

Boletín de Sociedades

Sección elaborada por el Área Mercantil de GA_P



Sumario

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Análisis..... | 4 |
| ▶ Comentario sistemático (I) a la reforma de la Ley de Sociedades de Capital introducida por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre: información no financiera y diversidad..... | 4 |
| ▶ Comentario sistemático (II) a la reforma de la LSC introducida por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre: acreditación de la realidad de las aportaciones, momento y forma del pago del dividendo y derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos..... | 12 |
| Práctica Societaria | 19 |
| ▶ Sociedades unipersonales..... | 19 |
| — Inscripción de las decisiones del socio único cuando no consta previamente inscrita la unipersonalidad de la compañía | 19 |
| ▶ Grupos de sociedades | 20 |
| — Condiciones para apreciar la existencia de una situación de control de una sociedad sobre otra..... | 20 |
| ▶ Estatutos | 21 |
| — La mera titularidad de una participación en una sociedad de objeto análogo o idéntico no supone ejercicio indirecto de la actividad..... | 21 |
| — De nuevo sobre la denominación de las sociedades de profesionales: ¿flexibiliza la DGRN su criterio?..... | 22 |
| ▶ Junta general..... | 23 |
| — No hace falta legitimar la firma del socio poderdante para la eficacia de la representación (ni tampoco que se haga constar que la delegación comprende la totalidad de sus participaciones)..... | 23 |
| — Convocatoria de la junta mediante carta certificada: dos pronunciamientos de la Dirección General | 24 |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| ▶ Administradores | 25 |
| — La retribución de los consejeros ejecutivos tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 (RDGRN de 31 de octubre de 2018) | 25 |
| — La Dirección General y el contrato del artículo 249 LSC | 26 |
| — La retribución no prevista en estatutos pero aprobada unánimemente por los socios «vale» (STS 1ª de 20 de noviembre de 2018)..... | 27 |
| — Competencia desleal y prohibición de competencia de los administradores de sociedades de capital | 28 |
| ▶ Cuentas anuales | 29 |
| — Contestación a consulta del ICAC sobre cuestiones relacionadas con el estado de información no financiera..... | 29 |
| ▶ Disolución/liquidación | 31 |
| — Extinción societaria de sociedad insolvente..... | 31 |
| ▶ Sociedades cotizadas..... | 32 |
| — Guía técnica de la CNMV sobre comisiones de nombramientos y retribuciones | 32 |

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, 2019. Todos los derechos reservados.

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

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

Coordinadora: Estibaliz Aranburu Uribarri • Diseño y maquetación: Rosana Sancho

Análisis

Comentario sistemático (I) a la reforma de la Ley de Sociedades de Capital introducida por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre: información no financiera y diversidad

Inés Fontes Migallón

Gestión de Conocimiento

Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

La Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad (Ley 11/2018), incorpora en nuestro Ordenamiento la Directiva 2014/95/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos (Directiva). Con esa finalidad, se modifican los artículos 44 y 49 del Código de Comercio, artículos 253, 262, 279, 514, 529 bis, 529 ter y 540.4.c) de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) y el artículo 35 de la Ley de Auditoría de Cuentas.

En el presente trabajo analizamos las novedades introducidas por la Ley 11/2018 en la Ley de Sociedades de Capital en materia de información no financiera y diversidad.

2. Reformas en materia de información no financiera

España fue uno de los últimos países en trasponer la Directiva 2014/95/UE, mediante el Real Decreto-ley 18/2017, de 24 de noviembre, que introdujo en nuestro Ordenamiento la obligación de determinadas empresas de elaborar un estado de información no financiera, con el objetivo, como se expone en la Directiva, de identificar riesgos para mejorar la sostenibilidad y aumentar la confianza de los inversores, los consumidores y la sociedad en general. El régimen introducido

por el citado Real Decreto-ley es significativamente modificado por la Ley 11/2018, que introduce importantes novedades en esta materia dotándola de un mayor nivel de exigibilidad, alcance y contenido.

