

Circular nº 9 – Área Mercantil, Noviembre de 2011

Con motivo, de la entrada en vigor el pasado 1 de octubre de la Ley 25/2011 de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital, pasamos a enumerarles a continuación algunas de las novedades en ella contenidas.

No obstante lo anterior, además de la múltiples reformas acaecidas por la Ley, está siendo especialmente polémico el nuevo artículo **348.bis** introducido en la Ley 1/2010 de Sociedades de Capital, por lo que hemos creído oportuno, trasladar un anexo con algunos comentarios sobre la citada modificación.

Modificaciones operadas por la Ley 25/2011 de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital:

- ❖ La Ley opera diversas reformas que buscan agilizar el funcionamiento de las sociedades de capital y eliminar determinados trámites legales costosos e innecesarios. En línea con la incorporación de nuevas tecnologías, se procede a la creación de un nuevo artículo 11.bis que regula la **obligación de ser acordada por la junta general** de la sociedad, e inscribirse en el Registro Mercantil bien notificarse a todos los socios, la **creación** de una **página web** corporativa. La existencia de una página web corporativa que cumpla con los requisitos de publicidad o notificación indicados, tendrá especial relevancia de cara al régimen de convocatoria de Juntas que comentamos a continuación.
- ❖ Se modifica la forma de realizar la **convocatoria de la Junta General** en defecto de regulación estatutaria, sustituyéndose, en las sociedades que dispongan de ella, la convocatoria publicada en un diario de la provincia por la publicación **en la página Web de la Sociedad**.
- ❖ De la misma forma, se permita la regulación en estatutos la **convocatoria por medio de correo certificado con acuse de recibo**, lo que permitirá, de forma novedosa, a las S.A., disponer de una regulación estatutaria que ahorre costes de

convocatorias (evitando publicaciones en periódicos y en el Boletín Oficial del Registro Mercantil). La excepción son las S.A. con capital representado por acciones al portador, lo que es poco común, dado que si existen limitaciones a la transmisión de las acciones (algo totalmente común hoy en día, también en anónimas), los títulos han de ser, necesariamente, nominativos (a. 113.1 LSC).

- ❖ En relación con las **operaciones de autocartera**, tan frecuentes en tiempos de crisis para dar salida a socios que acuerdan su separación de la compañía con el resto de socios, se amplía el abanico de supuestos que pueden constituir infracción, regulándose con carácter general que los será todo incumplimiento de las obligaciones o vulneración de las prohibiciones previstas. Estas infracciones pueden ser sancionadas con multas impuestas por el Ministerio de Economía y Hacienda (Sociedades Limitadas) o por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (Sociedades Anónimas).
- ❖ En materia de **derecho de información del accionista** (por tanto, no se aplica para S.L.), se permite que los estatutos de una S.A. rebajen el porcentaje de capital a partir del cual no puede denegarse la información solicitada por considerar el Presidente de la Junta que la difusión de dicha información puede perjudicar el interés social. Hasta ahora se exigía un 25%. Ahora se permite que los estatutos rebajen ese porcentaje, hasta el mínimo de un 5%.
- ❖ Se regula en sede de Ley de Sociedades de Capital (antes sólo constaba en el Reglamento del Registro Mercantil) la posibilidad de que una persona jurídica ostente la administración social. Se regula como necesaria **designación de una sola persona natural como representante** en los supuestos de nombramiento de **administrador** a una **persona jurídica**. La revocación del mandato de dicha persona natural, se deberá inscribir en el Registro Mercantil, de manera que los socios o accionistas, puedan saber, en todo momento, qué persona física actúa como representante de una compañía que ostenta la administración social, lo que tiene importancia práctica de cara a la determinación de responsabilidades.
- ❖ Se introduce, como novedad, la posibilidad de que el **Consejo** de Administración, pueda ser **convocado por una tercera parte de sus consejeros**. Esto relativiza el poder fáctico de la presidencia del consejo y permite ganar tiempo y operatividad

en casos en los que el Presidente, por cualquier causa (ausencia, fallecimiento, incapacidad temporal o permanente recién adquirida...) no pueda cursar la convocatoria.

