

# NdeC

Notas de  
Colaboración

## **ESTUDIO PRÁCTICO DEL ARTÍCULO PRIMERO DE LA LEY 25/2011, DE 1 DE AGOSTO, DE REFORMA PARCIAL DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL (MODIFICACION DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL, APROBADO POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2010, DE 2 DE JULIO).** *Por Laura María de la Cruz Cano Zamorano, Registradora Mercantil.*

Hace no mucho tiempo, en una conferencia impartida recién aparecida la nueva Ley de Sociedades de Capital, pronosticábamos la poca vigencia del «mal llamado» Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital como tal, por cuanto, ni se trataba de un texto refundido dado que no se había procedido a integrar en el mismo la normativa relativa a las modificaciones estructurales de las sociedades de capital, ni se trataba, propiamente, de una refundición por cuanto ya, en aquel momento, observamos y pusimos de manifiesto la multitud de diferencias legales de fondo y de forma en relación con los textos «supuestamente» refundidos.

Ahora, en fechas muy veraniegas y como, desgraciadamente también, suele realizar el legislador en relación con la materia mercantil, el B.O.E. publica la Ley, a que se refiere el título de este trabajo, que confirma todas las sospechas ya anticipadas y, lo que es peor aún, nos pone de manifiesto, de nuevo, la mala técnica legislativa que nos viene acompañando, ya desde hace bastantes años, a los profesionales que nos desenvolvemos en estas áreas.

Bajo el argumento, no banal, de la reducción de costes, se introducen algunas modificaciones que, bien podrían haberlo sido en la llamada «refundición» al igual que ya se introdujeron otras, totalmente *extra legem* y fuera de la habilitación dada al Consejo de Ministros por las Cortes Generales y, que nos parecen perfectamente loables. Sin embargo, el contenido de algunas de las reformas introducidas por esta tempranísima ley que modifica parcialmente la Ley de Sociedades de Capital, (que solo ha durado «virgen» medio año, teniendo en cuenta la aparición del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre,) nos parece más que criticable y solo va a aportar más confusión, si cabe, a los profesionales que hemos de aplicarla a diario.

Pero, sin más preámbulo ya, procederé a destacar conforme al mismo orden que el articulado de la ley de modificación nos ofrece, cuáles son esos aspectos que, a nuestro juicio, merecen crítica, positiva o desfavorable, según los casos.

## A. SEDE ELECTRÓNICA DE LAS SOCIEDADES.

Empezaremos con el nuevo **artículo 11, bis** de la L.S.C. en el que se dispone:

*«Sede electrónica.»*

*1. La creación de una página web corporativa deberá acordarse por la Junta general de la sociedad. El acuerdo de creación deberá ser inscrito en el Registro Mercantil o bien notificado a todos los socios.*

*La supresión y traslado de la página web de la sociedad podrá ser acordada por el órgano de administración, salvo disposición estatutaria en contrario. Dicho acuerdo deberá inscribirse en el Registro Mercantil o ser notificado a todos los socios y, en todo caso, se hará constar en la propia página web suprimida o trasladada, durante los treinta días posteriores a la adopción de dicho acuerdo de traslado o supresión.*

*2. Será a cargo de los administradores la prueba de la certeza del hecho de la inserción de contenidos en la web y de la fecha en que se hicieron. Para acreditar el mantenimiento de dicho contenido durante el plazo de vigencia será suficiente la manifestación de los administradores que podrá ser desvirtuada por el perjudicado mediante cualquier prueba admisible en Derecho.*

Lo primero que nos llama la atención del precepto mencionado es la quiebra de un principio que todos los juristas tenemos acuñado desde las primeras nociones de Derecho aprendidas en la carrera y es que el órgano que adopta un acuerdo es el mismo a quien corresponde la rectificación o revocación del mismo, así como que el mismo documento que sirve de base para la inscripción de un acuerdo debe ser la forma documental para llevar a cabo su rectificación, modificación o revocación.

Así resulta de artículos tan básicos del Código Civil como el artículo 1.230 que dispone «Los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efecto contra tercero», o el artículo 1.219 del mismo que reza:

«Las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados, sólo producirán efecto contra terceros cuando el contenido de aquéllas hubiese sido anotado en el registro público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero».

Igualmente el art 153 del reglamento Notarial establece:

«Los errores materiales, las omisiones y los defectos de forma padecidos en los documentos notariales inter vivos podrán ser subsanados por el Notario autorizante, su sustituto o sucesor en el protocolo, por propia iniciativa o a instancia de la parte que los hubiera originado o sufrido. Sólo el Notario autorizante podrá subsanar la falta de expresión en el documento de sus juicios de identidad o de capacidad o de otros aspectos de su propia actividad en la autorización.

Para realizar la subsanación se atenderá al contexto del documento autorizado y a los inmediatamente anteriores y siguientes, a las escrituras y otros documentos públicos que se tuvieron en cuenta para la autorización y a los que prueben fehacientemente hechos o actos consignados en el documento defectuoso. El Notario autorizante podrá tener en cuenta, además, los juicios por él formulados y los hechos por él percibidos en el acto del otorgamiento.

La subsanación podrá hacerse por diligencia en la propia escritura matriz o por medio de acta notarial en las que se hará constar el error, la omisión, o el defecto de forma, su causa y la declaración que lo subsane. La diligencia subsanatoria extendida antes de la expedición de ninguna copia no precisará ser trasladada en éstas, bastando transcribir la matriz conforme a su redacción rectificadora. En caso de hacerse por acta se dejará constancia de ésta en la escritura subsanada en todo caso y en las copias anteriores que se exhiban al Notario.

**Cuando sea imposible realizar la subsanación en la forma anteriormente prevista, se requerirá para efectuarla el consentimiento de los otorgantes o una resolución judicial».**

El artículo 40 de la Ley Hipotecaria señala que «La rectificación del Registro sólo podrá ser solicitada por el titular del dominio o derecho real que no está inscrito, que lo esté erróneamente

o que resulte lesionado por el asiento inexacto, y se practicará con arreglo a las siguientes normas.

a. Cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento y, en general, de cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente, **la rectificación precisará el consentimiento del titular** o, en su defecto, resolución judicial.

En los casos en que haya de solicitarse judicialmente la rectificación, se dirigirá la demanda contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho»...

El artículo 95 del Reglamento del Registro Mercantil dispone «Título inscribible.

4. La inscripción de los actos modificativos del contenido de los asientos a que se refiere el párrafo 11 del apartado 1 de dicho artículo, se practicará en virtud de **documento de igual clase al requerido para la inscripción del acto que se modifica**».

Existen muchos preceptos a lo largo de nuestra legislación tanto civil, mercantil, notarial o hipotecaria que dejan claro que el órgano que rectifica, modifica o deroga un determinado acto o acuerdo debe ser el mismo que lo acordó o adoptó y en la misma forma documental. Pues bien, la reforma ahora introducida nos deja, de nuevo, perplejos al señalar que, si bien la creación de la página web corporativa es competencia, nada más y nada menos que, de la Junta General de la Sociedad, sin embargo, la supresión y el traslado puede ser acordado por el órgano de administración, eso sí, «salvo disposición estatutaria en contrario», lo que no deja de ser verdaderamente chocante y veremos por qué.

El precepto dispone que «el acuerdo de creación «deberá» ser inscrito en el Registro Mercantil o bien ser notificado a todos los socios», con lo cual ya se ve que no necesariamente «debe» ser inscrito en el Registro Mercantil (primera contradicción), quizás la dicción del precepto hubiera sido más correcta diciendo «El acuerdo de creación deberá ser inscrito en el Registro Mercantil, salvo que fuere notificado a todos los socios», porque, al final, el precepto señala que «debe» pero que «no debe».

En segundo lugar, por cuanto, si visto lo anterior hay que concluir que no es necesaria la práctica de la inscripción de la página web en el Registro Mercantil, menos sentido tiene aún, que la prohibición al órgano de administración para trasladar o suprimir la página web requiera una modificación de Estatutos. De forma que la Ley establece que para que el órgano competente (Junta General) sea quien proceda a rectificar o modificar un acuerdo que ella adoptó requerirá modificación de estatutos, con los consiguientes requisitos especiales de convocatoria y de adopción de acuerdos para cualquier modificación de estatutos.

Nos parece absurdo. En primer lugar, absurdo que un acuerdo como la creación de una página web sea competencia de la Junta General cuando el órgano de administración puede vender, comprar, avalar, afianzar, hipotecar, etc... Resulta curioso cuanto menos. Pero es que, además, para que ese acuerdo tan «extraordinario» no pueda ser diez minutos después dejado sin efecto por el órgano de administración, hace falta modificar los estatutos sociales para excluir esa competencia del órgano de administración, elevarlo a público en escritura pública, tal y como dispone el artículo 5 y 95 del Reglamento del Registro Mercantil, e inscribirlo en el mismo. ¿No hubiera sido mucho más sencillo y lógico atribuir esa competencia al órgano de administración por Ley? Imaginemos que una sociedad como Telefónica S.A. tenga que convocar una Junta General para abrir una página web, ¿nos parece eso razonable?

Pero es que, además, en esta locura legislativa que vivimos, el legislador se olvida, siempre que recoge nuevos actos para inscribir en el Registro Mercantil, de que debe prever, también, cuál será la forma documental adecuada para la inscripción de los mismos. Es obvio que la previsión estatutaria para que el órgano de administración no pueda suprimir o trasladar la página web, deberá documentarse en escritura pública otorgada por el órgano de administración de la sociedad pero, respecto del acuerdo de creación, traslado o supresión de la página web nada se dice. Habrá que acudir a la sola referencia contenida en él, no sé ya cuántas veces modificado, Dispongo Noveno de la Instrucción de 18 de mayo de 2011 (curioso lugar donde establecer una norma que

debiera estar ubicada en el Reglamento del Registro Mercantil, en concreto en el artículo 95), que establece, después de la correspondiente, como no, rectificación de errores, publicada por vía de Instrucción de 27 de mayo de 2011, «o bien determinar la página web en los estatutos de la sociedad o bien notificar dicha página web al Registro Mercantil, mediante declaración de los administradores para su constancia al margen». Entendemos que, aquí, el entuerto se arregla un poco, pero no demasiado. Queda claro que si la página web se hace constar en los estatutos (cosa poco operativa, habida cuenta de la celeridad con que se crean y sustituyen páginas web) debe constar en escritura pública de modificación de estatutos inscrita en el Registro Mercantil, pero si se utiliza el, a mi juicio, mucho más operativo procedimiento de notificar la página al Registro Mercantil, para su constancia por nota marginal, basta un simple documento privado suscrito por el órgano de administración de la sociedad que, a fin de cuentas, solo va a dar publicidad a un hecho, la creación de una página web, por lo que este procedimiento nos parece mucho más lógico y coherente con nuestra postura de que debe ser competencia del órgano de administración y no de la Junta General. Sin embargo, con la actual redacción de la Ley de Modificación Parcial, el panorama ha cambiado por cuanto vuelve a la inicial posición de la Instrucción de 18 de mayo, antes de la corrección de errores que solo se refería, sin remisión alguna a la constancia por nota marginal en el Registro Mercantil, a la notificación a los socios de la existencia y dirección electrónica de dicha página web. Esperamos, aunque no confiamos en exceso, que ahora la Ley de Modificación Parcial sea también rectificadora en este extremo pues, de lo contrario, nos encontraremos con una discordancia entre lo dispuesto en la Instrucción ya rectificadora y lo ahora establecido en la Ley de Modificación Parcial que conllevará que el acuerdo de creación pueda ser inscrito solo en base o bien a una escritura pública de constitución o modificación de estatutos que recoja la página web, o una certificación expedida por el órgano de administración de la sociedad que certifique del acuerdo adoptado por la Junta General de creación de la página web, expedido por el órgano de administración con firmas legitimadas notarialmente ; mientras que, por el contrario, la supresión o traslado de dicha página web se pueda hacer constar en el Registro por medio de certificación, según resulta de la nueva redacción del art 11.bis de la Ley de Modificación parcial, dado que exigirá una certificación expedida por el órgano de administración de la sociedad del acuerdo o decisión adoptado por el mismo, de supresión o traslado. Con lo expuesto, se daría la paradoja de que si la creación se hizo constar por medio de modificación estatutaria y, sin embargo, la supresión o traslado por medio de una certificación de un simple acuerdo del órgano de administración, como éste no puede modificar estatutos quedaría el rastro en el correspondiente artículo estatutario pero otro asiento del Registro derogaría, sin modificar estatutos, el contenido del mismo, lo cual, como es evidente, resulta contrario al sentido común y jurídico más elemental. Por tanto, en los casos en que la página web se haya hecho constar en los Estatutos de la sociedad, entendemos que será preciso el acuerdo de Junta General para modificar tal extremo en los Estatutos sociales y, por tanto, también la escritura pública.

Como puede verse, la complicación que la nueva disposición ha introducido hubiera sido eliminada atribuyendo dicha competencia al órgano de administración, que podría haberlo hecho constar mediante una simple instancia motivadora de una nota marginal y su supresión y traslado de igual forma, salvo que alguna sociedad hubiera decidido introducirlo en los Estatutos sociales, en cuyo caso, hubiera requerido, como es obvio, de la escritura pública y cumplimiento de los requisitos de la modificación estatutaria.

Pero es que, además, nos parece un grave error la supresión, en la dicción actual, de la referencia contenida en la rectificación de errores de la Instrucción del día 25 a la necesidad de notificación de dicha página web al Registro Mercantil para su constancia por nota marginal, máxime cuando la finalidad de la página web no solo lo es para los socios sino también para terceros. Así, el art 319 de la L.S.C. (redactado por el Real Decreto Ley de 3 de diciembre de 2010) establece la publicación en la web para el acuerdo de reducción de capital en las sociedades anónimas en

sustitución de la antigua publicación en un periódico de gran circulación en la provincia, caso de que la sociedad disponga de página web, que establece el inicio del cómputo para el ejercicio del derecho de oposición por parte de los acreedores sociales. La misma situación se produce en la referencia a la web contenida en el artículo 333, apartado 2 para los supuestos de reducción de capital en sociedades limitadas con garantías estatutarias a favor de los acreedores.