2.1. Información no financiera del informe de gestión

Hasta la entrada en vigor de la Ley 11/2018, el artículo 262.1 párrafo tercero LSC regulaba la obligación de las sociedades, excepto de aquellas que pudieran presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, de incluir en su informe de gestión indicadores de carácter financiero y, cuando proceda, de carácter no financiero, pertinentes respecto de la actividad empresarial concreta, para la comprensión de la evolución, los resultados o la situación de la sociedad, incluida información sobre cuestiones relativas al medio ambiente y al personal. La Ley 11/2018 modifica el ámbito de sociedades exceptuadas de esta obligación, pues no estarán obligadas a incluir en su informe de gestión información de carácter no financiera las empresas que tengan la calificación de empresas pequeñas y medianas de acuerdo con la Directiva 34/2013¹. Se amplía además el contenido del análisis de información no financiera para las entidades obligadas, que deberá incluir cuestiones relativas al cumplimiento de reglas en materia de igualdad y no discriminación y discapacidad.

2.2. Sociedades obligadas a elaborar el estado de información no financiera

Frente a lo dispuesto por el Real Decreto-Ley 18/2017, la nueva Ley amplía el círculo de entidades que se verán obligadas a elaborar un estado de información no financiera. Si hasta ahora estaban obligadas a presentar este estado de información las entidades de interés público que, además, cumplieran una serie de requisitos, a partir de ahora estarán obligadas las siguientes entidades:

2.2.1. Régimen aplicable desde el 30 de diciembre de 2018

Durante los tres primeros años desde la entrada en vigor de la Ley 11/2018, esto es, hasta el 29 de diciembre de 2021, las empresas obligadas a preparar el estado de información no financiera serán aquellas que cumplan los dos siguientes requisitos:

- a) Que la sociedad, o en su caso el grupo, cuenten con un número medio de trabajadores, durante el ejercicio, superior a 500.

¹ De acuerdo con la Directiva 34/2013, se entenderá por pequeña empresa aquella que, en la fecha de cierre del balance, no rebase los límites numéricos de por lo menos dos de los tres criterios siguientes: a) total del balance: 4.000.000 euros; b) volumen de negocios neto: 8.000.000 euros; c) número medio de empleados durante el ejercicio: 50. Se entenderá por empresa mediana aquella que no cumpla los requisitos para ser considerada microempresa o empresa pequeña y que, en la fecha de cierre del balance, no rebase los límites numéricos de por lo menos dos de los tres criterios siguientes: a) total del balance: 20.000.000 euros; b) volumen de negocios neto: 40.000.000 euros; c) número medio de empleados durante el ejercicio: 250.

- b) Que i) tengan la consideración de entidades de interés público de conformidad con el artículo 3.5 de la Ley de Auditoría de Cuentas², o ii) durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes:
- Que el total de las partidas del activo sea superior a 20.000.000 de euros.
 - Que el importe neto de la cifra anual de negocios supere los 40.000.000 euros.
 - Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a 250.

En relación con lo anterior, la Disposición transitoria de la Ley 11/2018 aclara que «los dos ejercicios consecutivos computables» serán el que se inicie a partir de 1 de enero de 2018 y el inmediato anterior.

2.2.2. Régimen aplicable desde el 30 de diciembre de 2021 en adelante

Transcurridos tres años desde la entrada en vigor de la Ley, la obligación de elaborar y presentar el estado de información no financiera se extenderá a las sociedades que cumplan los dos requisitos siguientes:

- a) Que tengan más de 250 trabajadores.
- b) Que i) tengan la consideración de entidades de interés público, exceptuando las pequeñas y medianas empresas de acuerdo con la Directiva 34/2013, o