- ❖ **Desaparece** la necesidad para las S.A. de **publicación en dos periódicos** de determinados acuerdos de **modificación estatutaria**, para que pudieran ser inscritos en el RM, como son los de cambio de denominación, de domicilio, de sustitución o modificación sustancial del objeto social (que ahora pasa a ser motivo de separación de la sociedad).
- ❖ Se permite que las S.A. (antes sólo se preveía para las S.L.) puedan **regular en estatutos causas determinadas de exclusión** de socios, lo que suele utilizarse con frecuencia para introducir, como causa, la competencia comercial del socio/accionista, frente a la compañía.
- ❖ Se regula, de forma polémica, poco precisa y novedosa, una nueva causa de **separación del socio en caso de falta de reparto de los beneficios sociales**. Como ya hemos avanzado en el encabezamiento, por su relevancia, abordaremos en detalle esta modificación en la segunda parte de esta circular.
- ❖ Se permite la **regulación estatutaria** en S.A. (antes sólo se permitía en limitadas) de los **modos de organizar la sociedad**, de manera que sea la junta la que adopte uno u otro, por lo que una vez modificados estatutos en ese sentido, se evitará tener que modificarlos anualmente.
- ❖ Desaparece la obligación de que la **firma de los administradores** deba ser **legalizada** para el depósito en el **Registro Mercantil**.
- ❖ Se operan relevantes **modificaciones del proceso de liquidación** de un sociedad, introduciéndose nuevas causas de disolución legal para las anónimas (como lo es la inactividad de la Sociedad), se regula positivamente la necesidad de aprobar cuentas anuales en fase de liquidación (junto con un informe detallado del estado de la misma y siempre que dicha fase se prolongue durante más de un ejercicio), se elimina la exigencia que antes operaba sólo para las anónimas de tener que vender los inmuebles en pública subasta. Por otro lado, ahora se establece, para todas las sociedades, que los administradores, salvo acuerdo específico en contra o

derivación a concurso de acreedores, pasarán a convertirse en liquidadores. En las anónimas, éstos no tendrán que ser número impar.

- ❖ Por último, procede mencionar, siquiera, que también se operan numerosos cambios en el régimen jurídico de las Sociedades Anónimas cotizadas.

Por otro lado, y aunque no haya sido objeto de modificación por la Ley 25/2011, no queremos perder la ocasión de entrar a valorar la conveniente regulación estatutaria de la retribución de los administradores. Así, aunque el revuelo que levantaron las sentencias del Tribunal Supremo de noviembre de 2011, fue mitigado por la Dirección General de Tributos dejando clara la deducibilidad de las retribuciones pagadas a los miembros del órgano de administración que no figurasen en estatutos, lo cierto es que dentro del ámbito mercantil resulta conveniente, en los estatutos sociales, la inclusión de las retribuciones a percibir por el órgano de administración así como su necesaria aprobación anual en junta.

Teniendo en cuenta de que se trata de una materia sensible en la que cualquier irregularidad o conducta que se aparte, siquiera mínimamente, de la transparencia y publicidad exigidas, puede generar conflictos en la Sociedad y servir como elemento de presión y confrontación entre socios, no duden en ponerse en contacto con nosotros para llevar a cabo dichas modificaciones en el caso de que lo consideren necesario.

Quedamos a su disposición para cualquier duda o interés en la modificación de algunos de los puntos enumerados anteriormente.

Biscay Consulting, s.l.

ANEXO. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL NUEVO ARTÍCULO 348 BIS LSC

Comentadas las principales novedades operadas por la Ley 25/2011, hemos querido hacer especial hincapié sobre el alcance del artículo 348.bis, realizando un exhaustivo comentario sobre el mismo al objeto de que pueda ser leído con sana crítica por la cantidad de incógnitas abiertas que nos deja.

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

1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.

2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.

3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas.

Pues bien, leído el artículo, y **aunque la exposición de motivos no dice nada**, la ley está pensando en un derecho de la minoría a ejercitar en cualquier caso. O al menos esa es la justificación realizada en la tramitación parlamentaria y el contenido de las voces doctrinales que se han estado oyendo en los últimos meses, por lo que resulta conveniente analizar el citado artículo desde ese punto de vista.

Por lo tanto, en nuestra opinión, deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

- ✓ La aplicación temporal. Así, el citado artículo 348.bis ha sido redactado por la ley 25/2011 y ha entrado en vigor el **1 de octubre de 2011**. Quiere esto decir que resulta de aplicación a las juntas celebradas a partir de su entrada en vigor. Más

dudas pudieran existir si concurriera una junta en el mes anterior, y si ahí se hubiera votado en contra, es decir, si concurriera el supuesto de hecho objetivo.