Si lo expuesto ya resulta por sí suficientemente clarificador de cómo se legisla en la actualidad, el rizo del rizo es el párrafo segundo del artículo 11, bis, 1 cuando expresa «Y en todo caso, se hará constar en la propia página web suprimida o trasladada, durante los treinta días posteriores a la adopción de dicho acuerdo de traslado o supresión». Me resulta verdaderamente incomprensible que algo pueda ser objeto de publicación en una página web que ha sido suprimida porque, si ha sido suprimida es que ya no existe y, si no existe, difícilmente se puede publicar algo en algo inexistente. Pero, fuera de lo aberrante de la redacción dada, poniendo cierto sentido común donde parece no haberlo, habremos de entender que la página web que la sociedad ha decidido suprimir o trasladar no puede serlo hasta que hayan transcurrido treinta días desde el acuerdo, con lo cual nos surge la duda de si, en ese periodo, dicha página web solo se mantiene operativa a los efectos de la publicidad de su supresión o traslado o, por el contrario, si en ese periodo de tiempo pueden seguir practicándose publicaciones en la misma y, por tanto, también si la nueva página de traslado será la adecuada para las publicaciones y, a partir de qué momento, ¿desde que se notifica a los socios su traslado, desde que se hace constar en el Registro por nota marginal, por cuanto la rectificación de la Instrucción no ha sido derogada o desde cuándo? La introducción de este plazo de treinta días deja abierta la duda de cuál es la página web operativa a efectos sociales, ¿la trasladada, la de traslado o ambas?

En cuanto al apartado segundo del citado artículo 11.bis, al señalar que «Será a cargo de los administradores la prueba de la certeza del hecho de la inserción de contenidos en la web y de la fecha en que se hicieron. Para acreditar el mantenimiento de dicho contenido durante el plazo de vigencia será suficiente la manifestación de los administradores que podrá ser desvirtuada por el perjudicado mediante cualquier prueba admisible en Derecho», hemos de manifestar que no nos parece la fórmula jurídicamente más acertada ni garantista.

Hacer recaer en una simple manifestación el mantenimiento del contenido durante el plazo de vigencia nos parece un grave error, sobre todo, porque la referencia a la posibilidad de desvirtuar esa manifestación por medio de cualquier prueba en contrario admitida en Derecho es muy complicada, convirtiéndose en una prueba diabólica, como lo es la prueba de los hechos negativos. Así, entendemos que la única posibilidad viable de que el socio demuestre que la publicación no ha estado colgada en la página web durante todo el periodo de tiempo en que debiera haberlo estado solo puede derivar de un acta notarial que refleje un pantallazo de la página web en un momento determinado en que dicho anuncio no aparezca y, por tanto, la complejidad y costo de tener que acudir a una vía, la notarial, que resulta, desde luego, mucho más compleja que haberle dado una solución más objetiva y comprobable a la realización de la convocatoria que deje sin duda alguna claro el hecho de haberse producido, como es la convocatoria vía burofax, o carta certificada o telegrama, procedimientos más arcaicos pero seguro de más fácil comprobación que la publicación en la página web o el simple depósito de la convocatoria en el Registro Mercantil con constancia del hecho por nota marginal. Cualquier otra prueba admitida en Derecho no creo que sea fácil de obtener. Desde luego, la manifestación de testigos no creo que lo fuera, dejando, por tanto, reducido al dictamen de peritos, si es que éstos son capaces de determinar con los medios actualmente en vigor, si se ha producido y mantenido durante el plazo exigido legalmente la publicación de la convocatoria en la página web.

Pero es que, además, en un hipotético procedimiento de impugnación de acuerdos sociales por esta causa el Juez tendrá los mismos problemas que el Registrador a la hora de calificar la validez de los acuerdos adoptados, dado que la mera manifestación del administrador es un soporte muy endeble para considerar cumplidos los requisitos legales.



Todo lo dicho nos lleva a la conclusión de que la reforma introducida es un grave error, en primer lugar, porque deja en situación de absoluta falta de garantía un hecho tan importante como la convocatoria de la Junta General al que las múltiples Resoluciones de la D.G.R.N. y Sentencias del Tribunal Supremo han anudado el efecto, caso de incumplimiento, de nulidad de los acuerdos adoptados; en segundo lugar, porque pone en tela de juicio o hace más endeble, los efectos que, de los mencionados acuerdos y con los efectos legalmente previstos, atribuye la publicidad del Registro Mercantil y, en tercer lugar, conllevará una mayor conflictividad en el área judicial que, precisamente, lo que necesita es, justo lo contrario, el perfecto y eficaz filtro de control que la calificación del Registrador supone de la validez del título presentado.

Por tanto, nuestra opinión como profesional que cada día nos encontramos con acuerdos de Juntas Generales a inscribir en el Registro Mercantil no puede ser más negativa y pesimista sobre los avatares que la misma conllevará y aumento consiguiente de la inseguridad jurídica y conflictividad judicial, entorpeciendo así la finalidad de la seguridad jurídica preventiva que el Registro Mercantil ofrece.

Se plantea, por otro lado, la cuestión de si, en la actualidad, es posible exigir, como dispone el artículo 107 del Reglamento del Registro Mercantil, en la elevación a instrumento público de los acuerdos sociales que el Notario testimonie en la escritura el anuncio de convocatoria publicado o protocolizará testimonio notarial del mismo, cosa que creemos difícilmente cumplible o cumplible sin ningún tipo de garantía, dado que de la redacción final parece deducirse que la simple manifestación del órgano de administración de haber dado cumplimiento al requisito es suficiente para entenderlo cumplido por el Registrador y entendemos que también por el Notario a los efectos de autorizaciones de actas notariales de Juntas o autorización de escrituras públicas.

El legislador, al no redactar un texto global que regule la normativa de las Sociedades de Capital que integre no solo las normas generales de las mismas sino también todas aquellas afectantes a las modificaciones estructurales, respecto de las cuales sigue vigente el texto aprobado por la Ley de Modificaciones Estructurales de 2 de abril de 2009, resulta incongruente consigo mismo pues, si bien en la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Parcial indica que «Se suprime, así, el carácter obligatorio de la publicación de la convocatoria en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que este situado el domicilio social, con las dos únicas excepciones de que las acciones emitidas sean al portador o de que se trate de una sociedad cotizada», sin embargo, no ha procedido en la reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital ahora comentada a modificar ninguno de los artículos que en la Ley de Modificaciones Estructurales se refieren a la convocatoria de Juntas generales, con lo que las dos supuestas excepciones no son tales, sino una más. Baste para ello recordar el artículo 98 de la Ley de Modificaciones Estructurales que, para el traslado de domicilio al extranjero, dispone «Convocatoria de la junta y derecho de información. 1. La convocatoria de la junta deberá publicarse en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en la que la sociedad tenga su domicilio, con dos meses de antelación como mínimo a la fecha prevista para la celebración de la junta».

No hay olvidar tampoco las múltiples referencias que a la publicación en la página web o por vía de anuncios en diarios se contienen en los otros artículos de la misma Ley.

## B. MODO DE ORGANIZAR LA ADMINISTRACION EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS Y LIMITADAS.

Pasando al estudio **del artículo 23, modificado en su letra e)** que dispone «*El modo o modos de organizar la administración de la sociedad, el número de administradores o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de retribución,*

*si la tuvieren*». Nos parece perfecta la modificación. Carece absolutamente de sentido que la alternatividad de órganos sociales solo pueda preverse en sociedades de responsabilidad limitada, sin perjuicio de que la actual redacción deja en fuera de juego, al igual que ha pasado con muchas otras normas del Reglamento de Registro Mercantil al artículo 124 del mismo que sigue exigiendo la determinación de un solo órgano de administración respecto de las anónimas al disponer «En los estatutos se hará constar la estructura del órgano al que se confía la administración, determinando si se atribuye:

- a. A un administrador único.
- b. A varios administradores que actúen solidariamente.
- c. A dos administradores que actúen conjuntamente.
- d. A un Consejo de Administración, integrado por un mínimo de tres miembros».

#### C. CAUSAS DE NULIDAD DE LA SOCIEDAD.

Igual opinión favorable nos merece la nueva redacción de **la letra f) del apartado 1 del artículo 56** que en su redacción actual dispone «1. Una vez inscrita la sociedad, la acción de nulidad solo podrá ejercitarse por las siguientes causas: f) Por no expresarse en los estatutos la cifra del capital social».

La actual redacción ha suprimido la coetilla existente en la anterior redacción «y las aportaciones de los socios». Y ello es así, entre otras razones, porque las aportaciones de los socios, jamás se han hecho constar en los Estatutos sociales, sino en la escritura, bien de constitución, bien de ampliación del capital social. Así lo dispone el actual artículo 22, 1.c) de la Ley de Sociedades de Capital, recogiendo lo anteriormente contenido en las respectivas Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada, por lo que carecía absolutamente de sentido la referencia a las aportaciones de los socios habida cuenta de que las mismas se hacen constar en la escritura pero nunca en los estatutos que son la norma que rige la sociedad en el presente y para el futuro.

#### D. ADQUISICIONES ONEROSAS REALIZADAS EN LOS DOS PRIMEROS AÑOS.

La nueva redacción dada al **artículo 72, apartado 1** de la L.S.C. excede de la mera refundición que, en su momento, hizo la redacción anterior del precepto que recogía ni más ni menos que la dicción de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 que disponía:

«**Artículo 41:** Adquisiciones onerosas. (Ley de 1989).

1. Las adquisiciones de bienes a título oneroso realizadas por la sociedad dentro de los dos primeros años a partir de su constitución habrán de ser previamente aprobadas por la junta general **siempre que el importe de aquéllas exceda de la décima parte del capital social**, con la convocatoria de la junta deberán ponerse a disposición de los accionistas un informe elaborado por los administradores y otro elaborado por uno o varios expertos designados conforme al procedimiento establecido en el artículo 38.

2. No será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior a las adquisiciones comprendidas en las operaciones ordinarias de la sociedad, ni a las que se verifiquen en Bolsa de valores o en subasta pública».

En la actualidad la frase «**siempre que el importe de aquéllas exceda de la décima parte del capital social**» ha sido sustituida por la de «**si el importe de aquellas fuese, al menos, la décima parte del capital social**», modificación sustancial, por tanto, que rebaja el porcentaje para el que es precisa la aprobación de la Junta General de la adquisición realizada dado que si alcanza la décima parte del capital social será precisa, mientras que en la redacción inicial de la Ley de Sociedades de Capital solo lo era si excedía de esa décima parte. Se vuelve a apartar aquí el legislador de la habilitación dada por las Cortes Generales.

## E. CONVOCATORIA DE LA JUNTA GENERAL A SOLICITUD DE LA MINORÍA.

El **artículo 168 de la L.S.C.** ha sido, de nuevo, redactado en la nueva dicción contenida en la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Sociedades de Capital, norma esta última que arrastró los mismos errores que el texto anterior y que resultaba en su redacción originaria de imposible cumplimiento tras la reforma del plazo de antelación de las convocatorias de las Juntas generales de las sociedades anónimas operada por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre que dio nueva redacción al antiguo artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas disponiendo:

«Convocatoria de la junta.

1. La junta general ordinaria deberá ser convocada mediante anuncio publicado en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia, por lo menos un mes antes de la fecha fijada para su celebración».

Sin embargo, en aquella ocasión al redactar dicho precepto el Legislador omitió proceder a modificar el contenido del antiguo artículo 100.2 de la L.S.A. que en su redacción originaria, anterior a la modificación del artículo 97, disponía: «Deberán, asimismo, convocarla cuando lo soliciten socios que sean titulares de, al menos, un cinco por ciento del capital social, expresando en la solicitud los asuntos a tratar en la junta. En este caso, la junta deberá ser convocada para celebrarse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se hubiese requerido notarialmente a los administradores para convocarla».

Al no haberse modificado en la Ley 19/2005 el artículo 100,2 de la L.S.A. resultaba de imposible aplicación por cuanto el artículo 100 exigía que la Junta se celebrara en el plazo máximo de treinta días a contar desde el requerimiento, mientras que la antelación de convocatoria de cualquier anónima era de un mes, plazo por tanto superior al plazo de treinta días en que se supone que la Junta debía celebrarse. Este error de no modificar el artículo 100 se arrastró en la redacción dada al texto refundido de la Ley de Sociedades de capital y, ahora, en la Ley de Reforma Parcial se subsana ampliando el plazo del antiguo artículo 100, ahora 168 de la Ley de Sociedades de Capital al de dos meses a contar desde el requerimiento a los administradores para que convoquen la Junta General.

No debemos olvidar, sin embargo, que habrá un supuesto que nunca podrá incluirse por vía de la convocatoria instada al administrador por socios que representen el 5% del capital social tras la nueva redacción dada, y es el traslado de domicilio al extranjero por cuanto la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales prevé en su artículo 98 «Convocatoria de la junta y derecho de información.

2. La convocatoria de la junta deberá publicarse en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en la que la sociedad tenga su domicilio, con dos meses de antelación como mínimo a la fecha prevista para la celebración de la junta.»

## F. CONVOCATORIA DE LAS JUNTAS GENERALES, FORMA Y CONTENIDO.

El nuevo **artículo 173** de la Ley de Sociedades de Capital queda redactado con el siguiente tenor literal:

«1. Salvo disposición contraria de los estatutos, la Junta General será convocada mediante anuncio publicado en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en la página web de la sociedad. Con carácter voluntario y adicional a esta última o cuando la sociedad no tenga página web, la convocatoria se publicará en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que este situado el domicilio social.

