 de 7 febrero, aprecia que concurre, «un ejercicio abusivo del derecho por parte del accionista mayoritario para distraer del minoritario su derecho de adquisición preferente para el caso de transmisión de unas acciones, que impiden considerar que, en contra de lo que se sostiene por el apelante [socio mayoritario], con la demanda tan sólo se pretende subvertir el régimen de las mayorías sociales, a favor del minoritario». Y ello por razón de los «antecedentes fácticos que evidencian el abuso», de los que se deduce que la «única finalidad [de la modificación estatutaria] no es otra que propiciar que el socio mayoritario pueda vender sus acciones a terceros y por el precio que desee y burlar el derecho de adquisición preferente hecho valer por el otro socio y por el precio que se determine por un experto independiente».

Por el contrario, la SAP de Madrid (Sección 28ª), núm. 295/2013, de 25 de octubre resalta que la «modificación estatutaria para suprimir el derecho de adquisición preferente de acciones

no puede ser considerada como una opción absolutamente intolerable por parte de quienes constituyeron la mayoría social en la junta». Igualmente, en la misma se hace hincapié en el criterio restrictivo que se ha de aplicar a la doctrina del abuso del derecho (SSTS de 15 de febrero de 2000, 1 de febrero de 2006 y 26 de Septiembre de 2012). Asimismo, destaca que «para que se diesen los presupuestos para apreciar abuso de derecho debería resultar de ello la causación de un daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica que entrañase inmoralidad o antisocialidad, lo que debería manifestarse en forma subjetiva (por el ejercicio del derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercitarlo —ausencia de interés legítimo—), o en forma objetiva (por el ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo)».

Los antecedentes jurisprudenciales muestran que la apreciación o desestimación de la alegación del abuso de mayoría es, de hecho, el elemento clave de análisis de la cuestión que nos ocupa. Sin embargo, en nuestra opinión no cabe extraer de los mismos una regla definitiva. Es decir, podemos ver que la supresión del derecho de preferente adquisición no será *por definición* abusiva, sino que habrá que acudir a otros elementos externos de análisis para valorar si tal abuso existe y si, por lo tanto, el acuerdo es impugnabile. De tales elementos nos ocupamos a continuación.

3. Tipo social

Con frecuencia, al ocuparse de la cuestión que nos atañe, nuestros tribunales se ven en la obligación de acudir al expediente de analizar si existe una relación entre el tipo de la sociedad en cuestión (es decir, sociedad de responsabilidad limitada o sociedad anónima) y la modificación estatutaria que se pretende. Y ello, se entiende, porque los impugnados a menudo recurren al argumento de que el tipo social (sociedad anónima, que identifican con una sociedad en la que la condición de accionista ha de ser naturalmente transmisible) de alguna forma autoriza o justifica la modificación estatutaria que elimina el derecho de preferente adquisición.

Según indica la exposición de motivos de la LSC, *«la distinción entre las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada descansa en que las primeras son sociedades naturalmente abiertas, mientras que las sociedades de responsabilidad limitada son sociedades esencialmente cerradas»*. Sin embargo, continua diciendo que *«esa contraposición tipológica entre sociedades abiertas y sociedades cerradas no es absoluta, por cuanto que, como la realidad enseña, la gran mayoría de las sociedades anónimas españolas —salvo, obviamente, las cotizadas— son sociedades cuyos estatutos contienen cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones. Se produce así, en ese plano de la realidad, una superposición de formas sociales, en el sentido de que para unas mismas necesidades —las que son específicas de las sociedades cerradas— se ofrece a la elección de los particulares dos formas sociales diferentes, concebidas con distinto grado de imperatividad, sin que el sentido*

de esa dualidad pueda apreciarse siempre con claridad». Es decir, la propia LSC reconoce que con frecuencia las sociedades anónimas son sociedades cerradas cuyas necesidades, en la práctica, pueden ser similares a las que la ley entiende como propias de las sociedades limitadas.

En este mismo sentido, y haciendo hincapié en dicha exposición de motivos, la ya citada SAP de Baleares de 7 de febrero de 2017 claramente indica que *«la tipología de la sociedad no implica sin más que quede justificada la eliminación de restricciones para la transmisión de acciones».*

En sentido contrario, la SAP de Asturias (Sección 7ª), núm. 222/2006, de 25 de abril, (nótese que es anterior a la entrada en vigor de la LSC) destaca que *la modificación realizada en los estatutos «[...] es acorde con uno de los principios básicos de las sociedades anónimas capitalistas como es el de la libre transmisión de las acciones (art.63 LSA), como parte que son del capital, [...]; sin que la cláusula estatutaria que contenga la limitación a la libre transmisión de las acciones sea inderogable, precisamente por su carácter de excepción, y ha de ser interpretada restrictivamente (STS 15-6-94), pudiendo modificarse por el mismo procedimiento con que se aprobaron los Estatutos».* De forma similar, la ya citada SAP de Madrid de 25 de octubre de 2013 destaca que *la «eliminación de restricciones para la transmisión de acciones, lejos de ser un comportamiento que deba ser observado con recelo, supone el acomodo al principio de libre transmisibilidad, siendo precisamente las previsiones estatutarias (artículo 63.1 TRLSA) las que, a modo de excepción, pueden llegar a limitarlo. La acción es por vocación título transmisible [...]».*

En nuestra opinión, a los efectos de la cuestión aquí analizada, el tipo societario resulta irrelevante. Lo verdaderamente útil es la diferenciación entre las sociedades abiertas (en las que será de más fácil justificación realizar una modificación tendente a la libertad en las transmisiones de participaciones o acciones) y cerradas (en las que la resistencia de dichas modificaciones a la impugnación será, como norma, menor). La propia SAP de Madrid de 25 de octubre de 2013 reconoce que las restricciones estatutarias a la libertad de transmisión son *«propias de las sociedades familiares o cerradas».*

De alguna forma, lo anterior nos conduce a una reflexión más amplia, en la que se inserta la anterior distinción entre las sociedades «abiertas» o «cerradas». Se trata de la categorización de las sociedades de capital, independientemente del tipo social escogido, según su tipología *real* o *empírica*. De esta forma, podemos distinguir entre las grandes sociedades anónimas, las pequeñas sociedades de capital y, por último, las sociedades familiares «cerradas» o «de base personalista». En estas últimas es de destacar, entre otros elementos que las definen, la personalización de la condición de socio; esto es, en ellas no se pretende la despersonalización u objetivación de la condición de socio. Dicha personalización puede manifestarse en cuestiones tan variadas como el uso de los apellidos de los socios fundadores en la denominación social o la exigencia de prestaciones accesorias a los socios.

Trasladando el anterior análisis al objeto de estas líneas, entendemos que en la medida en que pueda demostrarse que la sociedad en cuyo seno se ha aprobado la modificación estatutaria dirigida a la supresión de las restricciones a la transmisibilidad de las participaciones goza de los elementos característicos de una sociedad de base personalista, mayores serán las probabilidades de una impugnación satisfactoria del acuerdo. Por el contrario, cuando se evidencie que la sociedad tiene caracteres propios de una sociedad abierta o de una pequeña sociedad de capital, donde resulta irrelevante la condición personal de los socios que la componen (por ejemplo, porque son sociedades), los acuerdos de supresión del derecho de adquisición preferente serán, por regla general, más resistentes a la impugnación.

4. Necesidad de debida justificación

El propio régimen legal establecido con carácter general para toda modificación estatutaria introduce como uno de sus elementos claves la debida justificación de la misma, manifestada en la obligatoria formulación del informe de los administradores o de los socios autores de la propuesta. Por ello, en nuestra opinión, debe enfatizarse el valor de dicha justificación, advirtiendo además de que los acuerdos de supresión del derecho de adquisición preferente que no gocen de una *debida* motivación corren un grave riesgo de verse impugnados y ser declarados nulos (si bien, como señala la SAP Madrid de 25 de octubre de 2013, «*la parquedad no equivale a ausencia de motivación*»). Sirva como ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo núm. 123/2007 de 16 Febrero [JUR 2007/2540], donde se recoge que el «*Informe [de los administradores] ajustado a Derecho es presupuesto de validez del acuerdo, y el acuerdo sobre modificación de los Estatutos adoptado sin un Informe que cumpla las condiciones legalmente requeridas ha de entenderse radicalmente nulo, por contravenir un precepto legal imperativo*».

Así, particularmente en el ámbito que nos ocupa la SAP de Baleares de 7 febrero de 2017, declaró que «*dicha modificación no se puede justificar por los motivos que se exponen en el informe emitido por el administrador, porque ni tan siquiera se indican en el mismo, salvo de manera muy general, qué intereses o beneficios reporta a la sociedad flexibilizar el cambio de titularidad del accionariado, máximo cuando se reconoce la importancia de la vinculación de los accionistas actuales con el funcionamiento de la sociedad*».