- ✓ Las consecuencias de la aplicación del artículo, es decir, el voto a favor del reparto del dividendo por un socio dará a éste el derecho a separación, derecho que deberá ejercer en el plazo de un mes. Ésta interpretación hace conveniente el acuerdo unánime para no tener un mes de intranquilidad sobre el posible ejercicio del socio al derecho de separación. Lo cierto es que la situación que se abre una vez ejercitado dicho derecho, y si la interpretación que se adopta sobre el citado artículo 348.bis fuera la de las críticas que se han estado oyendo es muy inquietante ya que:

- 1) Valor. Estará fijado por un auditor que no sea el de la sociedad. No se establece, y esto es un problema general en sociedades de capital, -que en muchos casos sí que se regula para transmisiones intervivos vía estatutos – cuál será el método de valoración por lo que el socio que ejecute dicho ejercicio podrá recibir con agrado o sorpresa, la valoración de sus participaciones sin tener en cuenta métodos de valoración que estimen resultados futuros, sobre todo si tenemos en cuenta que en sociedades pequeñas el acceso a la información y previsión estará concentrado en el órgano de administración por lo que sin su colaboración (sin necesidad de limitar el acceso a la información obviamente) no se podrán obtener dichas valoraciones. Es cierto que al menos el valor de los dividendos, por simple valoración de fondos propios, si que los recupera, pero si estamos en un supuesto de retención claro, se cumplirá el objeto de la ley, y si no es así, por obviar la situación de financiación de la empresa, nos preguntamos qué ocurrirá cuando ejercido el derecho de separación no se puedan pagar las acciones/participaciones. Se convierte la sociedad en un acreedor del socio excluido, ¿y si se insta un concurso por imposibilidad de pago?
- 2) ¿Se puede regular por estatutos el método de valoración en los derechos de separación? Entendemos que no.
- 3) Más problemático nos parece el supuesto de compras apalancadas articuladas con socios financieros o capital riesgo. Si la Sociedad ha firmado contratos que impiden el reparto de dividendos, el ejercicio del derecho de

separación ante la falta de dicho reparto, podría constituir un caso (discutible, pero defendible) de abuso de derecho. De todas formas, lo normal, y nuestra opinión va por ahí, es que en el acuerdo de socios se traslade la responsabilidad al socio que ejercite tal derecho vía cláusula penal al contrato de socios ya que pueden llevar al traste inversiones de este tipo.

- 4) En línea con lo anterior, la aplicación de este precepto podría llevar a situaciones aberrantes desde el punto de vista jurídico y societario, como por ejemplo que la Sociedad se vea en la tesitura de tener que afrontar el pago que conlleva la separación del socio, o incumplir un contrato de financiación que incluya –como es habitual– en su clausulado un compromiso de no reparto de dividendos con vencimiento anticipado del préstamo/crédito en caso de incumplimiento.

- ✓ Calificación de beneficios propios de la explotación del objeto social. Nuestra opinión, a falta de definición sobre qué debe entenderse por “beneficios propios de la explotación del objeto social”, es que debe ir orientado más a los beneficios ordinarios de la actividad sin tener en cuenta los extraordinarios, es decir, beneficio neto después de impuestos sin resultados extraordinarios. Como argumento que avale esta tesis, además del propio sentido de la frase, nos encontramos con la justificación aportada por el Grupo Parlamentario Popular en la introducción de la enmienda 21 que da lugar a la redacción del artículo 348.bis y que justifican, *“De otra parte, con la fórmula que se propone se evita tener que repartir como dividendos las ganancias extraordinarias (como, por ejemplo, las plusvalías obtenidas por la enajenación de un bien que formaba parte del inmovilizado fijo). La expresión “beneficios propios de la explotación” del objeto social, específicamente introducida con esa finalidad, proviene del artículo 128.1 de la Ley de Sociedades de Capital”*. Pues bien, aunque en nuestra opinión el artículo 128.1 al que hace mención y del que toman la expresión no nos aclara nada, sobre todo porque regula el usufructo de acciones y utiliza la frase en sentido distinto, el comentario excluyente de los beneficios obtenido de la transmisión de inmovilizado fijo, y aunque el inmovilizado fijo sea una expresión del derogado PGC del 90,

avala la exclusión de los extraordinarios en la determinación del concepto beneficios propios de la explotación del objeto social.