2. Los estatutos podrán establecer que la convocatoria se realice mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad o por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio



*designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad. En caso de socios que residan en el extranjero, los estatutos podrán prever que sólo serán individualmente convocados si hubieran designado un lugar del territorio nacional para notificaciones.*

*Con carácter voluntario y adicional, la convocatoria se podrá publicar en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que este situado el domicilio social.*

*3. Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, en el caso de sociedad anónima con acciones al portador, la convocatoria deberá realizarse al menos mediante anuncio en el Boleín Oficial del Registro Mercantil».*

Lo primero que nos llama la atención es la pretendida unificación de las formas de convocatoria de Juntas Generales entre las sociedades anónimas y limitadas que, si bien nos parece loable en su intención, nos parece poco afortunada en su redacción.

La norma general es la norma estatutaria en la que en el apartado 2 del precepto se nos dice que los mismos pueden prever que la convocatoria se publique solo en la página web de la sociedad, con las salvedades ya indicadas, anteriormente, respecto del artículo 98 de la Ley de Modificaciones Estructurales antes mencionada y de los problemas que dicho medio de convocatoria va a llevar consigo en la práctica.

La Ley señala, además, que los estatutos pueden prever «cualquier otro procedimiento de comunicación, individual y escrita que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o (y aquí es donde hay una pequeña divergencia entre la actual y anterior redacción) en el que conste en la documentación de la sociedad, mientras que en la anterior redacción se refería al Libro Registro de Socios. Podría pensarse que esta modificación es banal, pero no parece lógico pensar así, dado que ¿entonces, cuál es la finalidad de ese cambio terminológico? Pensemos que el socio pueda haber comunicado a la sociedad una renuncia a su cargo de administrador en que haga constar un domicilio diferente al que consta en el Libro Registro de Socios, ¿a cuál de los dos domicilios ha de notificarse la convocatoria al sujeto en cuestión? Es evidente que, tanto en las sociedades anónimas como en las limitadas, existe un Libro Registro de acciones nominativas o un Libro Registro de Socios, donde se hacen constar las sucesivas transferencias o actos jurídicos afectantes a las acciones nominativas y a las participaciones. ¿Qué sentido tiene cambiar la dicción anterior para introducir un término mucho más amplio que lo único que puede motivar es mayor confusión? No entendemos el sentido de este cambio y no creemos, además, que sea una buena idea.

Por otro lado, el colmo de la inutilidad de un precepto estatutario es establecer algo que se puede hacer o no con carácter voluntario, eso no precisa comentario alguno. La frase, repetida dos veces no puede ser más absurda: «**Con carácter voluntario y adicional**, la convocatoria se podrá publicar en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social». La reflexión que nos motiva es «Ya, y en el Interviú o en el Hola, si les apetece». Igual dicción, salvo para el supuesto en que no exista página web (caso en que nos parece oportuno, como es obvio), se contiene en el apartado 1 del mismo precepto. Creo que huelgan mayores comentarios al respecto.

La fórmula de «cualquier procedimiento de comunicación individual y escrita que asegure la recepción del mismo por todos los socios» nos parece muy correcta en la formulación que la Ley realiza pero no así en los estatutos sociales. Es evidente que lo que la Ley pretende es que sean los estatutos quienes fijen cual sea ese modo o medio de comunicación escrita pero la copia literal de ese texto en los estatutos sociales no determina nada ni le aclara nada al socio, que tendrá que estar a verlas venir cuando prevea que pueda haber una convocatoria de Junta General y a esperar por donde le sale, en cada caso, el órgano administrador. ¿Será, quizás, por correo certificado, o por telegrama, o burofax, o acudirá el administrador con la carta directamente a su domicilio para que se la firme el socio, o acudirá a un Notario para que éste, a su vez, acuda a la casa del socio a llevarle la convocatoria, o le llegará por correo certificado impuesto en la Oficina de Correos por el Notario? En fin, pueden estar jugando al ratón y al gato el adminis-

trador y el socio, a ver si, así, éste, finalmente, no se entera de que se convoca Junta. No nos parece, como es evidente, ésta la solución más adecuada pero eso parece que es lo que preconiza la doctrina de la Dirección General de Registros y Notariado que, en los últimos recursos gubernativos, nos dice que *«En el presente caso se ha ejercido esa libertad de configuración estatutaria al disponer un sistema facultativo de convocatoria de la junta general en sustitución de la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un diario. El registrador exige que se especifique en los estatutos un único y concreto sistema de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio de la convocatoria por todos los socios. Pero tal criterio no puede estimarse suficientemente fundado en la letra de la norma del artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital ni en su «ratio legis».*

*En efecto, si uno de los postulados en que se fundamenta la regulación de las sociedades de responsabilidad limitada es el de la flexibilidad de su régimen jurídico, de suerte que –por lo que ahora interesa– se permite sustituir el régimen legal de publicidad de la convocatoria de la junta general (cfr. el apartado II.3 de la Exposición de Motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, vigente con anterioridad al Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital), y se tiene en cuenta que la reforma introducida por el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, tiene por finalidad la disminución de costes mediante la reducción de obligaciones de publicidad en periódicos de la convocatoria de las juntas generales, debe concluirse que, a falta de una previsión normativa de la que se desprenda clara y terminantemente lo contrario, no puede negarse la posibilidad de establecer como sistema de convocatoria de la junta cualquier procedimiento de comunicación individual y escrita **en los términos genéricos previstos** en la citada norma legal, que aseguran al socio la información que sobre la convocatoria se pretende garantizar por la Ley. La exigencia impuesta por el registrador sería contraria a la finalidad de flexibilidad y simplificación perseguida por el precepto legal citado en la calificación impugnada».*

Lo anteriormente transcrito de la **Resolución de 8 de julio de 2011**, no por más veces reiterado en distintas Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado, nos parece mínimamente convincente. A nuestro juicio, el registrador mercantil tiene toda la razón y le avala la norma mencionada en exigir que estatutariamente se fije cual va a ser el procedimiento de comunicación. Podremos discutir o no, si, contra las múltiples Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado existentes en la materia, cabe la alternatividad de fórmulas de convocatoria, tradicionalmente no permitida por las mismas, pero lo que, desde luego, no parece de recibo es que esa fórmula «genérica», como muy bien indica la Resolución, sea la fórmula adecuada para determinar el sistema de convocatoria, y no creemos que el tan manido argumento de la «disminución de costes mediante la reducción de obligaciones de publicidad» sea argumento mínimamente jurídico para sostener esa postura. Además, se plantea el absurdo, elevado al cubo, de que, supuestamente, si ese es el argumento para admitirlo en las sociedades telemáticas sujetas al Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre, ¿hemos de admitir esa fórmula en aquellas sociedades que, deliberadamente, no se acogen a la reducción de costes y utilización de los medios previstos en ese Real Decreto Ley o, por el contrario, decae el razonamiento y, por tanto, podemos exigir la determinación concreta del medio de comunicación en cuestión?

En cuanto a la posibilidad de formas alternativas de convocatoria, la **Resolución de la Dirección General de Registros y de Notariado de 15 de octubre 1998** expresaba que *«el art 46,1 de la L.S.R.L. establece la forma en que tal convocatoria ha de realizarse para permitir a continuación en el apartado segundo que pueda ser sustituida en los Estatutos por otra, sustitución en la que, a su vez, se permite optar entre distintas fórmulas. Sin entrar a considerar si estatutariamente podría establecerse un sistema de convocatoria cumulativo, lo que claramente resulta de dicha norma es que no cabe uno alternativo que deje en libertad al llamado a realizar la convocatoria, la elección, como garantía del derecho de los socios a conocer la forma en que han de ser convocados. Si los Estatutos guardan silencio sobre el particular, la convocato-*

*ria deberá realizarse en la forma prevista por el legislador y caso de optar por otra, aquella queda excluida tácitamente y sustituida por la que voluntariamente se haya adoptado».*

Los términos de la Resolución eran claros y contundentes, así pues, no caben conforme a la Resolución citada formas de convocatoria alternativas y en idéntico sentido se expresaba la **Resolución de 25 de febrero de 1999**.

*«En relación con el segundo de los defectos impugnados, se cuestiona si es o no inscribible la cláusula estatutaria según la cual toda Junta general deberá ser convocada mediante anuncio publicado en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en un diario, si bien «el órgano de administración podrá sustituir el anterior medio de convocatoria, efectuando ésta mediante carta, télex, fax, telegrama o cualquier otro medio escrito dirigido a cada uno de los socios...».*

*A juicio del Registrador, el medio de convocatoria no puede quedar al arbitrio del órgano de administración, por lo que no cabe establecer el alternativo que prevé dicha cláusula, y menos aún sin señalarse las circunstancias objetivas necesarias para el cambio de sistema y la previa notificación a los socios.*

*Sin prejuzgar si el sistema alternativo de convocatoria de la Junta ahora cuestionado se acomoda a la exigencia prevenida en el artículo 46.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de que el procedimiento de comunicación, individual y escrita, asegure la recepción del anuncio por todos los socios, lo cierto es que la valoración del contenido de dicho precepto legal (en cuanto señala que «los Estatutos podrán establecer en sustitución del sistema anterior...») en conexión con la conveniencia de certeza en la regulación de las relaciones entre la sociedad y los socios, lleva a concluir que la libertad de estipulación respecto del concreto sistema de convocatoria de la Junta, dentro de los márgenes legales, deberá desenvolverse al configurar los propios Estatutos en armonía con su naturaleza de norma rectora de la estructura y funcionamiento B.O.E. de la entidad, con la exigencia de plenitud y especificación en sus determinaciones y para garantía de los legítimos intereses de los socios, de suerte que, en defecto de previsión estatutaria, los socios puedan contar con que la Junta habrá de convocarse en la forma establecida en el artículo 46.1 de la Ley, sin que quepa una remisión estatutaria a lo que en cada ocasión, al efectuar la convocatoria, determine el órgano de administración entre varios sistemas alternativos...».*

Hemos de recordar que la **dicción del antiguo artículo 46,2** de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada *«los estatutos podrán establecer, en sustitución del sistema anterior, que la convocatoria se realice mediante anuncio publicado en un determinado diario de circulación en el término municipal en que esté situado el domicilio social, o por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en el Libro registro de socios» era exactamente la misma que la actual* *«2. Los estatutos podrán establecer que la convocatoria se realice mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad o por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad».* Por tanto, no nos parece jurídicamente adecuado el cambio de postura del Centro Directivo, basado, supuestamente, en el abaratamiento de costes y reducción de cargas administrativas.

Por otro lado, en **Resolución de 5 de julio de 2011**, en estas fechas aun no publicada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, a la Dirección General de Registros y Notariado, en un recurso afectante a la que escribe estas notas en relación con dos sistemas alternativos de convocatoria, si bien estima el recurso con los mismos argumentos del abaratamiento de costes y reducción de cargas administrativas, desliza la siguiente frase de la que se deduce claramente que la determinación del procedimiento es precisa *«Y es que, con base a la autonomía de la voluntad de los socios fundadores (cfr. art 28 de la Ley de Sociedades de Capital), se prevén dos sistemas que aseguran al socio la información que sobre la convocatoria se pretende asegurar*

*por el artículo 173 de dicha Ley, de modo que los socios pueden contar con que la Junta habrá de convocarse mediante cualquiera de esos sistemas establecidos en una disposición estatutaria que no puede reputarse contraria a norma imperativa alguna ni contradictoria de los principios configuradores del tipo social elegido».*

En conclusión, la Dirección General ha cambiado de criterio en menos de tres días, pues de la Resolución de 5 de julio se desprende que se ha de asegurar cual sea el *«modo que los socios pueden contar con que la Junta habrá de convocarse»*, mientras que en la de 8 de julio indica que *«no puede negarse la posibilidad de establecer como sistema de convocatoria de la junta cualquier procedimiento de comunicación individual y escrita en los términos genéricos previstos en la citada norma legal, que aseguran al socio la información que sobre la convocatoria se pretende garantizar por la Ley»*. No deja de parecernos sorprendente que en tres días se pueda decir por el mismo Centro justo lo contrario de lo que se dijo antes. Pero esa es la situación a la que nos enfrentamos en nuestra tarea diaria los profesionales del Derecho.

El **artículo 174** del Texto Refundido ahora dispone *«En todo caso, la convocatoria expresará el nombre la sociedad, la fecha y hora de la reunión, el orden del día, en el que figuraran los asuntos a tratar, y el cargo de la persona o personas que realicen la convocatoria»*. Antes, el apartado 2 de dicho precepto se refería a que en la convocatoria se expresara el «nombre» de la persona o personas que efectuaran la convocatoria. No nos parece muy adecuada la fórmula actual, salvo que la entendamos en el sentido de que, aparte del nombre, se exprese el cargo, pero mucho me temo que no va a ser esa la interpretación que se dé por parte del Centro Directivo. El cargo puede indicarse señalando «el administrador solidario» y con eso, ¿a quién hacemos responsable de la corrección formal y sustantiva de la convocatoria y, por tanto, del cumplimiento de sus requisitos legales?; o, si se indica, «el Consejero Delegado», o «los administradores mancomunados», cuando haya más de dos con ejercicio de la representación con mancomunidad parcial, por ejemplo, ¿quién es el autor de la convocatoria? Creemos que la modificación llevada a cabo empeora la redacción del precepto y, por tanto, nuestra valoración no puede ser positiva.

El **art 177.3** del T.R.L.S.C. también es objeto de modificación ofreciendo más garantías para el accionista consistente, no solo, en ampliar dos días más la antelación de la fecha para la reunión en segunda convocatoria, cuando la primera no hubiera podido celebrarse y en la convocatoria de la misma no se hubiera previsto la fecha para la segunda, en sede de anónimas pasando de ocho a diez días sino, también, que habrá de serlo con el mismo orden del día de la primera convocatoria.

#### G. DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS SOCIOS EN LA JUNTA GENERAL. POSIBLE DENEGACIÓN POR EL PRESIDENTE.

En orden al derecho de información de los socios y de la posibilidad de su denegación en los casos en que, a juicio del Presidente de la Junta General, no proceda la misma por perjudicar el interés social, el nuevo **artículo 197.4** introduce una pequeña modificación en cuanto a la posibilidad de minorar estatutariamente el porcentaje de socios que apoyen la petición de información para no poder ser denegada, siempre que sea superior al cinco por ciento del capital social. Así, dispone: *«4. No procederá la denegación de información cuando la solicitud este apoyada por accionistas que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social. Los Estatutos podrán fijar un porcentaje menor, siempre que sea superior al cinco por ciento del capital social»*.