5. Circunstancias adyacentes

Como ya se ha adelantado, nuestros tribunales realizan en cada caso un análisis completo de las circunstancias en que se ha producido la modificación estatutaria al efecto de apreciar la impugnabilidad del acuerdo por abuso. Entendemos en consecuencia que este es uno de los puntos clave para evaluar la legalidad de la modificación.

En el caso de la SAP de Baleares de 7 febrero de 2017, los antecedentes fácticos evidencian el abuso, dado que la modificación aprobada de los estatutos sociales, donde se contemplaba

el derecho de adquisición preferente, *«surge a raíz de que el socio mayoritario puso de manifiesto su intención de vender sus participaciones a un tercero y al ejercitar la actora su derecho de adquisición preferente, activando el mecanismo previsto para una correcta valoración del precio, aquel decide retirar su oferta. Es en este contexto cuando se propone en Junta el cambio del sistema de transmisibilidad de las acciones, cuya única finalidad no es otra que propiciar que el socio mayoritario pueda vender sus acciones a terceros y por el precio que desee y burlar el derecho de adquisición preferente hecho valer por el otro socio y por el precio que se determine por un experto independiente»*. En tales circunstancias, parece claro que la forma en la que se llevó a cabo la modificación no perseguía los intereses de la sociedad, sino únicamente los exclusivos del socio mayoritario, y con el único fin de burlar los derechos del otro socio minoritario y, por tanto, se declaró la nulidad del acuerdo.

En el sentido opuesto a la anteriormente citada, la SAP de Madrid de 25 octubre de 2013 no considera que exista un perjuicio al interés social ni un abuso de la mayoría con ocasión de la modificación realizada, una vez que ya se había suscrito un contrato de promesa de compraventa por el accionista mayoritario con un tercero. Valorando las circunstancias que rodeaban el caso, *«se producía una tensión entre los intereses del socio mayoritario, PRIM SA y el resto de los accionistas, todos ellos con pequeñas participaciones, pero que agrupados mediante el sindicato podían superar la representatividad de aquél. En este contexto, que se prefiriera dar libertad para que cada socio pudiera decidir el destino de las de su titularidad como tuviese por conveniente no puede considerarse una maniobra abusiva que entraña una expropiación de derechos para PRIM SA dada la resistencia de los demás a plegarse a los intereses de PRIM SA en hacerse con sus acciones, y que, no perdiendo de vista que hablamos de una sociedad anónima, ésta seguiría ostentando el derecho a vender sus acciones, ahora con plena libertad, o a comprar las de otros socios, si estos accedieran a ello, con arreglo a criterios de mercado, sin que el hecho de carecer de preferencias al respecto, cuando la regla es igualitaria para todo el sustrato social, entrañe para ella ninguna restricción [...] y facilita también el que PRIM SA, si está disconforme [...] pueda desvincularse de ella con más facilidad»*.

6. Conclusiones prácticas

Como se ha dicho, la regulación legal es clara y permite las modificaciones estatutarias relativas a la supresión de los derechos de preferente adquisición mediante acuerdo de mayoría. La exigencia del consentimiento unánime de los socios, derivada de la aplicación del artículo 292 LSC pretendida por algunos autores, conllevaría el riesgo de petrificación de la organización corporativa; como hemos visto, no parece que este precepto deba ser aplicado al supuesto de la supresión del derecho de adquisición preferente. El análisis, por lo tanto, debe realizarse en el ámbito de la impugnación societaria de dichos acuerdos, por lo general sustentada en el abuso de la mayoría.

En consecuencia, a modo de cierre, nos gustaría resaltar, como reglas prácticas, la necesidad de considerar las siguientes cuestiones a la hora de valorar el riesgo de impugnabilidad de las modificaciones estatutarias tendentes a la supresión de derechos de preferente adquisición sin el consentimiento de la minoría:

- a) La tipología empírica de la sociedad donde se ha producido la modificación impugnada; esto es, más allá de si se trata de una sociedad anónima o limitada, analizar si se trata de una sociedad abierta o cerrada y, más exactamente, si la misma presenta elementos de *personalización* de la condición de socio.
- b) La realización de *actos por parte del socio mayoritario* con anterioridad a la aprobación del acuerdo de modificación estatutaria y que hayan sido concluyentes, por ejemplo, respecto de la intención de vender la sociedad.
- c) La adecuada *motivación* de la modificación estatutaria impugnada mediante el correspondiente informe de los administradores sociales.

La respuesta a estas cuestiones no garantiza la previsibilidad del resultado ante una eventual impugnación del acuerdo. Sin embargo, en nuestra opinión sí permitirá una adecuada valoración de los riesgos asociados a estas modificaciones estatutarias, de adoptarse éstas sin el consentimiento de las minorías afectadas. Mientras el legislador no modifique su enfoque al respecto, entendemos que este es el *modus operandi* más prudente.

Práctica Societaria

Estatutos

Asistencia telemática a la junta, funciones del presidente, representación en caso de administración conjunta

En su resolución de 8 de enero de 2018 (BOE núm. 23, de 26 de enero), la DGRN ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la inscripción de diversas cláusulas estatutarias de una sociedad de responsabilidad limitada y de un acuerdo social de dispensa del deber del administrador de no competir con la sociedad. En síntesis, el Centro Directivo ha manifestado lo siguiente:

- 1) Han de considerarse posibles la asistencia y la votación telemática de los socios en la junta general de las sociedades de responsabilidad limitada. Es cierto que los artículos 182 y 189 LSC se refieren únicamente a la sociedad anónima; pero ello no debe llevar a entender aquellas actuaciones prohibidas en la limitada; antes bien, han de ser admitidas siempre y cuando se asegure que los asistentes remotos tengan noticia en tiempo real de lo que ocurre y en la medida en que puedan intervenir en la reunión y se garantice debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto. Del mismo modo, la exigencia de que la representación conste por escrito (art. 183 LSC) no excluye otras formas de constancia y prueba de aquélla (como pueden ser los medios telemáticos o audiovisuales), siempre que quede constancia en soporte grabado para su ulterior prueba.

Del mismo modo resultará inscribible la cláusula estatutaria que regule el voto a distancia anticipado (incluso telemático) expresado por el administrador en relación con una reunión presencial del consejo.

- 2) Entre las funciones del presidente debe incluirse la relativa a la determinación de aquellos asuntos que, aun cuando figuren en el orden del día, no deben ser objeto de consideración (por ejemplo, porque requieran un quórum determinado para ello o porque, al ser notarial el acta, no procede someterla a aprobación). Entendida en este sentido resulta inscribible la regla estatutaria que encomienda al presidente de la junta la competencia para determinar si ésta puede entrar en la consideración de todos los asuntos incluidos en el orden del día. Todo ello sin perjuicio del derecho de impugnación que asiste a los socios si el presidente, excediéndose de su cometido, impide injustificadamente que sea tratado alguno de los asuntos incluidos en el orden del día.
- 3) La regla que atribuye al presidente de la junta la facultad de autorizar a cualquier persona la asistencia a la reunión (con posibilidad de que la junta revoque la autorización concedida)

es de carácter dispositivo, como se deduce claramente del artículo 181.3 LSC. Por ello, ningún obstáculo existe para que los estatutos dispongan que el presidente someterá a la junta la autorización para que asistan esas otras personas.

- 4) Los estatutos, respetando la exigencia mínima de que el poder de representación en caso de administración conjunta ha de ejercitarse al menos por dos de los administradores (art. 233.2.c LSC), deben concretar la forma de su ejercicio (pudiendo modalizarla, bien atribuyéndolo a dos cualesquiera, concretando a quiénes se atribuye, exigiendo la actuación de un número superior o la totalidad de ellos...). Pero la forma de ejercitar el referido poder de representación es materia estatutaria que no cabe atribuir a la junta general (ni tan siquiera sobre la base de asignar a la misma la facultad de elegir entre diversas alternativas previamente configuradas). Por las mismas razones, en garantía de terceros, debe rechazarse la posibilidad de que tales «modalizaciones» se realicen al margen del contenido de los estatutos por los socios fundadores en el momento de designar los administradores iniciales.