² Tendrán la consideración de entidades de interés público: a) Las *entidades emisoras de valores* admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores, las *entidades de crédito* y las *entidades aseguradoras* sometidas al régimen de supervisión y control atribuido al Banco de España, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, y a los organismos autonómicos con competencias de ordenación y supervisión de las entidades aseguradoras, respectivamente, así como las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en el mercado alternativo bursátil pertenecientes al segmento de empresas en expansión. b) Las entidades que se determinen reglamentariamente en atención a su importancia pública significativa por la naturaleza de su actividad, por su tamaño o por su número de empleados (*empresas de servicios de inversión* y las *instituciones de inversión colectiva* que, durante dos ejercicios constitutivos, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, tengan como mínimo 5.000 clientes, en el primer caso, o 5.000 partícipes o accionistas, en el segundo caso, y las sociedades gestoras que administren dichas instituciones; *fondos de pensiones* que, durante dos ejercicios consecutivos, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, tengan como mínimo 10.000 partícipes y las sociedades gestoras que administren dichos fondos; *fundaciones bancarias*, entidades de pago y *entidades de dinero electrónico*; otras entidades con importe neto de cifra de negocios superior a dos mil millones de euros y plantilla media superior a cuatro mil empleados durante dos ejercicios consecutivos) y c) Los *grupos de sociedades* en los que la sociedad dominante sea una entidad de las contempladas en las letras a) y b) anteriores.

ii) durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos una de las siguientes circunstancias:

- Que el total de las partidas del activo sea superior a 20.000.000 de euros.
- Que el importe neto de la cifra anual de negocios supere los 40.000.000 euros.

2.3. Contenido del estado de información no financiera

- a) El estado de información no financiera debe incluir la información necesaria para comprender la evolución, resultados y la situación de la sociedad (o el grupo) y el impacto de su actividad respecto a una serie de cuestiones. En particular, debe incluir una descripción sobre: i) modelo de negocio, incluyendo el entorno empresarial, organización, estructura, mercados en los que opera, objetivos estratégicos y factores que puedan afectar a su futura evolución; ii) políticas aplicadas, procedimientos de diligencia debida para prevenir y atenuar riesgos y medidas adoptadas; iii) resultados de esas políticas, incluyendo indicadores clave de resultados no financieros que permitan el seguimiento y evaluación de los progresos y favorezcan la comparabilidad entre sociedades y sectores; iv) principales riesgos, incluyendo la gestión de los mismos y los procedimientos para detectarlos y evaluarlos, así como un desglose de los principales riesgos a corto, medio y largo plazo detectados y v) indicadores clave de resultados no financieros que sean pertinentes respecto de la actividad empresarial concreta.
- b) Ampliando el contenido de la Directiva 2014/95/UE, la Ley establece que el estado de información no financiera debe incluir, en particular, información sobre las siguientes cuestiones:
- *Medioambientales*: efectos actuales y previsibles de las actividades de la empresa en el medio ambiente y, en su caso, en la salud y seguridad, contaminación, uso sostenible de recursos, economía circular y prevención y gestión de residuos, cambio climático y protección de la biodiversidad.
 - *Sociales y relativas al personal*: empleo (distribución de empleados por sexo, edad, país y clasificación profesional, número de despidos por sexo, brecha salarial, etc.), organización del trabajo, salud y seguridad, relaciones sociales, formación, accesibilidad universal de las personas con discapacidad e igualdad.
 - *Respeto de los derechos humanos*: medidas de prevención de riesgos de vulneración de derechos humanos, así como vías de reparación previstas para los casos en los que se hayan cometido abusos.

- *Lucha contra la corrupción y el soborno*: medidas preventivas y de lucha establecidas contra tales prácticas.
- *La Sociedad*: compromisos de la empresa con el desarrollo sostenible, subcontratación y proveedores, consumidores e información fiscal (los beneficios obtenidos país por país, los impuestos sobre beneficios pagados y las subvenciones públicas recibidas).
- *Cualquier otra* información que sea significativa.

En el caso de que la sociedad (o el grupo, en su caso) no aplique ninguna política en alguna de las cuestiones previstas anteriormente, el estado de información no financiera ofrecerá una explicación clara y motivada al respecto.