#### H. ADMINISTRADOR PERSONA JURÍDICA.

Otra de las modificaciones, con introducción de número bis, es el artículo 212 al que ahora le sigue el **art. 212.bis** que dispone:

*«Administrador persona jurídica.*

1. *En caso de ser nombrado administrador una persona jurídica, será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo.*

2. *La revocación de su representante por la persona jurídica administradora no producirá efecto en tanto no designe a la persona que le sustituya. Esta designación se inscribirá en el Registro Mercantil en los términos previstos en el artículo 215».*

Este último, el 215 preceptúa:

«Inscripción del nombramiento.

1. El nombramiento de los administradores, una vez aceptado, deberá ser presentado a inscripción en el Registro Mercantil haciendo constar la identidad de los nombrados y, en relación a los administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad, si pueden actuar por sí solos o necesitan hacerlo conjuntamente.

2. La presentación a la inscripción deberá realizarse dentro de los diez días siguientes a la fecha de la aceptación.»

Se pretende, así, dar rango legal a lo dispuesto en el artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil que dispone: «Nombramiento de administrador persona jurídica.

1. En caso de administrador persona jurídica, no procederá la inscripción del nombramiento en tanto no conste la identidad de la persona física que aquélla haya designado como representante suyo para el ejercicio de las funciones propias del cargo.

2. En caso de reelección del administrador persona jurídica, el representante anteriormente designado continuará en el ejercicio de las funciones propias del cargo, en tanto no se proceda expresamente a su sustitución».

Hemos de alabar aquí la nueva dicción del precepto, aunque, quizás aún, se le podría poner una objeción consistente en que no se determina si la inscripción de la persona física representante de la jurídica se ha de practicar solo en la hoja de la sociedad que nombra o, por el contrario, también en la hoja de la sociedad nombrada administradora, según las diferentes hipótesis de representación en virtud de las cuales actúe el representante físico de la sociedad designada administradora.

La nueva redacción del precepto pretende recoger la doctrina sentada por las diferentes Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado en la materia y, por clarificadoras de la materia tan poco desarrollada legislativamente, hemos de acogerla con valoración positiva.

Por un lado, determina de forma inequívoca que la designación de la persona física representante de la jurídica solo puede recaer en una sola persona, poniendo, así, fin a los múltiples recursos y resoluciones que sobre la materia han recaído, respecto de la posibilidad de designación de varias personas físicas. Véanse en este sentido las Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado de 11 de marzo de 1991, 3 de junio de 1999, 22 de septiembre de 2010.

Por otro lado, determina claramente que la revocación de las facultades representativas permanentes de la persona física administradora no producen efecto respecto de la sociedad que nombró administradora a la persona jurídica, en tanto no designe a la persona que le sustituya, lo cual a los efectos de la sociedad que nombró administradora resulta completamente lógico pero quizás no tanto respecto de la designada administradora, como veremos.

Y por último, introduce una referencia al artículo 215 de la Ley de Sociedades de Capital que, quizás, introduce un nuevo elemento de discusión, seguro que no pacífico.

Analizando la cuestión, la práctica registral la diversidad de situaciones que se pueden plantear es enorme y, por ello, creo que el tema tiene la importancia suficiente como para detenernos con cierto detalle.

Las Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado en la materia han acuñado una doble posibilidad de representación permanente como persona física de los adminis-



tradores personas jurídicas, Así, cabe que la persona física se encuentre completamente desligada desde el punto de vista orgánico de la sociedad, tratándose, por tanto, de un representante físico voluntario (apoderado) o, por el contrario, que la misma sea el órgano de administración vigente o parte del mismo. De ambas diferentes situaciones, resultan también medios documentales distintos para justificar esa representación. Así, en el primer caso, resulta claro de las Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado que el representante físico tendrá que estar dotado de un poder otorgado con las formalidades legales, o sea, escritura pública, ya sea de carácter general para representar a la sociedad designada en cualquiera reuniones del órgano de administración de la sociedad que la nombró, o de carácter especial, con facultades estricta y exclusivamente para el ejercicio físico del cargo de administrador en el órgano de administración de la sociedad que la nombró. Aquí, en cualquiera de las dos hipótesis, resulta claro de las citadas Resoluciones que el documento necesario es un poder otorgado por la sociedad nombrada administradora en escritura pública.

Lo que ya ofrecía dudas, en la práctica, a muchos Registradores es si dicho poder, aparte de relacionarse en la hoja de la sociedad que nombra administradora como documento complementario del nombramiento de administrador persona jurídica, debía, también o no, ser objeto de inscripción conforme a lo dispuesto en el art 94.5 del R.R.M. en la hoja registral de la sociedad designada administradora. Aquí, como suele decirse, la doctrina se divide y hay quien entiende que sí, independientemente del contenido general o específico de las facultades conferidas al representante permanente, por cuanto en cualquiera de los dos casos, sean concretas para una sola sociedad o, por el contrario, genérica para que le represente en el órgano de administración de cualesquiera sociedades, no se agota en un solo acto concreto y determinado y, por tanto, parece que es obligatoria conforme al precepto mencionado su inscripción en la hoja de la sociedad designada.

Sin embargo, en aquellos casos en que la designación de persona física representante de la jurídica recae en persona que es integrante del órgano de administración, el panorama cambia. Así, si es el propio Administrador único, o solidario o un Consejero Delegado con facultades solidarias y delegación de la facultad de representación de la sociedad designada, no requiere más documentación que la designación por sí mismo o por cualquiera de los miembros del órgano de administración con facultades individuales. Así, si el propio administrador único comparece al otorgamiento de la escritura y señala que él mismo se designa a sí mismo para representar a la sociedad designada, nada más se le puede exigir. La misma situación se dará en los supuestos antes mencionados de administrador solidario o consejero delegado solidario con esa facultad.

Sin embargo, cuando se trate de administradores mancomunados o de consejo de administración, la situación varía. En ambos casos, el ejercicio del poder de representación no es individual y, por tanto, requerirá un acuerdo (en caso de Consejo) o decisión (en caso de administradores mancomunados) que le faculte. Y se plantea así, cual será, entonces, la forma documental adecuada para su acceso al Registro Mercantil. En este sentido, para el supuesto de Consejo de Administración las diferentes Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado han confirmado el criterio de que bastará una certificación de un acuerdo del Consejo de Administración que designe a uno de los consejeros para ejercer físicamente las funciones propias del cargo de administrador, planteándose, en este caso, si tal designación requiere o no aceptación por parte del Consejero designado, si bien la mayoría de designaciones documentadas de esta manera se acompañan de tal aceptación por el designado, que resulta de la propia certificación del acuerdo de designación efectuado por el Consejo.

Para el supuesto de administradores mancomunados, la situación es diferente por lo que también el resultado. En primer lugar, al no tratarse de un órgano colegiado no puede haber acuerdo alguno. Por otro lado, ninguno de los administradores mancomunados ostenta por sí solo facultades de representación de la sociedad designada, así que parece que, en puridad, debiera otor-

garse escritura pública de poder a uno de ellos para que lleve a cabo las funciones propias del cargo de administrador en nombre de la sociedad. En tal caso, el documento adecuado para tal designación será la escritura pública de poder. Sin embargo, las Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado han admitido la comparecencia de uno de los administradores mancomunados a los efectos de elevar a público acuerdos cuando éstos han sido expresamente facultados por un acuerdo de Junta en base al artículo 108, con lo que cabría plantearse la posibilidad de una certificación expedida por los dos administradores de decisión conjunta de los mismos que facultara a uno de los mancomunados a ejercer la representación física, lo que en el fondo constituiría un híbrido de representación orgánica (administrador mancomunado) –voluntaria– (dado que solo se puede designar a uno y la mancomunidad exige, al menos, dos) un tanto difícil de digerir.

En la práctica, ésta es una situación que se me ha planteado poquísimas veces, sobre todo, una vez admitida también por la Dirección General de Registros y Notariado la posibilidad de que los administradores mancomunados se confieran poderes a sí mismos con facultades solidarias, burlando, en cierta manera, la voluntad establecida estatutariamente por los socios en cuanto al ejercicio de las facultades de administración y representación de forma mancomunada. Por tanto, entiendo que el documento adecuado es la escritura de poder inscrita en el Registro Mercantil al administrador mancomunado.

Pero, dicho esto, que creo resulta más o menos claro. El nuevo artículo 212.bis introduce un elemento un poco distorsionador al citar el artículo 215 que, antes, hemos reproducido en nuestra exposición. Así, el mencionado artículo dispone en su apartado primero que «El nombramiento de los administradores, **una vez aceptado**, deberá ser presentado a inscripción en el Registro Mercantil haciendo constar la identidad de los nombrados y, en relación a los administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad, si pueden actuar por sí solos o necesitan hacerlo conjuntamente».

Por tanto, de la remisión al precepto indicado podría deducirse que es necesaria la aceptación por parte de la persona física designada, cosa que, por otro lado, no parece, en absoluto, descabellado. Así, como veíamos, en el caso de designación de consejeros, administradores solidarios o mancomunados, la cuestión no ofrece más problema. Sin embargo, no podemos decir lo mismo en el supuesto de designación de persona ajena al órgano de administración, en que la concesión del poder, como acto unilateral se realiza exclusivamente por la sociedad designada administradora. Si el precepto nos indica que «esta designación se inscribirá en el Registro Mercantil, en los términos previstos en el artículo 215 ¿quiere ello decir que es preciso que comparezca el apoderado y acepte tal designación?

Otra interpretación posible a la remisión efectuada a ese precepto es, por el contrario, aclarar que la designación de la persona física es un acto inscribible, como no podía ser, a nuestro juicio, de otra manera, y no simplemente mencionable en el asiento de la sociedad que designa administrador, y respecto de la que, por tanto, funciona el principio de tracto sucesivo.

O quizás, y por qué no, ambas a la vez, es decir que el legislador pretenda que la designación de la persona física venga acompañada de su aceptación siempre, incluso en los supuestos de apoderamiento, y además que se haga constar en el Registro Mercantil no solo en la hoja de la sociedad que designa administradora a una persona jurídica sino también en la de la designada administradora, utilizando, para ello, la forma documental adecuada mencionada en los párrafos anteriores, según los casos. Lo único que, desde luego, queda meridianamente claro es que la designación de persona física es inscribible. De todo lo demás, podemos elucubrar lo que queramos.

Sin embargo, en la práctica la exigencia de la previa inscripción en la hoja de la sociedad designada administradora, cuando ésta se encuentra inscrita en Registro Mercantil distinto al de la que designa, puede plantear ciertos problemas si pretendemos elevar la misma a la consideración de defecto conforme al artículo 11 del Reglamento del Registro Mercantil, por cuanto no

hemos de olvidar que la calificación del Registrador Mercantil es personal y bajo su exclusiva responsabilidad, por lo que a ningún Registrador puede imponer otro que practique la inscripción en la hoja de la sociedad designada administradora. La práctica nos llevará en más de una ocasión, como hasta ahora ha venido siendo, a analizar en cada supuesto de hecho la solución a adoptar, si bien, a nuestro juicio lo aconsejable sería que la designación de la persona física representante de la jurídica se hiciera constar tanto en la hoja de la persona jurídica nombrada como en la de la que designa administrador persona jurídica.

La nueva dicción del artículo mencionado facilita la posible exigencia de la inscripción de la persona física en la hoja de la sociedad de la persona jurídica nombrada administradora, por cuanto la adición «La revocación de su representante por la persona jurídica administradora no producirá efecto en tanto no designe a la persona que le sustituya. Esta designación se inscribirá en el Registro Mercantil en los términos previstos en el artículo 215», carecería de sentido si la inscripción en el Registro Mercantil se refiriera a la hoja de la sociedad que nombra administrador, por cuanto esto, en ningún momento, se puso en duda, era práctica habitual y acto necesario para poder calificar los otorgados con posterioridad por la sociedad administradora. Y por otro lado, el párrafo se encuentra referido en todo caso, a la sociedad designada administradora, por lo que nuestra conclusión es que, tanto la interpretación literal, la lógica como la sistemática, avalan que la interpretación que se debe dar a la norma es la de que la designación de la persona física se ha de hacer constar en la hoja de la sociedad que ha sido designada administradora, independientemente de, cual sea el documento que, según los casos expuestos, sirva de base a la práctica de tal asiento.

En el texto publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 25 de febrero de 2011 como Proyecto de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Sociedades de Capital se contenía un apartado que decía literalmente

«2. La persona natural representante de la persona jurídica administradora estará sometida a los mismos deberes y a la misma responsabilidad que si ejerciera el cargo en su propio nombre, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la persona jurídica representada».

Hasta ahora se entendía por la doctrina que sobre la persona física que representaba a la persona jurídica administradora de la sociedad, no debía derivarse la responsabilidad de los actos de la persona jurídica a la cual representa, imputándose solo a la persona jurídica, y pudiendo ésta reclamar la responsabilidad que proceda a la persona física, en un procedimiento distinto, al margen del tercero, si se demostraba la negligencia de ésta. Alguna sentencia de Tribunal menor había contemplado que la responsabilidad de la persona jurídica se extendiera a la persona física que la representa.

Dicho párrafo, sin embargo, fue suprimido en la tramitación parlamentaria.