Ahora bien, de lo anterior no cabe deducir que adolezca de indeterminación la disposición estatutaria que establezca que el poder de representación se ejercerá mancomunadamente por al menos dos de los administradores conjuntos cuando su número se fije por la junta general entre dos y cinco. No hay inconveniente en que el poder de representación se atribuya, por ejemplo, a «dos cualesquiera» de los administradores conjuntos; pero de la norma legal no resulta que la atribución del poder de representación no pueda ser objeto de otras «modalizaciones» en caso de administradores mancomunados (entre las cuales debe incluirse indudablemente la que exige la actuación de un número de administradores igual o superior a dos, porque ello no comporta incertidumbre alguna respecto de los terceros y en general para la seguridad del tráfico jurídico). Bien entendido que una regla estatutaria como la señalada no puede interpretarse en el sentido de que se permita que la junta general pueda, sin modificación estatutaria, establecer que la actuación se ejerza mancomunadamente por tres, cuatro o cinco administradores (o de manera diferente a lo estatutariamente previsto) sino que la forma de actuación de los administradores mancomunados forzosamente habrá de ser por sólo dos de ellos.

- 5) No es inscribible el acuerdo de la junta general de dispensa del deber del administrador de no competir con la sociedad.

Cuando el refuerzo estatutario conlleva la unanimidad de hecho

Los refuerzos estatutarios de las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos en la junta general llevan a veces a situaciones de bloqueo (se establecen precisamente para eso). En el caso estudiado por la resolución de la DGRN de 12 de febrero de 2018 (BOE núm. 47, de 22 de febrero) se exigía el voto a favor de más del 70 por 100 de los votos correspondientes a las participaciones en

que se dividía el capital social para realizar una operación acordeón. Votaron a favor dos socios (representativos del 40 por 100 y 30 por 100, respectivamente, del capital social) y en contra el tercero (30 por 100). De este modo, se rechaza la inscripción del acuerdo por no haberse adoptado con más del 70 por 100 como exigen los estatutos. El recurrente alega que en este «particularísimo caso» la aplicación de la norma estatutaria implica exigir la unanimidad para la adopción de acuerdos, lo que contraviene «de hecho» el artículo 200.1 LSC.

Como ha ocurrido otras veces (Auto Audiencia Provincial de Madrid de 27 de mayo de 2008 y RDGRN de 23 de julio de 2014), se rechaza el argumento y la inscripción porque:

«Los estatutos de una sociedad mercantil, adoptados con sujeción a las normas de carácter imperativo, constituyen su norma suprema, debiendo ser respetados mientras no sean modificados y no puede entenderse aprobado un acuerdo, como ocurre en el presente expediente, cuando no cuenta con el voto favorable de la mayoría prevista estatutariamente. Esta conclusión no se ve afectada por la situación fáctica en que pueda encontrarse la sociedad por el juego de las mayorías según los socios que en cada momento sean titulares de las participaciones en que se divide el capital social, y que pueda conducir a la imposibilidad de adoptar acuerdos; sin perjuicio de que dicha situación de bloqueo esté configurada legalmente como causa de disolución (artículo 363.1.d) de la Ley de Sociedades de Capital)».

Ante este tipo de situaciones sólo cabe modificar los estatutos en aras a eliminar el refuerzo. Esto será posible siempre que el refuerzo no se haya «blindado», esto es, siempre que en los propios estatutos no conste que para proceder a tal eliminación es necesario un acuerdo adoptado con la misma mayoría a la que se refiere el refuerzo.

Junta general

Solicitud de complemento de convocatoria: la «función de filtro» del órgano de administración

El registrador mercantil denegó la inscripción de determinados acuerdos adoptados en junta general argumentando (entre otras cosas) que la publicación del complemento de la convocatoria solicitado en su momento no fue decidida por el consejo de administración, sino por el consejero delegado y presidente del órgano (siendo ésta, sin embargo, una facultad indelegable: art. 249 bis.j LSC).

La resolución de la DGRN de 31 de enero de 2018 (BOE núm. 39, de 13 de febrero) desestimó el recurso interpuesto por la compañía afectada. Las razones que fundamentaron la decisión fueron, sintéticamente expuestas, las siguientes:

- 1) La facultad de convocatoria de la junta general está reservada legalmente al órgano de administración (o de liquidación) con carácter exclusivo (art. 166 LSC; quedan al margen supuestos como el de convocatoria por el registrador mercantil o por el letrado de la Administración de Justicia —arts. 169 y 171 LSC— o el de órgano de administración incompleto — art. 171 LSC—). De este modo, si la sociedad ha optado por la estructura de consejo de administración, es a este órgano colegiado al que corresponde, según sus propias normas de funcionamiento, adoptar la decisión de efectuar la convocatoria. Este «monopolio» del órgano de administración para convocar la junta se extiende al supuesto en que se presente la solicitud de complemento de convocatoria (art. 172 LSC).
- 2) Ni siquiera en casos como el previsto en el artículo 172 LSC, en el que existe obligación de convocar, puede obviarse la necesidad de una decisión colectiva adoptada en la forma y con las mayorías previstas legal y estatutariamente (RDGRN 1 octubre 2013).
- 3) En efecto, formulada en tiempo y forma la correspondiente solicitud, la publicación del complemento de convocatoria por el órgano de administración constituye ciertamente un acto debido (cuyo incumplimiento puede acarrear la responsabilidad de los administradores). Pero ello no significa que la publicación sea «automática» dado que los administradores deben realizar una «función de filtro» de la solicitud comprobando si queda acreditada la legitimación del socio, determinando si cumplen los requisitos legales de tiempo y forma de la solicitud y, en fin, analizando el contenido mismo de la solicitud. En suma, han de cumplir con su deber de convocar la junta, cualquiera que sea su fundamento (legal o estatutario) pero vigilando que se respeten la Ley y los estatutos y procurando siempre la mejor defensa del interés social. Por tanto deben examinar la solicitud de complemento teniendo en cuenta su deber de convocar, pero también su deber de defender diligentemente el interés social. Hasta el punto de que pueden incurrir en responsabilidad por el perjuicio causado cuando desempeñan indebidamente esta labor de «filtro».
- 4) El mencionado deber de examinar la solicitud en lo que hace a los asuntos objeto de la solicitud pesa sobre los administradores de la sociedad afectada en todo caso (incluso en los supuestos menos evidentes: resulta indiferente que la junta general sea ordinaria o extraordinaria, que sea convocada por ellos mismos — aun a requerimiento de persona obligada— o por el registrador, que la fijación del orden del día parezca obvia —como en las situaciones de acefalía—, etc.). En definitiva, los administradores pueden/deben oponerse a la inclusión de ciertos puntos en el orden del día cuando esa oposición resulte legítima o esté justificada por coherencia con el deber de diligencia y el respeto al interés social. Más aún: los administradores pueden también acceder sustancialmente a lo solicitado pero «modificando» o «corrigiendo» el [complemento

del] orden del día propuesto. De manera que no cumplen su deber cuando, aunque no respeten en su integridad el tenor literal del requerimiento, confeccionan un orden del día coherente con la solicitud practicada y conforme con la Ley y el interés social.

- 5) Cuando el órgano de administración se organiza como consejo de administración, el cumplimiento de dicho deber de examen («función de filtro») corresponde al consejo como tal, sin que pueda ser llevado a cabo exclusivamente por uno de sus miembros. Al consejo le corresponde decidir si existe causa para no aceptar la condición de socio del solicitante o el porcentaje que afirma ostentar en el capital social. Incluso tiene la obligación de valorar si concurre causa excepcional que aconseje no incluir un punto en el orden del día por el posible perjuicio que el mismo pudiera causar a la sociedad. En suma: el órgano de administración, en ejercicio de sus obligaciones, debe tomar en consideración la solicitud, valorarla, emitir opinión y decidir, bajo su responsabilidad, sobre su procedencia (todo ello sin perjuicio de observar que el hecho de que sea necesaria una reunión previa del consejo de administración implica, ciertamente, la necesidad de un comportamiento diligente por parte de su presidente, dada la perentoriedad de los plazos).
- 6) Si ante una solicitud de complemento de convocatoria el órgano de administración no actúa, o se niega a darle curso, la propia celebración de la junta general deviene imposible (art. 172.2 LSC: precisamente en garantía de los derechos de los socios minoritarios). En estas circunstancias, el socio minoritario puede hacer uso de su derecho a solicitar al órgano de administración que convoque la junta y a expresar los asuntos que desea que sean tratados (arts. 168 y 169.2 LSC). Bien entendido que si este requerimiento no es atendido puede dar lugar al procedimiento de convocatoria por parte del letrado de la Administración de Justicia o por el registrador mercantil.

Impugnación de acuerdo social por tercero y abuso de derecho: dos recientes decisiones del Tribunal Supremo

En dos recientes pronunciamientos (dictados de conformidad con el régimen anterior a la reforma de la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014) el Tribunal Supremo (**TS**) ha formulado diversas consideraciones en torno a la impugnación por terceros de acuerdos sociales adoptados con abuso de derecho. Entre otras cosas ha señalado que el acuerdo social abusivo que perjudica el interés de personas formalmente ajenas a la sociedad (terceros) es, a los efectos del régimen de impugnación, un acuerdo contrario a la Ley.