- ✓ Debe hacerse notar que los fondos que deban destinarse a la devolución de principal de préstamos, no constituyen como tal un “gasto” luego se trataría de partidas que si bien drenan tesorería, no computarían a los efectos de la determinación del beneficio de explotación.
- ✓ Delimitación del concepto de “dividendo”: Si bien la primera parte del precepto habla de distribución de beneficios sociales, el supuesto que da pie al ejercicio del derecho de separación refiere a la no distribución “como dividendo” del 30% de los beneficios típicos, por lo que parece claro que los repartos de prima de emisión o las reducciones con devolución de aportaciones con cargo a reservas disponibles no computan como tales.
- ✓ Otra cuestión de análisis derivada del nuevo precepto es la posibilidad de regular vía estatutaria un supuesto distinto. Es decir, si ha de considerarse, como dispositivo el citado precepto y si puede considerarse válido o no el acuerdo estatutario mediante el cual se establezca otra cosa. A pesar de que algunos autores lo afirman, entendemos que el carácter imperativo de la redacción no da lugar a dudas.
- ✓ Paralelamente, habrá que tener especial cuidado con cualquier tendencia a la creación o al incremento obligatorio de reservas vía estatutos que limiten el reparto de dividendos por ser obligatorio su previa constitución ya que puede convertirse en un arma de doble filo. En esta línea, creemos que no tardará mucho en cuestionarse este aspecto y en aparecer una circular o acuerdo de pleno de la DGRN para determinar si dicha posibilidad, la creación de reservas voluntarias con un límite de dotación y con aplicación preferente de resultados hasta su dotación total, puede considerarse nula en todos, o en algunos casos, por vulnerar la imperatividad del 348 bis. Si se decide intentar dicha posibilidad, podría ayudar el dotar a la reserva de un destino específico.

Ahora bien, dicho lo anterior, y siendo conscientes de que tanto las opiniones vertidas en los últimos meses como la intención del legislador es la analizada, a nosotros nos cabe también una interpretación más restrictiva del precepto, y que supondría una menor variación a lo existente en la actualidad. El análisis es el siguiente:

- ❖ El supuesto de hecho del precepto es **"el socio que hubiere votado a favor de la distribución de los beneficios sociales"** en el caso de que la Junta no aprobara su distribución como dividendos. Es decir, puede interpretarse que para que se dé el supuesto de hecho, es necesario que haya una propuesta del órgano de administración favorable al reparto de dividendos. Siendo esto así, si la propuesta es destinar el resultado a reservas, no será posible emitir un voto "a favor de la distribución de los beneficios sociales" (dado que si se dotan reservas, no se distribuyen sino que se remansan en la Sociedad), y aunque se vote negativamente diciendo que el deseo es el reparto de dividendos, lo cierto es que únicamente se podrá votar a favor o en contra de la aplicación del resultado propuesta por el órgano de administración, y si ésta es dotar reservas, sólo se podrá votar a favor o en contra de dicha propuesta, no a favor de distribuir, que es lo que exige el precepto. Debe recordarse, a estos efectos, que es el órgano de administración el que, de forma soberana e indelegable, debe formular cuentas anuales y proponer la aplicación del resultado.

- ❖ Es cierto que esta interpretación parece forzar el sentido aparente del precepto. A tales efectos la justificación de la enmienda que dio lugar a la inclusión de dicho artículo en el texto final de la Ley 25/2011, no parece dejar lugar a dudas de que se trata de instaurar un derecho mínimo del socio/accionista, en evitación de una política de remansamiento perpetuo de beneficios que produzca la negación del derecho al dividendo que la propia Ley de Sociedades de Capital reconoce. Así, la justificación de la enmienda estableció: *"El derecho del socio a las ganancias sociales se vulnera frontalmente si, año tras año, la junta general, a pesar de existir beneficios, acuerda no repartirlos. La "Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles", de 2002 (art. 150), ya incluyó una norma semejante a la que este*

Grupo propone introducir en la Ley de Sociedades de Capital a fin de hacer efectivo ese derecho. La falta de distribución de dividendos no sólo bloquea al socio dentro de la sociedad, haciendo ilusorio el propósito que le animó a ingresar en ella, sino que constituye uno de los principales factores de conflictividad. El reconocimiento de un derecho de separación es un mecanismo técnico muy adecuado para garantizar un reparto parcial periódico y para reducir esa conflictividad. Con esta solución se posibilita el aumento de los fondos propios, permitiendo que las sociedades destinen dos tercios de esas ganancias a la dotación de reservas, y se satisface simultáneamente la legítima expectativa del socio.”