## I. CONVOCATORIA DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.

El **artículo 246** pasa a tener el siguiente tenor literal:

*«Convocatoria del Consejo de Administración.*

1. *El consejo de administración será convocado por el Presidente o el que haga sus veces.*
2. *Los administradores que constituyan al menos un tercio de los miembros del Consejo podrán convocarlo, indicando el orden del día, para su celebración en la localidad donde radique el domicilio social, si, previa petición al presidente, éste sin causa justificada no hubiera hecho la convocatoria en el plazo de un mes».*

Lo primero que llama la atención del precepto modificado es la supresión en el apartado 1 de la referencia a «en la sociedad anónima», pretendiendo establecer el mismo régimen tanto para las anónimas como para las limitadas. Sin embargo, entre ambas existe una diferencia sustancial consistente en que ya las antiguas leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada establecían la diferencia de que el régimen de organización y el modo de funcionamiento

del mismo era una previsión estatutaria necesaria en las sociedades limitadas, mientras que en las anónimas la regla era que el Consejo regularía su propio funcionamiento. Este mismo sistema se ha arrastrado al texto refundido sin que, en este extremo, la Ley de Reforma Parcial haya introducido ninguna modificación.

La previsión, ahora añadida por el apartado segundo de la norma, planteará en la práctica el problema de acreditar, en primer lugar, que se ha efectuado la petición al presidente del mismo para que lo convoque, con la determinación de cuál sea el documento que acredite que dicho requerimiento efectivamente se ha producido y, en segundo lugar, que éste, sin causa justificada, no ha hecho la convocatoria y, en esta cuestión, podrán plantearse múltiples interpretaciones de qué se considera como causa justificada y si la misma ha de ser objetiva o puede estar basada en valoraciones subjetivas con cierto fundamento.

Sin embargo, la experiencia nos demuestra que fórmulas como ésta solían preverse ya en estatutos de algunas sociedades, encontrándose con el inconveniente de que la Ley no permitía que determinados consejeros convocaran por sí mismos. Es cierto que la norma introducida exige un porcentaje de administradores que constituyan, al menos, un tercio de los miembros del Consejo con lo que, en el fondo, se basa en una consideración compartida de la necesidad de celebración de un Consejo de Administración. No nos parece mal la idea y evitará situaciones de paralización del órgano de administración de la sociedad y, por ende, de ella misma que puedan abocarla, en su caso incluso, a estar incurso en causa de disolución evitando así la necesidad de acudir a la vía judicial en estos supuestos, única a la que la actual legislación abocaba antes de esta modificación.

## J. NOMBRAMIENTO DE AUDITOR DE CUENTAS.

### Artículo 264.1.

*«Nombramiento por la junta general.*

*1. La persona que deba ejercer la auditoría de cuentas será nombrada por la junta general antes de que finalice el ejercicio a auditar, por un período de tiempo inicial, que no podrá ser inferior a tres años ni superior a nueve a contar desde la fecha en que se inicie el primer ejercicio a auditar, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas respecto a la posibilidad de prórroga».*

La redacción actual de la legislación de auditoría de cuentas (Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio) tiene por objeto dar cumplimiento a la previsión recogida en la disposición final segunda de la Ley 12/2010, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1.564/1989 disponiendo en su:

#### Artículo 19. Contratación y rotación.

1. Los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría serán contratados por un período de tiempo determinado inicialmente, que no podrá ser inferior a tres años ni superior a nueve a contar desde la fecha en que se inicie el primer ejercicio a auditar, pudiendo ser contratados por periodos máximos sucesivos de tres años una vez que haya finalizado el periodo inicial. **Si a la finalización del periodo de contratación inicial o de prórroga del mismo, ni el auditor de cuentas o la sociedad de auditoría ni la entidad auditada manifestaren su voluntad en contrario, el contrato quedará tácitamente prorrogado por un plazo de tres años».**

La anterior redacción del precepto de la Ley de Sociedades de Capital aprobada por el Real Decreto Legislativo de 2 de julio de 2010 no había tenido en cuenta la modificación introducida

en el sentido mencionado por la Ley 12/2010 de 30 de junio, que modificaba la Ley de Auditoría de Cuentas y continuaba refiriéndose a la reelección por la Junta General por periodos máximos de 3 años una vez que haya finalizado el periodo inicial.

La reforma de la Ley de auditoría de cuentas se había publicado el día 1 de julio de 2010, con entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado salvo en cuanto al art 105,2 de la Ley de Sociedades Anónimas, mientras que el Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital lo fue el día 3 de julio, pero éste no tuvo en cuenta la reforma introducida por aquella. Ni siquiera la rectificación de errores del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, publicado el día 30 de agosto de 2010, tuvo en cuenta tal extremo procediendo como debiera a haber adaptado el texto a la dicción resultante de la reforma de la Ley de Auditoría.

La prórroga automática establecida en la nueva dicción no excluye, sin embargo, la posibilidad de una prórroga pactada entre el auditor y la sociedad por plazo inferior a tres años.

La Ley en su modificación podría haber dado carta de naturaleza a la necesidad práctica de que la prórroga se haga constar en el Registro, en base a un documento suscrito por el órgano de administración del que resulte la misma, así como la conformidad del auditor a ésta. El carácter tácito de la prórroga casa mal con la necesidad de que el Registro actúe a instancia de parte, por lo que el Registrador transcurrido el plazo inicial no podrá practicar el asiento de prórroga de la auditoría si no tiene para ello un documento que acredite la efectiva continuación del encargo al auditor y su aceptación, sea por plazo inferior a tres años o por éste.

#### K. DEPÓSITO DE LAS CUENTAS ANUALES.

El **artículo 279** de la L.S.C. recibe nueva redacción señalando la Exposición de Motivos que «En materia de cuentas anuales, dos medidas vienen a reducir el coste de su depósito facilitando el grado de cumplimiento de esta obligación. Por un lado, la eliminación del requisito reglamentario de que la firma de los administradores tenga que ser objeto de legalización. Y por otro lado, la supresión de la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil del anuncio de las sociedades que hubieran cumplido con esa obligación de depósito, de escasa utilidad desde la entrada en vigor de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la C.E.E. en materia de sociedades. Las actuales posibilidades de acceso telemático al Registro Mercantil suplen las funciones que años atrás podía cumplir la publicación de las listas de sociedades que habían depositado las cuentas anuales».

Nos parece muy positiva esta reforma que, hace tiempo ya, en ambos extremos se tenía que haber producido.

En primer lugar, en relación con el requisito de la legitimación de firmas de la certificación, máxime, cuando en la actualidad el volumen de envíos de cuentas por la vía telemática ha aumentado en proporción significativa, dicha legitimación carece, absolutamente, de sentido.

La Exposición de Motivos de la Ley no es terminológicamente muy correcta por cuanto se refiere a la «legalización» de las firmas en lugar de a la «legitimación», a que se refiere el artículo 366 del Reglamento del Registro Mercantil que tendrá que ser a su vez objeto de reforma para adaptarse a la Ley de Reforma de la Ley de Sociedades de Capital. Para eliminar este requisito, el Proyecto de Ley de reforma parcial añadía al artículo del depósito de cuentas una coletilla que decía «Si las firmas no figurasen sobre el nombre impreso del administrador o, en su defecto, no fueran legibles, será preciso que estén legitimadas», con lo cual solo se suprimía la legitimación en los supuestos en que las firmas fueran legibles.

Esta frase ha sido suprimida en el texto definitivo de la Ley de reforma parcial y el texto final es casi idéntico al inicial si bien la Exposición de Motivos dice claramente que se ha suprimido tal requisito. Se podría haber derogado el artículo del Reglamento del Registro Mercantil y la solución hubiera sido, a nuestro juicio, más adecuada pero, finalmente, esto no se ha hecho.



El nuevo texto finalmente recibe el siguiente tenor literal:

**Artículo 279** «Depósito de las cuentas.

1. Dentro del mes siguiente a la aprobación de las cuentas anuales, los administradores de la sociedad presentarán, para su depósito en el registro Mercantil del domicilio social, certificación de los acuerdos de la Junta de socios de aprobación de dichas cuentas, debidamente firmadas, y de aplicación del resultado, así como, en su caso, de las cuentas consolidadas, a la que se adjuntará un ejemplar de cada una de ellas. Los administradores presentarán también, si fuera obligatorio, el informe de gestión y el informe del auditor, cuando la sociedad este obligada a auditoría o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría.

2. Si alguno o varios de los documentos que integran las cuentas anuales se hubieran formulado en forma abreviada, se hará constar así en la certificación, con expresión de la causa».

La segunda finalidad a que se refiere la Exposición de Motivos en materia de depósitos de cuentas se plasma en la supresión del apartado 1, del **art. 281** de la Ley de Sociedades de Capital que suprime la obligación del Registrador Mercantil de remitir al Registro Mercantil Central las sociedades que han cumplido con la obligación de realizar el depósito de cuentas anuales, quedando, por tanto, el que era el apartado segundo como contenido único del artículo: «Cualquier persona podrá obtener información del Registro Mercantil de todos los documentos depositados».

La verdad es que el mismo argumento utilizado en la Exposición de Motivos para la supresión de esta obligación debiera ser tenido en cuenta en adelante por el legislador para la supresión de la necesidad de publicidad de todos los actos inscritos en el Registro Mercantil en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Las Directivas de la C.E.E. se cumplen perfectamente con la publicación en el Fichero Localizador de Entidades Inscritas que, además, no añade coste alguno a la inscripción registral a diferencia de la publicidad en el Boletín Oficial del Registro Mercantil que, si bien en algunos actos tras el Real Decreto Ley de 3 de diciembre de 2010 se han declarado exentos, sigue conservando, en cambio, costes por la publicación para otro tipo de actos inscribibles, sin que la publicidad del mismo, añada nada a la ya realizada por el Fichero Localizador de Entidades Inscritas que, además, recoge, a diferencia del Boletín Oficial, los documentos que a cada segundo puedan ir presentándose en los distintos Registros Mercantiles de España. Así, que alabamos el buen gusto de la supresión pero ésta debiera ser muchísimo más amplia eliminándola en todos los actos inscribibles por superflua y reiterativa (siendo incompleta, además) de la ya mencionada del FLEI.

**L. DERECHO DE SEPARACIÓN POR MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DEL OBJETO SOCIAL.**

El **artículo 346.1, letra a** ha sufrido una modificación que no es, en absoluto, intrascendente. Así dispone:

«a) *Sustitución o modificación sustancial del objeto social*».

La anterior redacción de este apartado solo se refería a la sustitución del objeto social.

El nuevo texto parece que pretende recoger la jurisprudencia sentada por la **S.T.S. Sala Primera de lo Civil 438/2010, de 30 de junio** en cuyos fundamentos de derecho dispone:

«**SEGUNDO.** En las sociedades de responsabilidad limitada incumbe a la mayoría decidir libremente, por el trámite de la modificación de los estatutos, un cambio del objeto social, sea por la sustitución por otras, por la ampliación o por la reducción parcial de las actividades en que aquel consista, artículos 44, apartado 1, letra d), y 53, apartado 2, de la Ley 2/1.995, de 23 de marzo.

*Sin embargo, el legislador ha querido armonizar esos poderes de la mayoría con el respeto a la voluntad del socio disidente, cuando la modificación del objeto social alcance el nivel de una sustitución. Lo hace mediante el reconocimiento, al que no hubiera votado a favor del acuerdo, del derecho a separarse de la sociedad con reembolso de sus participaciones –artículo 95, letra a), de la Ley 2/1.995–.*

*Tal derecho de separación, por la causa específica de que se trata, la tomó el artículo mencionado - apartándose de la Ley de 17 de julio de 1.953, que guardaba silencio al respecto, salvo en su disposición transitoria tercera, para otro supuesto –del artículo 147, apartado 1, del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónima, Real Decreto Legislativo 1.564/1.989, de 22 de diciembre–, que, a su vez, lo había hecho del apartado cuarto del artículo 85 de la Ley de 17 de julio de 1.951 –referido al «cambio de objeto» –y éste del artículo 2.437 del Codice Civile italiano– que condiciona el «recesso» a «il cambiamento dell’oggetto», entre otras modificaciones «dell’atto costitutivo».*

*El legislador español de 1.989 trató de poner fin a las dudas que había suscitado, en cuanto a su sentido y alcance, la fórmula «cambio de objeto » utilizada en la Ley de 1.951, reconociendo el derecho sólo en los supuestos de sustitución», término que da idea de reemplazo y de poner una actividad en el lugar de otra, no de una ampliación o reducción, que constituyen, en principio, operaciones de menor alcance.*

*No obstante, con razón se ha indicado que –al margen de los supuestos patológicos de las modificaciones estatutarias diseñadas para eludir el derecho de separación del socio disidente, mediante el expediente de mantener en los estatutos el objeto social originario para dar la falsa apariencia de una mera adición objetiva– la sustitución no debe ser calificada desde una visión absoluta –conforme a la que sólo sería admisible el derecho de separación cuando aquella fuera total, esto es, con reemplazo en el texto estatutario de una actividad por otra–, sino relativa, atendiendo como razón identificadora del objeto social a la sustancia del mismo que permite definirlo como tipo, poniéndola en relación con el fin de la norma, que no es otro que respetar la voluntad del socio que ingresó en una sociedad que explotaba un determinado negocio, admitiendo que condicione su permanencia a la de la finalidad objetiva que fue la base de su relación con aquella.*

*No habrá, pues, sustitución cuando la modificación, por adición o supresión, resulte intrascendente desde aquel punto de vista y, menos, en los casos de mera concreción o especificación de las actividades descritas en los estatutos, a los que se ha referido en numerosas ocasiones la Dirección General de los Registros y del Notariado –resoluciones de 17 de febrero y 8 de junio de 1992, 18 de agosto y 11 de noviembre de 1993...–, pero sí cuando se produzca una mutación de los presupuestos objetivamente determinantes de la adhesión del socio a la sociedad, como consecuencia de una transformación sustancial del objeto de la misma que lo convierta en una realidad jurídica o económica distinta: caso de la eliminación de actividades esenciales, con mantenimiento de las secundarias; o de la adición de otras que, por su importancia económica, vayan a dar lugar a que una parte importante del patrimonio social tenga un destino distinto del previsto en los estatutos...».*

*Parece por tanto bastante evidente que el legislador ha pretendido acuñar definitivamente la posibilidad de ejercitar el derecho de separación en los casos de ampliación o modificación sustancial del objeto social, a la luz de la sentencia mencionada.*

*En igual sentido se expresa la **Sentencia 102/2011, de 10 de marzo del Tribunal Supremo Sala 1.ª de lo Civil** al señalar:*

*Nuestra respuesta debe partir de las siguientes premisas fijadas por la sentencia 438/2010, de 30 junio:*

*1) La sustitución no debe ser calificada desde una visión absoluta –conforme a la que sólo sería admisible el derecho de separación cuando aquella fuera total, esto es, con reemplazo en el texto estatutario de una actividad por otra– sino relativa, atendiendo como razón identifica-*

dora del objeto social a la sustancia del mismo que permite definirlo como tipo, poniéndola en relación con el fin de la norma, que no es otro que respetar la voluntad del socio que ingresó en una sociedad que explotaba un determinado negocio, admitiendo que condicione su permanencia a la de la finalidad objetiva que fue la base de su relación con aquella.