1. Planteamiento

Las sentencias del Tribunal Supremo de 14 y 15 de febrero de 2018 (sentencias 73/201 [RJ 2018\542] y 87/2018 [RJ 2018\473], respectivamente) se han enfrentado con el problema de la impugnación por terceros de acuerdos sociales adoptados con abuso de derecho.

La normativa aplicable en ambos casos era la vigente antes de la reforma de la Ley de Sociedades de Capital operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. Esta circunstancia atribuía a la cuestión perfiles peculiares dado que, bajo dicho régimen, la legitimación de los terceros para impugnar se circunscribía a los casos de nulidad del acuerdo —esto es, de contrariedad a la Ley— en los que, además, el plazo de caducidad de la acción de impugnación era de un año. De ahí los esfuerzos desplegados por el TS para argumentar que los acuerdos adoptados con abuso de derecho son acuerdos que, salvo en la medida en que la Ley les atribuya un tratamiento específico, deben ser considerados contrarios a la Ley y, por ello, nulos (en términos del antiguo art. 204.1 LSC).

Pues bien, aunque parte de esta preocupación ha quedado hoy superada dado el contenido actual de los artículos 204 y siguientes de la LSC, cabe aventurar que parte de las apreciaciones contenidas en las dos resoluciones comentadas (que se sintetizan más adelante) mantendrán su interés bajo el régimen vigente.

2. Los antecedentes

2.1. STS 73/2018, de 14 de febrero

Un tercero (no socio) impugnó el acuerdo de aumento de capital (realizado por compensación de créditos) de una sociedad de responsabilidad limitada. Básicamente adujo que el acuerdo era abusivo por cuanto desvirtuaba de hecho la opción de compra que previamente le habían conferido, sobre participaciones representativas del 60 por 100 del capital, los tres socios de la compañía.

La demanda fue desestimada en primera instancia pero estimada en apelación. La mencionada STS 73/2018 desestimó el recurso de casación interpuesto por la sociedad.

El TS observó que, en el caso enjuiciado, la adopción del acuerdo de aumento de capital había sido *formalmente* correcta por cuanto se respetaron las normas relativas a la emisión de participaciones sociales y la adopción y ejecución de este tipo de acuerdos. No obstante concluyó que, pese a esa corrección aparente o formal, el derecho de voto se habría ejercitado abusivamente por las circunstancias excepcionales que rodearon la adopción del acuerdo: (a) El aumento de capital se acordó solo después de que el tercero impugnante comunicara el ejercicio de su opción de compra de las participaciones sociales (adquisición que le debía otorgar la titularidad de la mayoría del capital social). Por tal razón, el TS consideró que el acuerdo supuso meramente una reacción frente al ejercicio de tal derecho de opción. (b) Además, los créditos que sirvieron de base al aumento (derivados de diversos ingresos efectuados en la cuenta de la compañía por uno de los socios) no se compensaron (como seguramente habría sido lógico) con el crédito recíproco, anterior y mucho mayor, que la sociedad ostentaba frente a él. De este modo

un socio que mantenía una deuda considerable con la sociedad no satisfizo esa deuda, ni siquiera en parte, pero vio aumentada considerablemente su participación en el capital social con cargo a esos ingresos.

De estas circunstancias dedujo el TS que el aumento del capital no se llevó a cabo en defensa del interés social, sino con la intención de frustrar el propósito práctico del derecho de opción de compra del impugnante al impedir de hecho que este pudiera adquirir el control social. Por ello concluyó que se habían sobrepasado de modo manifiesto los límites normales del ejercicio del derecho a acordar y ejecutar un aumento de capital en una sociedad mercantil, causando con ello un daño al tercero.

2.2. STS 87/2018, de 15 de febrero

Socios de una compañía matriz impugnaron determinados acuerdos de modificación de estatutos adoptados en la junta general de una filial (que, entre otras cosas, suponían atribuir el derecho de voto correspondiente a las acciones pignoradas al acreedor pignoraticio). Según los actores estos acuerdos habían sido adoptados con abuso de derecho porque su exclusiva finalidad era impedirles que pudieran trasladar a dicha filial el control que, después de diversas vicisitudes y litigios, habían adquirido en la compañía dominante (resultado que se alcanzaba al hacer jugar conjuntamente las referidas modificaciones estatutarias con los efectos propios de la pignoración por la matriz, en favor de ciertos socios de ésta, de un paquete de acciones representativas del capital de la filial).

La demanda fue desestimada tanto en primera como en segunda instancia porque se estimó la excepción de caducidad de la acción. El Juzgado y la Audiencia entendieron que la impugnación de los acuerdos basada en el abuso de derecho no podía determinar su nulidad (por oposición a la Ley) sino su anulabilidad, con lo cual sería de aplicación el plazo de caducidad de cuarenta días previsto en la anterior redacción del artículo 205.2 LSC.

La STS 87/2018 estimó el recurso, casó la sentencia recurrida y (sin pronunciarse sobre si existió o no abuso de derecho) devolvió la actuaciones a la Audiencia Provincial para que, una vez desestimada la excepción de caducidad de la acción, resolviera sobre el fondo del asunto.

3. Doctrina de la STS 73/2018 en cuanto al concepto de interés legítimo del tercero

Esta sentencia recuerda en primer término que si el actor invoca en la impugnación su condición de socio o de administrador no tiene que justificar su «interés legítimo», sino únicamente que goza de tal condición (en el caso del socio, y según el vigente art. 206.1 LSC, deberá acreditar,

además, que adquirió tal condición antes de la adopción del acuerdo —si no fundamenta su demanda en oposición al orden público—. Mientras que si se trata de un tercero tendrá que invocar en la demanda su «interés legítimo» para que pueda ser contradicho por la sociedad demandada (salvo en el caso de acuerdos contrarios al orden público).

En este marco el TS afirmó que no cabe reducir el concepto de tercero con interés legítimo, a efectos de la impugnación de los acuerdos sociales, a quien llegue a ser o haya sido socio. El concepto de interés legítimo, recogido en el artículo 24 de la Constitución Española, es más amplio que el de interés directo y excede del interés que tienen los socios, quienes lo sean tras la adopción del acuerdo o quienes lo eran en ese momento y perdieron esa condición con posterioridad. En suma: cualquier persona que justifique que el acuerdo le afecta directa o indirectamente, pero de forma perjudicial, se encuentra legitimada para impugnar el acuerdo social (cfr. art. 206 LSC, redacciones previa y vigente).

Esto era lo que sucedía en el caso resuelto: el tercero impugnante era titular de un derecho de opción de compra sobre determinadas participaciones sociales que constituían en su momento la mayoría del capital social; el (controvertido) acuerdo de aumento de capital impedía, precisamente, que el ejercicio de su opción de compra le atribuyera dicha mayoría, por lo que le era claramente perjudicial.

4. Doctrina de las SSTs 73/2018 y 87/2018 en relación con el abuso de derecho

Como ya se ha anticipado, el TS se esfuerza en ambas sentencias por explicar que un acuerdo en cuya adopción se incurre en abuso de derecho es un acuerdo que puede considerarse contrario a la Ley. Ello suponía, bajo el régimen anterior a la reforma de 2014, que había de ser calificado como «nulo», lo que tenía consecuencias significativas en cuanto al ámbito de la legitimación activa y al plazo de caducidad de la acción de impugnación.

La situación ha cambiado notablemente en la actualidad dado que, según es bien sabido, ha desaparecido la distinción legal entre acuerdos nulos y anulables. Con todo, las manifestaciones del TS, que se resumen seguidamente, no dejan de ofrecer cierto interés por cuanto contribuyen a perfilar el tratamiento que merece el abuso del derecho en el contexto de la adopción de acuerdos sociales:

- a) Recuerda la STS 73/2018 que para estimar que concurre abuso de derecho deben darse los siguientes requisitos: (i) un uso aparente o formalmente correcto de un derecho subjetivo o potestad jurídica; (ii) que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, el acto u omisión cuestionado (el acuerdo social en nuestro caso) sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho; y (iii) que se cause daño a un tercero porque se afecte negativamente un interés que no está específicamente protegido.

Pues bien, partiendo de esta idea, las dos sentencias reseñadas precisan que ello significa que, existiendo infracción legal, no hay abuso de derecho (así debe interpretarse la STS 127/2009, de 5 de marzo [RJ 2009\1629], puesto que éste supone la conformidad aparente de lo actuado con las normas legales (de manera que en caso de producirse tal infracción de la Ley deben aplicarse los remedios específicamente previstos por el ordenamiento para tal hipótesis).