- ❖ Al margen de lo mucho o poco que pueda considerarse que esta interpretación fuerza el sentido que parece desprenderse de la justificación de la citada enmienda, no es menos cierto que:
 - a. Resulta discutible el valor jurídico de dicho texto a efectos de interpretación y determinación del alcance del precepto en la exposición de motivos de la Ley.
 - b. La interpretación auténtica no es necesariamente el criterio prevalente para la determinación del alcance de un precepto jurídico, cuando una interpretación sistemática de la literalidad del precepto en relación con el resto de la normativa que resulta de aplicación, y el sentido común que requiere su aplicación en determinados casos, aconseje una interpretación literal, no extensiva. Parece lógica y digna de tutela, por ejemplo, la decisión de un órgano de administración que conoce las necesidades financieras de una compañía para el primer trimestre del ejercicio siguiente, que decida remansar los beneficios en su totalidad dotando reservas, cuando el reparto del 30% sea financieramente desaconsejable, de conformidad con la diligencia exigida a un ordenado empresario.

- ❖ Esta interpretación, por otro lado, parece conciliarse mejor con la doctrina fijada por la DGRN en materia de impugnación de acuerdos sociales. Aunque lo que la Ley instaure no es una causa de nulidad del acuerdo sino un derecho de separación, parece más que aplicable a este supuesto el rigor exigido en materia de impugnación

de acuerdos sociales, dado que en definitiva, el derecho de separación surgiría de la adopción de un acuerdo social que reúna unos requisitos tasados legalmente, al igual que el derecho de impugnación surge frente a un acuerdo que reúna otros requisitos igualmente tasados. Pues bien, debe tenerse en cuenta que la doctrina de la DGRN fijada en materia de impugnación de acuerdos es extremadamente rigorista y formal, siendo necesario no sólo el voto en contra, sino dejar constancia expresa en el acto del rechazo al acuerdo adoptado, no siendo posible la impugnación de la falta de adopción de un acuerdo sino la del acuerdo positivamente adoptado, etc. El argumento es que con una doctrina tan rigurosa en materia de impugnación de acuerdos y teniendo en cuenta la literalidad del precepto, hacer una interpretación extensiva del mismo considerando que tienen derecho de separación no sólo los que votan a favor de la distribución del beneficio (que es lo único que dice el precepto) sino también los que votan en contra cuando la propuesta es la dotación de reservas... parece una posibilidad que no se concilia fácilmente con la literalidad del precepto ni con el rigor exigido por la DGRN en la materia más parecida a la que nos ocupa.

- ❖ Y lo cierto es que también tiene lógica la interpretación de que el Legislador permita introducir un filtro al ejercicio de ese derecho de separación, como sería la conformidad del órgano de administración que haya propuesto repartir dividendos, siendo la Junta la que no los apruebe y siendo en ese momento, cuando surge el derecho de separación, dado que es el órgano de administración el que conoce la realidad jurídica y financiera de la empresa y puede valorar si existen contratos que no permiten repartir dividendos, si se van a necesitar esos excedentes para atender circunstancias futuras, etc. y quien haga un juicio de prudencia previo. Por lo tanto, si hecho ese juicio y valoradas esas circunstancias, propone el órgano de administración el reparto y es la Junta la que lo evita, cabría el ejercicio del derecho de separación, siempre que el socio haya votado favorablemente al reparto.

Por estos motivos, nos decantamos, personalmente, por la consideración de que el ejercicio del derecho de socio exige que la propuesta de aplicación del resultado sea la distribución del resultado como dividendos, no surgiendo el citado derecho en el caso de que la

propuesta sea la dotación de las reservas legales y estatutarias que se hayan válidamente constituido, no obstante, **el sentido que parece haber querido dar el Legislador al precepto, a pesar de la defectuosa técnica legislativa utilizada** (la cual da pie a la interpretación que hemos expuesto) **podría justificar una interpretación judicial extensiva del precepto**, reconociendo el derecho de separación con independencia de cuál sea la propuesta de aplicación del resultado efectuada por el órgano de administración.

En cualquier caso, si la interpretación que prevalece es la primera, quizá no resulte aventurado pronosticar que la aprobación de este precepto va a traer como consecuencia un incremento de la imaginación de los responsables financieros/contables de la compañías, que, no queriendo repartir dividendos, puedan actuar dentro (o fuera) del margen que permita el delito de falseamiento de cuentas (Art. 290 CP).