2) No habrá sustitución cuando la modificación, por adición o supresión, resulte intrascendente desde aquel punto de vista y, menos, en los casos de mera concreción o especificación de las actividades descritas en los estatutos, pero sí cuando se produzca una mutación de los presupuestos objetivamente determinantes de la adhesión del socio a la sociedad, como consecuencia de una transformación sustancial del objeto de la misma que lo convierta en una realidad jurídica o económica distinta: caso de la eliminación de actividades esenciales, con mantenimiento de las secundarias; o de la adición de otras que, por su importancia económica, vayan a dar lugar a que una parte importante del patrimonio social tenga un destino distinto del previsto en los estatutos.

24. A ello, en la medida que facilita la identificación de lo que debe entenderse por «objeto social», añadiremos que la toma de participaciones en otras sociedades no comporta necesariamente actuación fuera del objeto ya que, deben atenderse las circunstancias del caso y, como afirma la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 16 de marzo de 1990 «Crear filiales o tomar participación en otras Sociedades que tengan el mismo objeto social constituye, cuando así se ha previsto específicamente, una modalidad indiscutible de ejercicio del objeto», lo que no deja de concordar con la previsión contenida en el artículo 117.4 del Reglamento del Registro Mercantil vigente en dicha fecha a cuyo tenor «Si se pretendiera que las actividades integrantes del objeto social puedan ser desarrolladas por la sociedad total o parcialmente de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o de participaciones en sociedades con objeto idéntico o análogo, se indicará así expresamente».

25. De las indicadas premisas cabe deducir:

1) Que en aquellos supuestos en los que la sociedad procede a tomar participaciones o realizar simples «inversiones de participación» en sociedades del mismo sector en el que actúa la inversionista, en cuyo caso no existe sustitución de empresa, constituyendo simples actos de ejecución de la actividad, en este sentido, mientras por un lado la sentencia de 9 mayo 1986 afirma que la inversión en una compañía «que pertenece prácticamente a la demandada en su totalidad y que, según la documentación aportada tiene por objeto el comercio y distribución, entre otros, de productos alimenticios, cuales los de la ahora participada» no modifica o altera el objeto social, sino que contribuye al objeto social, por otro el artículo 2.361 del Código Civil italiano, dispone que «L'assunzione di partecipazioni in altre imprese, anche se prevista genericamente nell'atto costitutivo, non è consentita, se per la misura e per l'oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato dall'atto costitutivo» (No está permitida la compra de participaciones en otras empresas, aunque esté prevista de forma genérica en el acto constitutivo, si por el volumen y el objeto se modifica sustancialmente el objeto social especificado en el acto constitutivo).

2) Por el contrario, cuando la previsión estatutaria es realizar «directamente, la distribución de energía eléctrica», la sustitución de la explotación directa por la indirecta, mediante la creación de un grupo de empresas con unidad de dirección, sujetando la dominada a la dirección de la dominante, supone una «sustitución de la actividad» de la sociedad aunque el negocio se desenvuelva en el mismo sector de la industria o del comercio y, a la postre, la «sustitución del objeto», con alteración de las bases determinantes en su momento de la *affectio societatis*, ya que al no alterarse la estructura propia la «sociedad isla», sustituir la «explotación directa» de una actividad industrial por la «explotación de acciones y participaciones» sociales, de hecho supone la pérdida de poder del socio que no participa en la gestión sin contrapartida alguna, hurtándole la posibilidad de impugnar los acuerdos anulables de la participada por falta de legitimación, a tenor de lo que dispone el artículo

117.2 de la Ley de Sociedades Anónimas –hoy 206.2 de la Ley de Sociedades de Capital– al carecer de la condición de socio de la dominada, y comporta la sustitución de reglas del juego que afectan a condiciones esenciales determinantes de la adquisición de la condición de socio...

*Conclusión.*

27. En el presente caso en el que pese a tratarse de una sociedad anónima, la desinversión de los socios minoritarios está dificultada por tratarse de una sociedad cerrada, la modificación estatutaria constituye una sustitución o reemplazo del objeto social como lo evidencia el «traslado de la rama de actividad de distribución de energía eléctrica a una nueva sociedad», transformando una sociedad industrial en una sociedad holding que de la explotación de una actividad industrial pasa a administrar acciones o participaciones, sin que a ello sea obstáculo que la participada desarrolle su actividad en el mismo sector del mercado, máxime cuando la singularidad de la actividad es determinante de su sumisión a un control que se trata de eludir precisamente mediante una alteración estatutaria cuya transcendencia permite calificarla razonablemente de «sustitución del objeto» que no se ve difuminada por la existencia de un objeto plural de escasa incidencia real en la actividad de la sociedad.

28. En consecuencia procede estimar el motivo y con él el recurso de casación, ya que:

1) Es irrelevante que el objeto social sustituido sea el originariamente pactado u otro diferente, ya que la norma no exige tal requisito.

2) Es intrascendente el hecho de que el socio disidente tuviese intención de transmitir sus participaciones antes –en la contestación se alude a los tratos con don Romualdo–, y con independencia de que se modificasen los estatutos sociales, ya que el fracaso de la venta no transforma en abusivo el ejercicio del derecho de separación.

3) El hecho de que el socio en su momento interesase que el acuerdo fuese de «sustitución del objeto» y no su «modificación», no constituye un acto propio de reconocimiento de que la alteración estatutaria no tiene aquella naturaleza, ya que no es dudoso que su posición se habría visto reforzada si en el propio acuerdo se hubiese explicitado formalmente que la alteración tenía tal alcance.

4) La norma no condiciona el ejercicio del derecho a la efectiva sustitución del objeto real con o sin acuerdo –lo que no es objeto de este litigio–, sino a la adopción de determinados acuerdos sociales (en este sentido se pronuncia la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 2 de noviembre de 2010), al extremo de que la sentencia de 23 de enero de 2006 rechaza que la revocación del acuerdo de sustitución no desactiva el derecho de separación.

5) Reconocido el derecho de separación a los accionistas «que no hayan votado a favor», es irrelevante que la demandante no concurriese a la junta general en la que se adoptó el acuerdo litigioso.

6) Carece de fundamento legal la pretensión de que el disidente impugne el acuerdo del que discrepa por el hecho de que fuese calificada como «modificación» lo que en realidad era una «sustitución», ya que ello no comporta que el acuerdo –que es lo impugnado– sea contrario a la ley, se oponga a los estatutos o lesione, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad.

## M. DERECHO DE SEPARACIÓN EN CASO DE FALTA DE DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS.

Igualmente parece responder a la tendencia jurisprudencial seguida por el Tribunal Supremo la modificación introducida en la Ley de Sociedades de Capital al introducir el **artículo 348.bis** que queda redactado como sigue:

*«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».*

En este tema hay que destacar que la negativa por parte de las mayorías a acordar la distribución de dividendos en las sociedades de capital de forma reiterada ha podido generar una enorme multiplicidad de tensiones en el seno de las mismas sin que los socios minoritarios tuvieran en su mano posibilidad alguna de enfrentarse a esta decisión de la Junta General pese a la existencia continuada de beneficios en los balances de la sociedad.

La **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de enero de 2011** señala:

«**QUINTO.** El artículo 48.2.a) de la Ley de Anónimas no establece un derecho absoluto del socio a obtener beneficios (al dividendo) sino que fija un criterio o regla que ha de regir el reparto de tales beneficios, en caso de que se haya acordado, y la forma de llevarse a cabo. Así lo dice el Tribunal Supremo en sus sentencias de 10 de octubre de 1996 y de 30 de enero de 2002, en la última de las cuales se dice: «El accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la Sociedad Anónima, como derecho abstracto, pero es el acuerdo de la Junta general el que decide el reparto del dividendo, que hace surgir el derecho de crédito del accionista, como derecho concreto, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma del pago». Por consiguiente, ese derecho viene supeditado al acuerdo de la junta, conforme al artículo 213 de la Ley Sociedades Anónimas, soberana en tal decisión, y una vez cubierta las atenciones previstas por Ley o estatutos. Pero, por otra parte, también tiene establecido la jurisprudencia que existen algunos límites a la forma en la que la mayoría puede imponer su criterio a la minoría en el ejercicio de esos derechos soberanos de la junta de socios. Esos límites proceden de lo que se establece en el art. 7 del Código Civil, que establece que el ejercicio de los derechos se realice de acuerdo con las exigencias de la buena fe (apartado 1) y proscrib[e] el **abuso de derecho** (apartado 2). En ese sentido se afirma en la S.T.S., Sala 1.ª, de 26 de Mayo del 2005 ...que «(p)rivar al socio minoritario sin causa acreditada alguna, de sus derechos a percibir los beneficios sociales obtenidos y proceder a su retención sistemática (...) se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría».

En suma, de lo que se trata es de examinar si en el acuerdo de aplicar los beneficios completamente a reservas voluntarias existe un acto de **abuso de derecho**, como se pretende por el socio impugnante. Y debe compartirse con el juzgado mercantil que así es, porque no existen causas objetivas que puedan justificar tal acuerdo, que solo es explicable desde la perspectiva del conflicto personal abierto entre los socios. Lo relevante para llegar a esa conclusión es el elevado volumen de las reservas voluntarias, ..., mientras el capital social es de ... Y ello con unas partidas del activo ... muy saneadas, sin que las de pasivo ... puedan justificar la decisión. Tampoco se ha alegado que existan otras justificaciones objetivas que amparen la decisión de la junta general, no siendo relevantes las referencias a la situación global de crisis económica general, que no se ha acreditado que haya tenido una repercusión relevante sobre la sociedad. ... Por consiguiente, no acreditado que se haya producido reparto de beneficios correspondientes al ejercicio 2007, el acuerdo adoptado en la junta de celebrada el día 19 de junio de 2008 acordando la aplicación de todos los beneficios del ejercicio 2007 a reservas voluntarias debe considerarse nulo, al no existir ninguna justificación que pudiera impedir que se repartieran



*beneficios y estimarse que la única justificación para ese acuerdo fue privar a la minoría de su legítimo derecho a participar en el reparto de los beneficios generados por la actividad social».*

En igual sentido se expresó la **Audiencia Provincial de Baleares en Sentencia de 22 de diciembre de 2010** al señalar:

*«SEGUNDO. Con carácter previo al análisis y a la resolución de las cuestiones planteadas conviene precisar que, siguiendo la mejor doctrina, que en principio y salvo disposición contraria de los estatutos la distribución de dividendos a los socios se realizará en proporción a su participación en el capital social (art.85 de L.R.L.); que el derecho de participar en el reparto de las ganancias sociales, entre otros y salvo en los casos previstos en la Ley, integran como un mínimo; que la aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social es competencia de la Junta, que la Junta general que aprueba las cuentas anuales debe resolver también, en su caso, sobre la aplicación del resultado del ejercicio (art. 213.1 L.S.A.), determinando por tanto el uso o destino de los beneficios obtenidos por la sociedad. En efecto, incluso cuando el resultado del ejercicio sea positivo, cabe que la sociedad destine una parte de las ganancias a la constitución de reservas, ya sea por exigencia legal o estatutaria o, en su caso, por libre decisión de la Junta general. En esencia, las reservas son partidas del pasivo que recogen fondos propios, que al operar como cifras de retención añadidas al capital social, refuerzan la consistencia económica y patrimonial de la sociedad. Pero al igual que el capital, son simples cuentas o partidas contables: permiten sujetar una parte abstracta del patrimonio al riesgo de pérdidas pero carecen como tales de cualquier entidad real, ya que no se incorporan ni materializan en ningún activo o elemento patrimonial en particular. Antes que nada, la sociedad está obligada a constituir la denominada «reserva legal», que viene impuesta por la Ley y que grava necesariamente el beneficio líquido del ejercicio económico. A este efecto debe destinarse a la reserva legal una cifra igual, al menos, al 10 por 100 del beneficio del ejercicio, hasta que la misma alcance el 20 por 100 del capital social, pero resurge en caso de descender por debajo de este límite por cualquier causa. Es posible también que existan reservas estatutarias (art. 178.3 L.S.A.), cuando los estatutos obliguen a la sociedad a mantener una parte de las ganancias en concepto de recursos propios a través de la correspondiente cuenta de pasivo. En este caso, las reservas se regirán en cuanto a su constitución y destino por lo previsto en los estatutos, que en todo caso siempre podrían ser modificados por la sociedad. Por último, las reservas facultativas o voluntarias, que son creadas por el simple acuerdo de la Junta general, ofrecen como especial característica jurídica la de su libre disponibilidad, en el sentido de no quedar afectas a ninguna finalidad predeterminada. Por este motivo, se crean por lo general para que la sociedad pueda disponer posteriormente de ellas en la forma más conveniente para los intereses sociales (por ejemplo, para reinvertirlas en la actividad social, evitando la necesidad de recabar nueva financiación de los socios o de terceros, o como previsión para un posible reparto de dividendos en ejercicios sociales desfavorables). Y al igual que se constituyen por libre decisión social, la Junta general podrá también disponer generalmente de ellas atendiendo a motivos de simple conveniencia. Una vez cubiertas las atenciones previstas por la Ley o los estatutos, la junta general debe fijar el dividendo repartible, que podrá pagarse con cargo al beneficio del ejercicio social o, cuando éste sea inexistente o insuficiente, con cargo a reservas voluntarias de libre disposición (esto es, con cargo a beneficios no repartidos de ejercicios anteriores). En la distribución de dividendos se materializa el derecho del socio a participar en el reparto de las ganancias sociales, que constituye uno de los derechos básicos atribuidos por la titularidad de la acción (art.48.2 L.S.A.) y de la participación social. Pero legalmente no existe un verdadero derecho subjetivo del socio al reparto anual de beneficio, en el sentido de que la sociedad tenga que repartir forzosamente las ganancias obtenidas en cada ejercicio. La sociedad puede destinar una parte de las ganancias repartibles a*