- b) Según explica el TS, existen supuestos de abuso de derecho (en especial los relacionados con conflictos intrasocietarios) en los que la conducta ilícita se encuentra expresamente tipificada como causa de impugnación de los acuerdos sociales. Así ocurre, por ejemplo, con los acuerdos sociales que incurren en un abuso de derecho determinante de la lesión del interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. En estos casos no resulta aplicable el régimen general del artículo 7.2 del Código Civil (**CC**), sino que ha de estarse a lo previsto específicamente en la normativa societaria (lo que resultaba especialmente relevante —como se ha dicho— bajo la vigencia de la anterior redacción del art. 204 LSC, que diferenciaba entre acuerdos nulos y anulables y preveía regímenes distintos en cuanto a legitimación y caducidad de la acción).
- c) Específicamente en relación con la vigente redacción del artículo 204.1 LSC, las sentencias reseñadas afirman que algunos casos de «abuso de la mayoría» pueden suponer, más que un abuso de derecho propiamente dicho, la infracción de un concreto deber jurídico por parte de los socios mayoritarios. Pero el TS advierte también que, incluso cuando la conducta en que consista el «abuso de la mayoría» revista las características propias del abuso de derecho (uso formalmente correcto de un derecho subjetivo, desbordamiento manifiesto de los límites normales del ejercicio de un derecho y daño a un tercero), resulta innecesario recurrir a la disciplina general del artículo 7.2 CC, puesto que la Ley ha previsto expresamente cuál es la consecuencia jurídica de tal conducta en el ámbito societario.
- d) Sin embargo, el TS observa que existen supuestos en los que el acuerdo adoptado con abuso de derecho no es reconducible a la figura del acuerdo «lesivo» del interés social específicamente previsto en el artículo 204.1 LSC (tanto en su versión previa a 2014 como en la actual). Así ocurre cuando el abuso de derecho que supone la aprobación del acuerdo social no lesiona propiamente el interés social, sino el de un tercero ajeno a la sociedad; y también cuando no se da la hipótesis de un «abuso de la mayoría» en perjuicio de la minoría social (art. 204.1 LSC, redacción vigente), bien porque el supuesto acuerdo se haya adoptado de forma unánime por todos los socios, bien porque el perjuicio se haya proyectado sobre un tercero ajeno a la compañía.

Esto es lo que cabalmente sucedía en los casos decididos por las sentencias comentadas, en los que los intereses lesionados no eran los de las sociedades demandadas, sino los de terceros.

- e) En tales hipótesis de abuso de derecho (no encuadrables propiamente entre los acuerdos lesivos) ha de aplicarse el régimen general del artículo 7.2 CC, lo que implica que deban adoptarse las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del acuerdo abusivo (que, en esta medida, se muestra contrario al ordenamiento jurídico). Lo cual se traduce a su vez, en el ámbito de las sociedades mercantiles, en la aplicación del régimen de ineficacia previsto en los artículos 204 y siguientes de la LSC cuando la persona con legitimación para ello ejercita con éxito la acción de impugnación. A estos efectos la oposición a la Ley a la que se refiere el artículo 204.1 LSC ha de entenderse como contrariedad al ordenamiento jurídico, por lo que será causa de nulidad que el acuerdo social haya sido adoptado en fraude de ley (art. 6.4 CC), de mala fe (art. 7.1 CC) o con abuso de derecho (art. 7.2 CC).

En suma, como precisa la STS 87/2018, el acuerdo social adoptado con abuso de derecho que perjudica el interés de personas formalmente ajenas a la sociedad (terceros) es, a los efectos del régimen de impugnación, un acuerdo contrario a la Ley.

- f) Finalmente, la STS 73/2018 subraya que la nulidad del acuerdo no deriva del hecho de que afecte negativamente al derecho de un tercero (ya que el ejercicio de los derechos por parte de sus titulares puede afectar negativamente al ámbito jurídico de los terceros sin que ello convierta necesariamente en ilícita tal actuación). Lo que provoca la nulidad del acuerdo es que esa afectación negativa al derecho de un tercero (esto es, en definitiva, el perjuicio sufrido) ha sido producido por un acuerdo contrario a la Ley por abusivo.

Posición de socio

Blockchain, Distributed Ledger Technology y Derecho societario. Algunos ejemplos de derecho comparado

1. Introducción

Los nuevos avances tecnológicos pueden tener un impacto disruptivo en muchos sectores. La tecnología de cadena de bloques (*blockchain*) y el sistema de registro descentralizado han recibido un gran interés, aunque su desarrollo podría calificarse como incipiente aún.

En un sistema de registro descentralizado no existe una entidad encargada del registro, los datos almacenados en el sistema se distribuyen entre todos los participantes en distintos nodos que replican total o parcialmente esta información. Los datos se encuentran protegidos criptográficamente y la seguridad del sistema se fundamenta en el consenso

sobre la información almacenada. Las operaciones se envían a todos los nodos, no pudiendo modificarse el contenido almacenado previamente en el registro descentralizado si no es aprobado por un número de participantes. Las redes pueden estar abiertas y ser públicas o estar cerradas y ser privadas.

Dentro de las reformas que se están promoviendo en relación con estas tecnologías, en esta reseña destacamos las iniciativas llevadas a cabo en Estados Unidos y en Francia, que se encuentran en una primera fase de implementación de los sistemas de registros descentralizados como sistemas complementarios a los sistemas de representación actual de determinados valores mobiliarios.

2. Delaware Blockchain Initiative

El 2 de mayo de 2016, el gobernador de Delaware, Jack Markell, anunció públicamente el lanzamiento de la *Delaware Blockchain Initiative* en la segunda edición de Consensus.

El objetivo principal de esta iniciativa es estimular la implantación de esta tecnología, tanto en el sector público como en el privado, para mejorar la competitividad de su economía.

Dentro de esta iniciativa, debemos destacar la modificación de los artículos 219, 224 y 234 de la *Delaware General Corporation Law*, que entró en vigor el 1 de agosto de 2017.

Esta modificación permite que los libros societarios sean llevados por la propia sociedad o en nombre y representación de la sociedad, para permitir la implantación de las nuevas tecnologías y la llevanza de los libros societarios a través de registros descentralizados.

Conforme al artículo 224 de la *Delaware General Corporation Law*, los libros de una sociedad podrán llevarse por cualquier medio que permita su almacenamiento o en una o varias bases de datos o redes electrónicas, incluyendo expresamente las bases de datos y redes electrónicas descentralizadas (*distributed ledger technology*).

La nueva normativa exige que los datos almacenados de este modo puedan ser trasladados a papel de una forma que sea claramente entendible en un periodo de tiempo razonable. Asimismo, el libro registro (*stock ledger*) debe reunir determinados requisitos en relación con la información que ha de incluir (los datos necesarios para llevar un registro de los socios o acciones, incluir determinada información y registrar la transmisión de las acciones)

La información almacenada en los libros societarios llevados en un registro descentralizado será válida a todos los efectos y una prueba admisible en juicio según esta normativa.

En el caso de que la sociedad haya emitido títulos, no será posible usar este nuevo sistema.

3. Ordonnance n° 2017-167

En desarrollo de la *Ley Sopin II*¹, también se ha aprobado en Francia la *Ordonnance n° 2017-167*, que modifica el Código de Comercio y el Código Monetario y Financiero francés, y regula la utilización de esta tecnología y los registros descentralizados (*dispositif d'enregistrement électronique partagé*) para la representación y la transmisión de ciertos valores negociables (*vgr. titres financiers*).

Esta norma entrará en vigor tras la aprobación de un Decreto del Consejo de Estado en el que se especifiquen las condiciones técnicas y garantías que deben reunir los registros descentralizados y que deberán ser equivalentes a las de los valores negociables representados mediante anotaciones en cuenta.

Conforme a la normativa francesa, los valores mobiliarios podrán representarse mediante títulos, anotaciones en cuenta o inscripciones en un registro descentralizado. No obstante, los valores negociables cuyas operaciones deban ser liquidadas en un depositario central de valores no podrán inscribirse en un registro descentralizado (*vgr. las acciones negociadas en un mercado regulado*).

Esta nueva normativa equiparará parcialmente la inscripción en un registro descentralizado a la inscripción en el registro contable que lleva la entidad responsable en el sistema de anotaciones en cuenta. La transmisión se producirá por la inscripción en el registro descentralizado y no estará sujeta a reivindicación la adquisición del tercero que de buena fe adquiera de la persona que aparezca identificado como propietario en un registro descentralizado.

4. Conclusión

Aunque es imposible predecir hasta que punto estas tecnologías serán implementadas en nuestro país y las modificaciones para adaptar nuestro ordenamiento jurídico, habrá que estar pendiente de los desarrollos que se lleven a cabo en otras jurisdicciones y de como afrontan los retos que plantean los sistemas de registro descentralizado.

Deberemos estar muy atentos a los desarrollos tecnológicos de plataformas como la de *Symbiont* y su implementación en Delaware, así como a la aprobación del Decreto del Consejo de Estado que desarrolle el *Ordonnance n° 2017-167* en Francia.