*la constitución de reservas voluntarias, y hasta suspender del todo la distribución de dividendos cuando las necesidades de la empresa lo requieran, incluso durante varios ejercicios. De ahí que deba distinguirse el derecho a participar en las ganancias, como derecho abstracto que no atribuye al socio ninguna acción de pago de cantidad, y el derecho al dividendo repartible en un determinado ejercicio económico, que deriva del anterior pero que es el único que hace nacer a favor de los socios un crédito concreto sobre la parte proporcional de los beneficios que la Junta general haya acordado repartir. En cualquier caso, y en consonancia con la función de garantía que cumple el capital, la Ley prohíbe que puedan repartirse dividendos en el supuesto de que el valor del patrimonio neto contable (esto es, el activo real menos el pasivo exigible, lo que implica valorar el patrimonio de acuerdo con criterios y valores meramente contables, que pueden no coincidir con los del mercado) sea o, a consecuencia del reparto, resulte ser inferior al capital social; de esta forma, si la sociedad arroja pérdidas de ejercicios anteriores que hubiesen colocado el valor del patrimonio neto por debajo de la cifra del capital social, «el beneficio se destinará a la compensación de estas pérdidas»(art. 213.2 L.S.A.). La Ley quiere evitar así -en consonancia con la función primigenia del capital como cifra de retención- que las sociedades que se encuentren en situación de desbalance patrimonial puedan repartir a los socios los eventuales beneficios obtenidos en un ejercicio social, mientras no sean enjugadas las pérdidas acumuladas de los años anteriores y no restablezca, pues, el correspondiente equilibrio entre capital y patrimonio. También prohíbe la Ley repartir beneficios mientras no se amorticen por completo los gastos de establecimiento o de investigación y desarrollo y el coste del fondo de comercio adquirido a título oneroso que figure en el activo del balance, a no ser que el importe de estos gastos sea inferior al de las reservas disponibles (art. 194.4 L.S.A., en relación con el art. 213.2)».*

Sin embargo, el abuso de derecho no se da en todos los casos en que no se decide distribuir dividendos y el establecimiento por la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Sociedades de Capital de la posibilidad de separarse si tras 5 años consecutivos no se acuerda dicha distribución puede ser interpretado como un acto de intervencionismo puro y, a veces, brutal por parte del legislador que vulnera el principio de libertad de empresa establecido en la Ley. De esta manera, el socio minoritario puede imponer a la sociedad la obligatoriedad de repartir, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.

Se plantea también, aquí, la cuestión de que podemos entender por «beneficios propios de la explotación del objeto social». De tal forma, que si una sociedad lleva a cabo diferentes actividades en diferentes áreas, pero formalmente alguna de esas actividades no se encuentra comprendida en el objeto social, por tratarse, por ejemplo, de actividades que sean previas, preparatorias o conexas del objeto social, ¿podrá extenderse a los beneficios percibidos por dichas actividades la obligación del reparto de dividendos, al menos, en un tercio?

¿Podría enervarse este derecho, estableciendo estatutariamente, la obligación de constituir una reserva voluntaria superior a la establecida legalmente que permitiera no considerar esa parte dividendo repartible, por cuanto la ley habla expresamente de «que sea legalmente repartible»? La reserva voluntaria es susceptible de ser aumentada y puede establecerse, además, por vía de estatutos la obligatoriedad de constituir una reserva estatutaria por importe determinado para enervar ese derecho, quizás un tanto desproporcionado ahora establecido en la Ley de Reforma Parcial de Sociedades. Quizás la ley se ha pasado en el importe señalado en, al menos, un tercio de los beneficios propios y debiera haber establecido un importe menor. Puede que se vulnere también así el derecho de proporcionalidad y, en cualquier caso, parece concederse un arma poderosísima al socio minoritario respecto de la cual no se exige para su ejercicio la titularidad de un determinado porcentaje en el capital social a diferencia de lo que para el ejercicio de otro tipo de derechos establece la legislación societaria (por ejemplo para el nombramiento de auditor por petición de la minoría).

Tampoco se tiene en cuenta en la norma la posible situación financiera o de liquidez de la sociedad que pueda, si bien tenga beneficios, hacer aconsejable el no reparto de dividendos y, por otro lado, no se establece ninguna excepción o argumento jurídico a excepcionar por la sociedad en contra del ejercicio unilateral de este derecho. En el fondo, la ley obliga por este procedimiento a repartir anualmente, al menos, un tercio de los beneficios sociales de cada año, so pena de un ejercicio despótico de este derecho de separación.

Lo que sin duda nos queda claro es que este precepto ahora introducido será un semillero de conflictos judiciales a partir de su entrada en vigor.

## N. CAUSAS ESTATUTARIAS DE EXCLUSIÓN DE SOCIOS.

### **Artículo 351.**

*«Causas estatutarias de exclusión de socios.*

*En las sociedades de capital, con el consentimiento de todos los socios, podrán incorporarse a los estatutos causas determinadas de exclusión o modificarse o suprimirse las que figurasen en ellos con anterioridad».*

La novedad consiste en extender el mismo régimen que ya estaba previsto para las sociedades de responsabilidad limitada también a las anónimas.

Llama la atención la inclusión en esta norma de las sociedades anónimas que siempre, por su carácter de sociedad de capital de mayor envergadura y de carácter capitalista y no personalista, ha desechado tener en cuenta condiciones o características personales de los socios en los estatutos de las mismas. Sin embargo, la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Parcial introduce este nuevo elemento acercador entre sí de estos dos tipos de sociedades al señalar que «estas diferencias no pudieron superarse en la elaboración del Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por cuanto excedían de los límites de la habilitación concedida por las Cortes Generales, como tuvo ocasión de reconocer expresamente el Consejo de Estado. Se superan ahora con el propósito de perfeccionar el régimen legal de las formas jurídicas preponderantes en la realidad económica española».

Sin embargo, en su día, ya analizamos la cantidad de preceptos redactados por la Ley de Sociedades de Capital que se excedían de la habilitación dada por las Cortes Generales al Gobierno, de forma que no nos parece éste un argumento muy convincente.

## O. CAUSAS DE DISOLUCIÓN.

La misma motivación de equiparación a las sociedades limitadas mueve al legislador a modificar el texto del **artículo 363** que pasa a tener el siguiente tenor literal:

*1. «La sociedad de capital deberá disolverse:*

*a) Por el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social. En particular, se entenderá que se ha producido el cese tras un periodo de inactividad superior a un año.*

*b) Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto.*

*c) Por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social.*

*d) Por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento.*

*e) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.*

*f) Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley.*

g) *Porque el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado y no se restableciera la proporción en el plazo de dos años.*

h) *Por cualquier otra causa establecida en los estatutos.*

2. *La sociedad comanditaria por acciones deberá disolverse también por fallecimiento, cese, incapacidad o apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores de todos los socios colectivos, salvo que en el plazo de seis meses y mediante modificación de los estatutos se incorpore algún socio colectivo o se acuerde la transformación de la sociedad en otro tipo social.»*

Se mantiene la redacción anterior salvo que se ha añadido como primera causa de disolución de las sociedades mercantiles «el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social. En particular, se entiende que se ha producido el cese tras un periodo de inactividad superior a un año».

Se ha pretendido equiparar la posición jurídica de la sociedad anónima y de la limitada, reduciendo respecto a ésta última el plazo de tres años que, con anterioridad, marcaba el apartado 2 de este artículo cuando disponía: «La sociedad de responsabilidad limitada se disolverá, además, por la falta de ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social durante tres años consecutivos». Ahora, dicho plazo se reduce a más de un año y se extiende el mismo régimen a anónimas y limitadas. Hubiera sido aconsejable que en lugar de referirse la disposición a «años» lo hubiera hecho a ejercicios sociales.

Es posible, además, que esta norma se haya introducido también a los efectos de dar mayor soporte jurídico, si cabe, a la posible revocación del N.I.F. de aquellas sociedades que se encuentren inactivas, lo que produce un cierre registral de la misma hasta que la situación fiscal se rehabilite y se haga constar en el Registro Mercantil por medio del correspondiente mandamiento la situación regular de la sociedad.

Así, en el Real Decreto 1.804/2008 también se modificó el artículo 147 del Reglamento General de Gestión e Inspección. Como es bien sabido, una de las novedades de la Ley General tributaria de 2003 consistía en recoger la posibilidad de que la Administración Tributaria revocara el número de identificación fiscal, con el efecto de que pudiera tener acceso al Registro Mercantil y cerrar el registro de nuevos hechos inscribibles a la entidad a la que se le hubiera revocado el N.I.F., además de otras consecuencias tributarias como la denegación del certificado de estar al corriente de obligaciones tributarias o la baja en el registro de exportadores y otros operadores económicos y de operadores intracomunitarios. En una primera redacción del precepto se establecían unas causas tasadas en las que procedería la revocación del N.I.F. Con la modificación reglamentaria también se procede a la revocación del N.I.F. en los siguientes casos:

b) Que mediante las declaraciones a que hacen referencia los artículos 9 y 10 de este reglamento se hubiera comunicado a la Administración tributaria el desarrollo de actividades económicas inexistentes.

c) Que la sociedad haya sido constituida por uno o varios fundadores sin que en el plazo de tres meses desde la solicitud del número de identificación fiscal se inicie la actividad económica ni tampoco los actos que de ordinario son preparatorios para el ejercicio efectivo de la misma, salvo que se acredite suficientemente la imposibilidad de realizar dichos actos en el mencionado plazo.

d) Que se constate que un mismo capital ha servido para constituir una pluralidad de sociedades, de forma que, de la consideración global de todas ellas, se deduzca que no se ha producido el desembolso mínimo exigido por la normativa aplicable.

e) Que se comunique el desarrollo de actividades económicas, de la gestión administrativa o de la dirección de los negocios, en un domicilio aparente o falso, sin que se justifique la realización de dichas actividades o actuaciones en otro domicilio diferente.

El objetivo de esta norma consiste en perseguir a aquellas entidades que se constituyen con la única finalidad de crear una apariencia que no se corresponde con la realidad y que, normalmente, son utilizadas para defraudar tanto en la imposición indirecta como en el Impuesto sobre Sociedades.

El nuevo **artículo 369 de la L.S.C.** dispone tras la ley de reforma parcial:

*«La disolución de la sociedad se inscribirá en el registro Mercantil. El registrador mercantil remitirá de oficio, de forma telemática y sin coste adicional alguno, la inscripción de la disolución al Boletín Oficial del Registro Mercantil para su publicación».*

La terminología o técnica jurídica del precepto deja bastante que desear. El Registrador, como es evidente, no remite de oficio «la inscripción» de la disolución al Boletín Oficial del Registro Mercantil, sino los datos esenciales a que se refiere el Reglamento del Registro Mercantil en su artículo 388,18 que dispone:

«Datos relativos a actos posteriores de sociedades y entidades inscritas.

1. Los datos esenciales relativos a los actos posteriores a la primera inscripción de sociedades o entidades inscritas que se comunicarán al Registrador Mercantil Central por los Registros Mercantiles, serán los siguientes:

18. En la disolución, su causa, la identidad de los liquidadores y, en su caso, del interventor, así como la reactivación si se produjere.»

La inscripción es imposible que sea remitida al Boletín Oficial del Registro Mercantil, desde el momento en que se practica en los Tomos del Registro que, además, por prescripción legal no pueden salir de la sede física del mismo. Estas normas reiterativas y de bajo contenido tanto formal como de fondo de producen por el absurdo interés del legislador de rellenar «como sea» el contenido de un artículo que se deja sin tal.

Por otro lado, la referencia al coste adicional es evidentemente referida al coste de publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil que, como consecuencia del Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre, fue eliminada y, en ningún momento, a ningún concepto arancelario por la actuación del registrador.

La nueva redacción suprime el apartado 2 del mismo artículo que fue precisamente introducido en el Real Decreto Ley recién citado de diciembre de 2010 y que decía «Además si la sociedad fuera anónima, la disolución se publicara en la página web de la sociedad o en el caso de que no exista, en uno de los diarios de mayor circulación del lugar del domicilio social».

Se da cumplimiento con esta fórmula al deseo de eliminar los requisitos de publicidad para no encarecer más si cabe los actos jurídicos de las sociedades de capital pero, si bien esto parece lógico en cuanto a la publicidad en el diario, no parece tan lógica la supresión de la publicidad en la página web de la sociedad que ningún coste adicional acarrea a la misma. Por tanto, entendemos que debiera haber continuado manteniendo la necesidad de publicar la disolución en la web, al menos, si la sociedad dispusiera de ella, lo cual en estos momentos no resulta, en absoluto, descabellado.

El **artículo 376** de la Ley de Sociedades de Capital redactado por la de Reforma Parcial dispone:

1. *«Salvo disposición contraria de los estatutos, o en su defecto, en caso de nombramiento de los liquidadores por la Junta General de socios que acuerde la disolución de la sociedad, quienes fueren administradores al tiempo de la disolución de la sociedad quedaran convertidos en liquidadores.*

2. *En los casos en los que la disolución hubiera sido consecuencia de la apertura de la fase de liquidación de la sociedad en concurso de acreedores, no procederá el nombramiento de los liquidadores».*

En este caso, se ha procedido a suprimir el apartado 2 del indicado precepto que, con anterioridad, estaba dedicado solo a las sociedades anónimas y que exigía a diferencia de las limitadas, el nombramiento de liquidadores por la Junta General, a falta de expresa previsión estatutaria.