¹ Vide artículo 120 de la Ley francesa 1691, de 9 de diciembre de 2016, relativa a la transparencia, la lucha contra la corrupción y la modernización de la vida económica

La adopción de la tecnología dependerá en gran medida de la seguridad jurídica y del análisis de costes / beneficios de la misma.

Administradores

Escenarios tras la sentencia del Tribunal Supremo (1ª) núm. 98/2018 de 26 de febrero sobre retribución de los consejeros ejecutivos

Desde la entrada en vigor de la reforma de la LSC en 2014, pero sobre todo desde que la DGRN tomó posición sobre la materia, algunos consejeros ejecutivos de sociedades de capital no cotizadas españolas han percibido sus retribuciones con infracción de todas o de alguna de las normas que integran el sistema legal normativo sobre remuneración de administradores tal como lo ha interpretado el Tribunal Supremo en la tantas veces citada STS de 26 de febrero de 2018.

Las situaciones más frecuentes se pueden dividir en cuatro grupos:

a) Silencio estatutario y falta de acuerdo de la junta general.

Los consejeros han cobrado por el desempeño de funciones ejecutivas conforme a los contratos aprobados por el consejo de administración sin intervención de la junta general ni previsión estatutaria de ningún tipo. En este caso se detecta una contradicción con dos normas legales, la que dispone la gratuidad como regla del desempeño del cargo de administrador (art. 217.1 LSC) y la que atribuye a la junta general la fijación de la cuantía anual de la retribución de los administradores (art. 217.3 LSC). En teoría habría varias consecuencias sobre el contrato. Se podrá decir que es nulo por infracción de norma legal imperativa, sólo ineficaz y, por tanto, susceptible de ratificación *ex tunc* (art. 1259 CC) o, por último, que es perfectamente válido por estar comprendido en el ámbito del poder de representación del consejo y no existe ni mala fe ni culpa grave en el directivo que percibió la remuneración (art. 234. 2 LSC).

b) Cláusula estatutaria sobre el carácter gratuito del cargo.

La mayoría de las cláusulas estatutarias diseñadas tras la reforma legal de 2014 establecen que el cargo de consejero por el desempeño de las «funciones propias de la condición de consejero» o «en su condición de tales» es gratuito. Estas redacciones se propusieron pensando que la retribución de los consejeros ejecutivos podía fijarse exclusivamente en los contratos de administración o, dicho de otro modo, que el desempeño de funciones ejecutivas no estaba comprendido en las funciones propias del consejero (como se dice ocurre en el

ámbito de las sociedad cotizadas). Sin embargo, su lectura conforme a la interpretación realizada por el TS en la sentencia de 26 de febrero de 2018 implicaría que el pago de la retribución se habría realizado de forma contraria a los estatutos, lo que podría incluso llevar a la declaración de nulidad de los acuerdos del consejo aprobando la retribución por infracción de dichas normas estatutarias (art. 204 LSC). Entonces se planteará la validez de los acuerdos de la junta general que, mediante los procedimientos y cautelas inherentes a los acuerdos de modificación estatutaria, se adopten con la finalidad de aclarar, con efectos retroactivos, el sentido real de la declaración estatutaria.

c) Cláusulas estatutarias de remisión a los contratos.

Un tercer escenario se produce cuando los estatutos discriminan entre las funciones desempeñadas por los consejeros y establecen que el cargo de administrador, en lo que se refiere a las funciones de supervisión y deliberación propias de un consejero será gratuito y que la retribución de los consejeros ejecutivos será establecida en los contratos de administración aprobados por el consejo. Se trata de una cláusula que no es conforme a la Ley porque, según la STS de 26 de febrero de 2018, la intervención de la junta general en la fijación de la cuantía de la retribución es imperativa y por ello no se admite que ni siquiera los estatutos atribuyan al consejo de administración la competencia para fijar la retribución de los consejeros ejecutivos. Sin embargo, no cabrá duda de que la voluntad de los socios que aprobaron esas cláusulas era que la retribución de los consejeros ejecutivos se fijase en los contratos.

d) Sólo falta el acuerdo de la junta general.

Por último, puede citarse el caso en que los estatutos han establecido los conceptos retributivos a percibir por los consejeros ejecutivos, pero remiten la determinación de los conceptos retributivos y de la cuantía a los contratos de administración aprobados por el consejo de administración. En este supuesto faltaría el acuerdo de la junta general que determinase la retribución anual a percibir por el conjunto de los administradores, ya que, precisamente en cumplimiento de la cláusula estatutaria, los operadores habrán confiado su fijación al consejo de administración. Al respecto, es importante destacar que incluso antes de la reforma de 2014, cuando no se discutía que el sistema de retribución de los administradores debía constar en los estatutos, muchos autores defendieron la posibilidad de que los propios socios atribuyeran al consejo la completa regulación de la retribución de los ejecutivos (conceptos y cuantía).

Es difícil predecir en este momento el tratamiento que darán los diversos operadores a los escenarios legales que han quedado señalados. En nuestra opinión, no se puede desconocer que la finalidad de toda esta ordenación consiste en proteger la posición jurídica de los socios y, según el Tribunal Supremo, de los propios administradores. Si esto es así, no cabe

duda de que la ratificación de la percepción de las retribuciones mediante acuerdo de la junta general (supuestos c y d), en su caso con una mayoría suficiente para modificar los estatutos (supuestos a y b), tendría plena eficacia sanadora y eficacia retroactiva o *ex tunc* (art. 1259 CC). En apoyo de esta idea se podría afirmar que las reglas estatutarias sobre retribución de los administradores que desempeñan funciones ejecutivas sirven en realidad para integrar los contratos de administración suscritos con los ejecutivos, por lo que no habría inconveniente en que esa voluntad sea objeto de acuerdos interpretativos, aclaratorios o de fijación, como ocurre con cualquier negocio jurídico.

Cuentas anuales

Nulidad del acuerdo de aprobación de cuentas por ausencia de informe del auditor cuando su designación fue solicitada por la minoría

El registrador mercantil acordó suspender el depósito (solicitado en octubre de 2017) de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016 de una sociedad de responsabilidad limitada. La razón de esta decisión consistía en que se había solicitado nombramiento de auditor por parte de la minoría (en marzo de 2017) y que el registrador había resuelto (mayo de 2017) la procedencia de tal designación al amparo del artículo 265.2 LSC. Ahora bien, la particularidad del supuesto radicaba en que, si bien se llegaron a nombrar sucesivamente tres auditores, ninguno de ellos aceptó el cargo.

La resolución de la DGRN de 28 de febrero de 2018 (BOE núm. 65, de 15 de marzo) se ha pronunciado sobre el recurso presentado por la sociedad afectada, señalando al efecto:

- 1) Lo dispuesto en el último inciso del artículo 279.1 LSC no quiere decir que sea necesario que conste inscrito el auditor nombrado a instancias de la minoría para que sea exigible la presentación de su informe a efectos de poder practicar el depósito de cuentas. Lo que significa es que, una vez inscrito el nombramiento de auditor voluntario, el depósito de las cuentas solo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación (teniendo en cuenta, además, que esa inscripción enerva el derecho del socio minoritario a la verificación contable si es anterior a la presentación por éste en el Registro Mercantil de la instancia de la solicitud de designación de auditor). Así pues, cuando en las sociedades no obligadas a verificación contable se hubiese solicitado por los socios minoritarios el nombramiento registral de un auditor, no puede tenerse por efectuado el depósito de las cuentas anuales si no se presenta el correspondiente informe.

- 2) La ausencia de puesta a disposición del informe de verificación de cuentas siendo este necesario (e incluso la ausencia de información en el texto de la convocatoria sobre el derecho a obtenerlo) supone una grave infracción del artículo 272.2 LSC (STS 3 julio 2008). Y ello aunque tal contravención sea debida a que el informe no estaba aún elaborado al momento de celebración de la junta por incidencias surgidas en el curso del procedimiento de designación del auditor. En consecuencia es ineficaz el acuerdo de aprobación de las cuentas adoptado en una junta en cuya convocatoria se ha incumplido la exigencia del artículo 272.2 LSC.
- 3) Si los trámites derivados de la designación de auditor se ven retrasados, y dadas las graves consecuencias que derivan de la aprobación de cuentas sin contar con el informe de auditoría siendo éste necesario, un administrador prudente debe abstenerse de convocar junta para aprobar las cuentas (incluso cuando se encuentre recurrido el acuerdo del registrador sobre la procedencia de la designación de auditor a solicitud de la minoría).

Competencia para nombrar auditor en sustitución del designado previamente de manera voluntaria cuando dicha designación había enervado el derecho de la minoría recogido en el artículo 265.2 LSC

El administrador único de una sociedad anónima solicitó la inscripción de un nuevo auditor de cuentas (designado en sustitución del anterior también nombrado por el administrador y cesado por jubilación). La particularidad del supuesto de hecho radicaba en que, precisamente por existir un auditor nombrado con anterioridad por la sociedad y cuya designación constaba en el Registro Mercantil, se había desestimado la petición formulada por la minoría al amparo del artículo 265.2 LSC.

El registrador denegó la inscripción por considerar que, en las circunstancias producidas, la designación corresponde al registrador mercantil de conformidad con lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil (téngase en cuenta que el nuevo nombramiento no fue anterior a la solicitud de la minoría). Mediante la resolución de la RDGRN de 20 de febrero de 2018 (BOE núm. 58, de 7 de marzo) el Centro Directivo estimó el recurso. La decisión se basó, en síntesis, en las siguientes consideraciones

- 1) Dados los principios de objetividad, independencia e imparcialidad que presiden la actividad auditora, no frustra el derecho del socio reconocido en el artículo 265.2 LSC el origen del nombramiento (ya sea éste judicial, registral o voluntario). Consecuentemente, de existir designado un auditor por parte de la sociedad el interés protegible del socio está salvaguardado (cfr. STS 9 marzo 2007; RRDGRN de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012, 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo, 17 de junio de 2014 y 14 de mayo y 27 de julio de 2015, entre otras muchas).

- 2) Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: (a) que la designación voluntaria de auditor sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor; y (b) que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.
- 3) Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación (RRDGRN de 25 de agosto de 2005, 16 de mayo y 6 de julio de 2007, 18 de noviembre de 2015 y 15 de marzo y 21 de diciembre de 2016). Así se deduce del artículo 279 LSC. A falta de inscripción de la designación de auditor voluntario, sólo la aportación al expediente del informe de verificación o la justificación de que se ha entregado al socio solicitante pueden enervar la procedencia de designación de auditor por el registrador.
- 4) A la vista de lo anterior cabe afirmar que en nada se perjudica la posición del socio minoritario si, como consecuencia de la jubilación del auditor en su día designado e inscrito, el órgano de administración promueve su cese y la inscripción de uno nuevo. Lo trascendente es que la verificación se lleve a cabo, con independencia de la persona concreta que emita el informe (recuérdese que el informe debe ser emitido por auditor inscrito en el Registro especial y que ha de estar emitido de forma independiente y objetiva).
- 5) El órgano de administración se encuentra perfectamente legitimado para designar auditor con el fin de que verifique las cuentas anuales en aquellos supuestos en que la sociedad no esté obligada a la verificación contable. Y, además, en tal hipótesis, el nombramiento (voluntario) de auditor por la sociedad puede efectuarse en cualquier momento, incluso ya cerrado el ejercicio auditable. Por otro lado, el nombramiento voluntario fue anterior en el tiempo a la solicitud de la minoría (e inscrito en el Registro Mercantil) por lo que no hay obstáculo para que el administrador lleve a cabo un nuevo nombramiento y lo inscriba en la hoja correspondiente habida cuenta de que el interés protegible, la realización de la auditoría, viene garantizado por el artículo 279 LSC.
- 6) Si el registrador no fue competente en su momento para designar auditor a instancia de la minoría (por existir un nombramiento voluntario previo llevado a cabo por la sociedad) tampoco lo será posteriormente aunque se produzca el cese del primer auditor nombrado cuando quedó garantizado el interés que pretende proteger el artículo 265.2 LSC. Y, desde luego, no se daba el supuesto de hecho previsto en el artículo 265.1 LSC (referido sólo a sociedades obligadas a verificación contable).

Nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales aprobadas con posterioridad al 28 de marzo de 2018

Mediante Orden JUS/318/2018 y Orden JUS/319/2018, ambas de 21 de marzo, publicadas en el BOE de 27 de marzo, se aprueban los nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil, respectivamente, de las cuentas anuales consolidadas e individuales. Las citadas Órdenes Ministeriales entraron en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE.

La utilización de estos nuevos modelos es obligatoria para aquellas sociedades que aprueben las cuentas anuales del ejercicio 2017 con posterioridad al 28 de marzo de 2018, fecha de entrada en vigor de estas Órdenes. Podrán seguir utilizándose los modelos y formatos electrónicos aplicables con anterioridad a la vigencia de estas Órdenes para la presentación de las cuentas anuales de ejercicios iniciados con anterioridad al 1 de enero de 2017. En cualquier caso, las sociedades que hayan aprobado las cuentas del ejercicio 2017 con anterioridad al 28 de marzo de 2018 y las hayan depositado en el Registro Mercantil, no tendrán que reiterar el depósito.

La principal novedad introducida en los nuevos modelos es la obligación para las sociedades que formulan cuentas anuales individuales (no consolidadas) de depositar en el Registro Mercantil, junto con el resto de documentos que componen las cuentas anuales, un formulario obligatorio de «Declaración de identificación del titular real».

El formulario consta de tres epígrafes a cumplimentar dependiendo del caso concreto: I) Titular real persona física con porcentaje de participación superior al 25%, II) Titular real persona física asimilada y III) Detalle de las sociedades intervinientes en la cadena de control. El propio formulario contiene instrucciones de cumplimentación, de conformidad con la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo y el Reglamento de dicha Ley aprobado mediante Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo.

Los nuevos modelos, por otro lado, se acomodan a lo dispuesto en el Real Decreto-ley 18/2017, de 24 de noviembre que modifica el Código de Comercio, la Ley de Sociedades de Capital y la Ley de Auditoría de Cuentas en materia de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos, que tiene como objetivo identificar riesgos para mejorar la sostenibilidad y aumentar la confianza de los inversores, los consumidores y la sociedad en general, de manera que se incorpora en el «modelo normal» y modelo de cuentas consolidadas un Informe sobre información no financiera que deberán cumplimentar y depositar en el Registro Mercantil las empresas obligadas que decidan emitir, en relación con estas materias, un informe separado del informe de gestión.

Los cambios concretos incluidos en los nuevos modelos son las siguientes:

Anexo 1: modelos de presentación de las cuentas

«*Modelo normal*»: a) Instrucciones de cumplimentación: se modifica el apartado relativo a la información que debe presentarse en relación con la Declaración de identificación del titular real y la información para cumplimentar el Informe sobre información no financiera, en su caso; b) Contenido de la página de presentación en el Registro Mercantil: se insertan nuevas casillas para indicar si se ha efectuado la Declaración de identificación del titular real y si se deposita Informe sobre información no financiera; y c) Contenido de la memoria normal: en «Aplicación de resultados»: se elimina la aplicación a reserva por fondo de comercio.

«*Modelo abreviado*»: a) Instrucciones de cumplimentación: se modifica el apartado relativo a la información que debe presentarse en relación con la Declaración de identificación del titular real; b) Contenido de la página de presentación en el Registro Mercantil: se adapta para ajustarla a los cambios introducidos en el «modelo normal» anteriormente indicados; y c) Contenido de la página de identificación: se elimina la reserva por fondo de comercio en el cuadro sobre la aplicación de resultados, y se modifica el título del cuadro y el pie de página del apartado sobre aplicación de resultados con el objeto de aclarar que se trata de la propuesta de aplicación de resultados.

«*Modelo PYMES*»: a) Instrucciones de cumplimentación: se modifica el apartado relativo a la información que debe presentarse en relación con la Declaración de identificación del titular real; b) Contenido de la página de presentación en el Registro Mercantil: se adapta para ajustarla a los cambios introducidos en el «modelo normal» anteriormente indicados; y c) Contenido de la página de identificación: se modifica el título del cuadro y el pie de página del apartado sobre aplicación de resultados con el objeto de aclarar que se trata de la propuesta de aplicación de resultados.

«*Modelo de cuentas consolidadas*»: a) Instrucciones de cumplimentación: se modifica el apartado relativo a la información que debe presentarse en relación con el Informe sobre información no financiera; b) Contenido de la página de presentación en el Registro Mercantil: se inserta una nueva casilla entre las destinadas a identificar los documentos contables para indicar si se ha efectuado el depósito del Informe sobre información no financiera, en su caso.

Anexo II: modelos de presentación en soporte electrónico

Se incorpora la nueva codificación correspondiente al Informe sobre información no financiera (aplicable al «modelo normal» y al modelo de cuentas consolidadas) y a la Declaración de identificación del titular real (para el «modelo normal», «modelo abreviado» y «modelo PYMES»), así como la información que contienen los nuevos códigos.

Anexo III: test de errores

Se actualiza el doble juego de corrección de errores para las cuentas presentadas en soporte electrónico, con el alcance que a los mismos se asigna: unos, de cumplimiento obligatorio (por ejemplo los relativos a los periodos medios de pago o la Declaración de identificación del titular real, cuando proceda) y otros de cumplimiento voluntario.