Se asimila por tanto de nuevo el régimen de las anónimas al de las limitadas con la supresión de este apartado 2, pasando a ser el anterior apartado 3 actualmente el arriba transcrito como apartado 2.



## P. SUPRESIÓN DEL REQUISITO DE VENTA EN SUBASTA PÚBLICA EN LA LIQUIDACIÓN DE SOCIEDADES ANONIMAS.

El antiguo artículo 387 (antiguo, redactado por la Ley de Sociedades de Capital) disponía: «Artículo 387. Deber de enajenación de bienes sociales.

1. Los liquidadores deberán enajenar los bienes sociales.

2. En las sociedades anónimas, los inmuebles se venderán necesariamente en pública subasta».

La modificación introducida por el nuevo texto redactado por la Ley de Reforma Parcial consiste en la supresión de la obligación de vender los bienes necesariamente en pública subasta. Al respecto, señala la Exposición de Motivos que «aunque la doctrina y la jurisprudencia han tratado de restringir el ámbito de este requisito, ya no existen argumentos para mantenerlo por más tiempo». Curioso argumento por sí mismo. Lo que no sabemos es cuales son los argumentos para sostener que ya no existen argumentos para mantenerlo por más tiempo, seguramente tan solo, la decisión del Legislador y la tan manida «reducción de cargas administrativas y abaratamiento de costes», que tanto da de sí al Legislador.

De tal manera, la actual redacción del citado artículo solo dice:

«**Artículo 387. Deber de enajenación de bienes sociales.**

*Los liquidadores deberán enajenar los bienes sociales».*

Sin embargo hemos de recordar la **Resolución de la D.G.R.N. de fecha 23 de julio de 2004** que en su Fundamento de Derecho Tercero señalaba:

«Cuando se trata de la enajenación de los bienes sociales en el proceso de liquidación de una sociedad anónima, la exigencia legal de que los inmuebles se vendan por los liquidadores necesariamente en pública subasta, conforme dispone el artículo 272.d) de la Ley de Sociedades Anónimas, **se establece exclusivamente en favor de los socios, como garantía de que así se obtendrá el precio máximo de que tales bienes sean susceptibles, incrementando de esta forma el haber líquido por repartir y el importe de la cuota que haya de percibir cada uno de aquéllos; mientras que no se puede afirmar que en dicha norma sea tenido en cuenta el interés de los acreedores, que conservan durante el período de liquidación suficientes instrumentos legales para la defensa de sus créditos** (cfr. artículos 1.111 y 1.291.3.º del Código Civil; y 279 de la Ley de Sociedades Anónimas).

No ha de extrañar por ello que, según la doctrina del Tribunal Supremo (cfr. Sentencias citadas en los Vistos) y la Resolución de esta Dirección General de 5 de noviembre de 1997, **tan sólo mediante acuerdo adoptado por unanimidad en una junta a la que asistan todos los socios puede dejarse sin efecto aquella exigencia legal**, pues en otro caso, aun cuando durante el período de liquidación conserve la junta la facultad de acordar lo que estime más conveniente para los intereses sociales (artículo 271 L.S.A.), no puede entenderse esa facultad como omnimoda al punto de alcanzar o dejar sin efecto una norma imperativa como aquélla.

Cabe advertir, no obstante, que la norma del citado artículo 272.d) de la Ley es todavía tributaria de la idea de que los inmuebles tienen mayor valor e importancia que los bienes muebles, lo que no se ajusta a la actual realidad social, como lo demuestra que para otro tipo de sociedades de capital, las sociedades de responsabilidad limitada (en cuya regulación legal los derechos del socio y de la minoría son objeto de una tutela más intensa que respecto de las sociedades anónimas), no se distingue entre bienes muebles e inmuebles ni se exige que la enajenación se haga en pública subasta –cfr. artículo 116.d) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada–. Por otra parte, no puede desconocerse que el rigorismo formal de la subasta pública dilata en el tiempo la realización de los bienes, acarrea elevados gastos y, como demuestra la experiencia, en numerosas ocasiones no es garantía de la obtención de ese mejor resultado económico.

Por todo ello, la norma debatida habrá de ser interpretada en sus justos términos. Es cierto que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1965 y la referida Re-

solución de 5 de noviembre de 1997, pudiera estimarse que la junta, al aprobar un determinado proyecto de venta que le presenten los liquidadores, puede decidir, sin perjuicio de su impugnabilidad, y si lo cree más conveniente al interés común, que la enajenación se haga sin subasta pública, pues entonces la venta la decide y acuerda la junta y no los liquidadores. Pero claramente se advierte la diferencia entre uno y otro supuesto. En este último es la Junta la que forma la voluntad social, la que acuerda directamente la venta y fija por tanto las condiciones de la misma, sin perjuicio de que su formalización, la exteriorización de aquella voluntad ya formada, compete a los liquidadores. En el primero, por el contrario, la facultad decisoria, la formación de la voluntad social sigue siendo competencia de los liquidadores, limitándose la Junta a exonerarles de la obligación de atenerse a una garantía establecida en favor de los accionistas que sólo la voluntad unánime de los mismos puede derogar. Así, no cabe prescindir del requisito cuestionado cuando, aunque se trate de una enajenación concreta, la autorización concedida mediante acuerdo que no haya sido adoptado por unanimidad sino por mayoría de los socios sea genérica por no contemplar las condiciones esenciales en que se haya de realizar (como acontece con alguna de las escrituras calificadas en el supuesto objeto del presente recurso).

Por otra parte, la interpretación restrictiva de la norma ha de llevar a no entender incluidos en ella los supuestos en que se trate de formalización de una enajenación convenida con anterioridad a la disolución de la sociedad, de modo que deben incardinarse en el ámbito de las facultades de los liquidadores para llevar a cabo las operaciones pendientes –cfr. artículo 272.c) de la Ley de Sociedades Anónimas–. A tal efecto, debe estimarse suficiente la afirmación que, bajo su responsabilidad (cfr. artículo 279 de dicha Ley), realice el liquidador sobre el carácter previo del concreto convenio de enajenación, sin que en el ámbito del procedimiento registral pueda exigirse prueba auténtica sobre la fecha de tal convenio».

Quizás los argumentos que el Legislador no da en la Exposición de Motivos, bien podría haberlos extraído de la Resolución transcrita o de la sentencia mencionada. Hubiera sido, desde luego, mucho más convincente.

#### Q. OBLIGACIONES DE LOS LIQUIDADORES.

El **artículo 388 de la L.S.C.** dispone:

*«Si la liquidación se prolongase por un plazo superior al previsto para la aprobación de las cuentas anuales, los liquidadores presentaran a la junta general dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, las cuentas anuales de la sociedad y un informe pormenorizado que permitan apreciar con exactitud el estado de la liquidación».*

Se suprime aquí la obligación que anteriormente constaba en el párrafo primero del mismo precepto en que se disponía «Los liquidadores harán llegar periódicamente a conocimiento de los socios y de los acreedores el estado de la liquidación por los medios que en cada caso se reputen más eficaces».

No parece demasiado adecuada la supresión de este párrafo máxime, cuando, según hemos visto en el artículo antes analizado, se ha procedido a suprimir la necesidad de la pública subasta que coartaba en cierta medida la posibilidad de los liquidadores de actuar a su antojo. Esta medida de información por parte de los liquidadores a favor de los socios nos parecía aconsejable mantenerla por cuanto ningún coste añadido suponía y, sin embargo, si una mayor transparencia de las operaciones de liquidación. Por otro lado, hemos de recordar que esta obligación se introdujo en julio de 2010 con la publicación del texto refundido de la Ley de Sociedades de capital. Más breve no podía haber sido.

Sin perjuicio de ello se mantiene la obligación de presentar a la junta general en los seis primeros meses del ejercicio las cuentas anuales de la sociedad y un informe pormenorizado del estado de la liquidación, que entendemos debe ser objeto de depósito conforme a lo establecido

en el artículo 365,2 del Reglamento del Registro Mercantil, si es que la liquidación se prolonga por un plazo superior al de la aprobación de las cuentas anuales.

## R. RESPONSABILIDAD DE LOS LIQUIDADORES.

El **artículo 397** de la Ley de Sociedades de Capital dispone:

*«Los liquidadores serán responsables ante los socios y los acreedores de cualquier perjuicio que les hubiesen causado con dolo o culpa en el desempeño de su cargo».*

Se suprime, para unificar el régimen entre anónimas y limitadas, el apartado segundo y tercero de la anterior redacción del precepto que decía «2. Los liquidadores de la sociedad anónima serán responsables ante los accionistas y los acreedores de cualquier perjuicio que les hubiesen causado con fraude o negligencia grave en el desempeño de su cargo.

3. Esta responsabilidad se exigirá en juicio ordinario».

La responsabilidad de los administradores de anónimas se extendía por tanto al fraude o negligencia grave mientras que ahora se extiende como indica el precepto al dolo y culpa.

Nos parece adecuada la supresión del procedimiento judicial a través del cual podía exigirse dicha responsabilidad. Desgraciadamente, estamos acostumbrándonos con demasiada frecuencia a ver normas de carácter procesal incluidas en Leyes de carácter sustantivo, normas de la Ley de Sociedades (como el art 369 antes mencionado) que regulan cuestiones que deben quedar en el ámbito del Reglamento del Registro Mercantil y normas del Reglamento del Registro Mercantil que regulan cuestiones que debieran quedar en el ámbito procesal o notarial. Esa mezcla normativa no ayuda a los juristas a desenvolvemos en nuestra tarea diaria y, por otro lado, no ayuda tampoco a la adecuada interpretación sistemática de las normas, así que entendemos que son las leyes procesales las que deben determinar cuáles son los procedimientos adecuados para cada tipo de supuesto de facto, por lo que valoramos positivamente la supresión de esta mención. La supresión no quiere decir, que no siga exigiéndose en juicio ordinario, pero no es preciso expresarlo en la Ley de Sociedades de Capital.

## S. SOCIEDAD DE NUEVA EMPRESA.

Por último y respecto de las sociedades de Nueva Empresa el nuevo **artículo 435, apartado 1** dispone:

*1. En su constitución, la denominación de la sociedad nueva empresa estará formada por los dos apellidos y el nombre de uno de los socios fundadores seguidos de un código alfanumérico que permita la identificación de la sociedad de manera única e inequívoca».*

Recopilando los antecedentes de esta norma, observemos que la Ley de Sociedades de Capital de 2010 recogió el siguiente texto.

«Artículo 435. Denominación social.

1. La denominación de la sociedad nueva empresa estará formada por los dos apellidos y el nombre de uno de los socios fundadores seguidos de un código alfanumérico que permita la identificación de la sociedad de manera única e inequívoca. El procedimiento de asignación del código se regulará por orden del Ministro de Economía y Hacienda».

Se olvidaba el legislador, y no me extraña teniendo en cuenta la maraña de modificaciones parciales a que nos tiene acostumbrados y que cada día nos dificultan más nuestro trabajo, de que justo la Ley 24/2005, de reformas para el impulso a la productividad (otra Ley con título muy pomposo) procedió a reformar el precepto indicado dándole una redacción casi idéntica a la actualmente adoptada por la Ley de Reforma Parcial, conclusión evidente del olvido del legisla-

dor de sus propias reformas. En fin, sin comentarios. La ley de reforma parcial deja las cosas como debieran haber estado en la redacción del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

La rarísima denominación a que el Legislador obliga a la sociedad de nueva empresa puede durar un suspiro. Se constituye y, al segundo siguiente, se modifica porque, verdaderamente, la norma no puede ser más absurda e injustificada. Ya lo era en su primitiva redacción. La frase «seguidos de un código alfanumérico que permita la identificación de la sociedad de manera única e inequívoca» presupone que la exclusiva denominación de la sociedad y las siglas o mención del tipo de sociedad constituida (régimen existente para identificar al resto de sociedades del sistema español) no son por sí mismos suficientes para identificar de modo inequívoco y único a una sociedad. ¡Verdaderamente asombroso!

Creemos que lo que la ley de Sociedades de Capital tenía que haber hecho era derogar íntegramente el engendro que desde el primer día fue y así lo pusimos de manifiesto. La Ley de Nueva Empresa, tan «nueva» que nadie o casi nadie las constituye, es un fracaso absoluto de sus ideólogos. Y, si no lo hizo el Texto Refundido, no se debía haber perdido la ocasión de haberlo hecho ahora, aunque, por lo que veo, llegamos tarde, de nuevo.

Por último, el **artículo 443.1** de la Ley de Sociedades de Capital en su nueva redacción dispone:

*1. El capital de la sociedad nueva empresa no podrá ser inferior a tres mil euros ni superior a ciento veinte mil euros».*

En su anterior redacción, en la Ley de Sociedades de Capital el artículo indicaba:

#### Artículo 443. Capital social.

1. El capital social de la sociedad nueva empresa no podrá ser inferior a tres mil doce euros ni superior a ciento veinte mil doscientos dos euros.

2. El capital social sólo podrá ser desembolsado mediante aportaciones dinerarias.

El único motivo para su modificación es adecuar la cifra de capital a los capitales establecidos por la propia Ley de Sociedades de Capital tanto para anónimas como para limitadas. Carece de sentido exigir más capital a las sociedades de nueva empresa que a las limitadas normales, pero, bueno, creemos que esto tampoco habría supuesto mucho problema habida cuenta del escasísimo número de sociedades de nueva empresa que se han constituido desde la aparición de la Ley y las menos aún que se van a constituir desde que ha hecho su aparición la empresa telemática prevista en el Real Decreto Ley de 3 de diciembre de 2010.

Con esta referencia a las sociedades de nueva empresa terminamos este breve estudio de la Ley de Reforma Parcial, no obviando la integra regulación que la Disposición ha hecho de la regulación de las sociedades cotizadas, ni de la reforma de los apartados 4 y 5 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que entendemos que por su especificidad y amplio desarrollo, alargarían en exceso el sumario contenido general del estudio de la reforma abordada. Quedará ese estudio para otra ocasión, o para otros autores, seguro con mejor criterio jurídico que el mío.