Ampliación/reducción de capital social

Creación de nuevas participaciones sociales con prestaciones accesorias retribuidas mediante privilegio en el dividendo

La resolución de la DGRN de 24 de enero de 2018 (BOE núm. 33, de 6 de febrero), trata sobre la inscripción de un acuerdo de ampliación de capital mediante creación de nuevas participaciones sociales que llevan vinculadas prestaciones accesorias (prohibición de competencia unida a la obligación de prestar servicios o trabajos para la sociedad) que, a su vez, son retribuidas mediante la asignación de un privilegio en el reparto de dividendos (en el caso, el 80 por 100 del «beneficio contable») que se concretará mediante acuerdo de la junta general adoptado por mayoría simple y, a falta de acuerdo, según la cuota de participación. No se inscribe.

La Dirección General aborda determinadas cuestiones procedimentales y de fondo que resulta de interés señalar:

- 1) El acuerdo en si mismo no implica una dilución ilícita. Si se reconoce a todos los socios el derecho de asunción preferente de las nuevas participaciones sociales, el hecho de que alguno de ellos no quiera o no pueda cumplir con la prestación accesorio vinculada y, por tanto, no quiera o no pueda suscribir las nuevas participaciones no implica de por sí dilución ilícita, sin perjuicio de su derecho de impugnación del acuerdo ante los Tribunales si considera que no existe una justificación en el interés social para esta ampliación de capital (art. 204 LSC).

- 2) Como la forma de retribución establecida (privilegio en el dividendo) afecta al derecho individual de todos los socios a participar en las ganancias sociales con arreglo a su cuota de participación (art. 93 a) LSC), es necesario que todos los socios ofrezcan su consentimiento individual a la inclusión de esa cláusula (según el centro directivo, el art. 292 LSC no se refiere sólo a la modificación estatutaria que afecte a los privilegios creados por los propios estatutos sino también a los derechos de los socios que tienen origen legal); y
- 3) El requisito legal de la *claridad* en la redacción del orden del día de la junta dirigida a la modificación de los estatutos sociales exige hacer constar que las acciones creadas en la ampliación de capital conllevan este privilegio (arts. 174 y 287 LSC). La omisión de ese dato esencial implica infracción en la redacción del orden del día.
- 4) Por último, el centro directivo se pronuncia sobre una **cuestión de fondo** como es la necesidad de que los estatutos expresen el contenido «concreto y determinado» de la prestación (art. 86.1 LSC) que se realiza a favor de la sociedad y también de la retribución a pagar a modo de contraprestación o, como dice la Ley, de compensación (art. 87.1 LSC). En ambos casos se requiere la determinación porque se trata de relaciones jurídico – obligatorias entre el socio y la sociedad a las que resulta aplicable el artículo 1273 CC. Esto implica que es posible la *determinabilidad* del contenido de la prestación (y de la retribución), siempre que se establezcan criterios que introduzcan la claridad y seguridad debidas en las relaciones entre todos los interesados. Tal requisito no se cumple cuando se atribuye a la mayoría mediante acuerdo de la junta general la posibilidad de decidir el contenido del dividendo a repartir en concepto de retribución (queda al arbitrio de una de las partes).

Sociedades cotizadas

Temporada de juntas generales de accionistas en el Ibex 35

La denominada «*proxy season*» o «temporada de juntas generales de accionistas» es el período durante el cual las sociedades cotizadas celebran sus juntas generales ordinarias, dirigidas principalmente a la aprobación de las cuentas anuales, permitiendo así al accionariado controlar y valorar las prácticas de gobierno corporativo de los emisores mediante el ejercicio del derecho de información y de voto.

El 57% del Ibex 35 ha convocado formalmente la junta general antes o durante el mes de abril. Los meses de mayor concentración de celebración de juntas generales de accionistas son abril y mayo. Durante el primer trimestre del año únicamente han celebrado junta general de accionistas las siguientes sociedades: Abertis, Bankinter, BBVA, Enagás, Endesa, Red Eléctrica, Banco Santander y Siemens Gamesa, todas ellas en relación con las cuentas cerradas a 31 de diciembre de 2017.

Si bien no todas las sociedades que han celebrado ya su junta general de accionistas han publicado el desarrollo de la misma, un análisis preliminar deja ver que el promedio de participación de los accionistas en dichas juntas ha sido del 64.1%.

Los asuntos incluidos en el orden del día relacionados con el buen gobierno corporativo no han variado sustancialmente durante los últimos cinco ejercicios y tampoco lo ha hecho en el presente y ello a pesar de la reciente promulgación del Real Decreto-Ley 18/2017 en lo que respecta a la divulgación de información no financiera, cuyo objetivo es identificar riesgos que puedan afectar la sostenibilidad a largo plazo de las sociedades y fortalecer la confianza de la comunidad inversora, particularmente aquella comprometida con la inversión socialmente responsable.

Los puntos que predominan en el orden del día son los relacionados con la estructura y composición del consejo de administración. Seis sociedades han sometido a votación el número fijo de miembros del órgano de administración. En cuanto al nombramiento de consejeros, se han sometido a elección, reelección o ratificación quince consejeros con funciones ejecutivas, cuarenta y tres consejeros externos independientes, diecisiete consejeros dominicales y quince considerados como «otros externos».

Junto a ello existe un número relevante de propuestas de acuerdos relacionados con la estructura del capital social. Hasta el momento, dos sociedades han solicitado autorización para aumentar el capital de conformidad con el artículo 297 LSC en conexión con el artículo 505 LSC. Seis emisores han solicitado aprobación para delegar en el consejo de administración por el plazo de cinco años la facultad de ampliar el capital con la posibilidad de excluir el derecho de suscripción preferente hasta un 20%, a excepción del Banco Santander que ha limitado la duración de la delegación a tres años. Debido al cambio de política de voto del *Institutional Shareholder Services* (asesor de voto con mayor cuota de mercado), que entrará en vigor a partir de 2019, el elevado porcentaje de voto en contra de la exclusión del derecho de suscripción preferente y los posibles efectos diluivos en los últimos tres años (se estima entre el 15%-20%), es predecible que las sociedades con un nivel alto de dispersión accionarial y penetración de capital extranjero, opten por limitar al 10% la facultad de excluir los derechos de suscripción preferente.

Por otro lado, es destacable señalar que cuatro sociedades han solicitado la aprobación para delegar en el consejo la emisión de instrumentos convertibles, con las mismas condiciones del aumento de capital, mientras que siete sociedades han solicitado autorización para adquirir acciones propias.

Con respecto a los procedimientos de control, se observa en el orden del día de las juntas generales el impacto de la Ley 22/2015 de Auditoría de Cuentas y la publicación en 2017 de la Guía Técnica 3 de la CNMV sobre comisiones de auditoría de entidades de interés público. Ocho sociedades han incluido en su orden del día la reelección de las firmas de auditoría interna. La independencia de estas firmas cobra cada vez mayor importancia entre los inversores institucionales, por lo que resulta

interesante observar el estado actual de los dos criterios principales que definen la independencia del auditor, en aquellas sociedades que ya han convocado la junta general: a) el número de años consecutivos que la sociedad ha retenido los servicios de la misma firma y b) el porcentaje de honorarios que representan los servicios de no-auditoría frente al total de honorarios percibidos durante el ejercicio. En promedio, las firmas de auditoría prestan sus servicios a las sociedades durante siete años consecutivos, siendo veintiocho el mayor número de años con un mismo emisor. En relación con los honorarios por servicios diferentes a los de auditoría, el promedio que estos representan, frente al total de la facturación del ejercicio es de 16%, siendo 45,3% el promedio más alto en una sola sociedad.

En materia de retribuciones, diez sociedades han incluido en su orden del día la aprobación de una nueva política de remuneraciones o su modificación. El promedio de votos favorables sobre el informe anual de remuneraciones de las sociedades en 2017 fue del 87%. Diez sociedades, por su parte, incluyeron en el orden del día la aprobación de entrega de acciones a consejeros y/o ejecutivos clave.

Hasta el momento, solo una sociedad ha sido objetivo de una *proxy fight*. En ejercicio del derecho regulado en el artículo 519 LSC, un accionista de referencia solicitó un complemento de convocatoria. La propuesta ha obtenido apoyo del 12% de los votos y tenía como propósito expresamente el fortalecimiento del gobierno corporativo de la sociedad y el mantenimiento en España del domicilio social.

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

Estibaliz Aranburu

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

Fernando de las Cuevas

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

Íñigo Erlaiz

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

Fernando Igartua

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

David González

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

Daniel Marín

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

Alfonso Areitio

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

Mónica Weimann

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

Francisco Fita

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

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