Al facilitar esta información, las empresas deben basarse en indicadores clave de resultados no financieros que sean pertinentes respecto a la actividad empresarial concreta y que cumplan con los criterios de comparabilidad, materialidad, relevancia y fiabilidad. A estos efectos, la nueva Ley incrementa los niveles de exigencia en nuestro Ordenamiento en transparencia y fiabilidad de la información facilitada, pues esos indicadores se basarán en los estándares de *Global Reporting Initiative*, debiendo mencionarse los marcos nacionales, marcos de la Unión Europea, pudiendo utilizarse el Sistema de Gestión y Auditoría Medioambientales (EMAS), o los marcos internacionales tales como el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, etc.

Por último, la Ley 11/2018 suprime la posibilidad —contemplada en la Directiva y traspuesta a nuestro Ordenamiento por el Real Decreto-ley 18/2017— que tenían las empresas de omitir información relativa a acontecimientos inminentes o cuestiones que estaban siendo objeto de negociación cuando, en la opinión debidamente justificada del órgano de administración, la divulgación de dicha información pudiera perjudicar gravemente a la posición comercial de la sociedad o el grupo. De esta manera se elimina en nuestro Ordenamiento esta puerta de escape prevista en la Directiva al cumplimiento de la obligación de divulgación de la información no financiera.

De conformidad con todo lo anterior, las empresas que deban elaborar el estado de información no financiera deberán implantar procesos de gestión y control en la recopilación de datos y elaboración de la información, para lograr los niveles de transparencia y fiabilidad exigidos por la Ley. Este proceso podrá aumentar los costes y la carga administrativa de las empresas obligadas, sin que en estos momentos se pueda valorar su impacto.

2.4. Auditoría del estado de información no financiera

No será necesaria la opinión del auditor sobre la concordancia del estado de información no financiera con las cuentas correspondientes al mismo ejercicio, ni sobre si el contenido

y presentación de dicho estado es conforme con lo requerido por la normativa que resulte de aplicación. En estos supuestos, el auditor deberá comprobar únicamente que el citado estado de información no financiera se encuentre incluido en el informe de gestión (o en el informe anual de gobierno corporativo) o, en su caso, se haya incorporado en éste la referencia correspondiente al informe separado. En el caso de que no fuera así, lo indicará en el informe de auditoría.

2.5. Presentación y requisitos para la aprobación y deber de verificación del estado de información no financiera

El estado de información no financiera se deberá incluir en el informe de gestión o, en su caso, en un informe separado con el mismo contenido (indicando de manera expresa que la información contenida en dicho informe separado forma parte del informe de gestión de la compañía).

Toda sociedad dominante incluida en el alcance de la Ley 11/2018, está obligada a elaborar el estado de información no financiera consolidado, que incluirá: 1) a todas las filiales y 2) a todos los países en los que opera. En el caso de grupos de sociedades, las sociedades dependientes no estarán obligadas a elaborar el estado de información no financiera si éste se incluye en el informe de gestión consolidado de otra empresa.

En cuanto a los requisitos para la aprobación, verificación y publicación del informe sobre la información no financiera, se introducen las siguientes novedades:

- 1) Los administradores de la sociedad formularán, en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social, las cuentas anuales y el informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera. Si el estado de información no financiera se presenta de forma separada del informe de gestión, deberá estar también firmado por todos los administradores (si faltara la firma de alguno de ellos, se señalará en los documentos en que falte, con expresa mención de la causa).
- 2) La información incluida debe verificarse por un prestador independiente de servicios de verificación³. Este informe de verificación, distinto e independiente del informe de auditoría, deberá realizarse en los mismos plazos previstos para la emisión del informe de auditoría y ponerse a disposición de los socios a partir de la convocatoria de la junta general.

³ El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, en respuesta de 12 de febrero de 2018 a consulta sobre si el verificador del estado de información no financiera podría ser el auditor de cuentas de la entidad o qué condiciones debe reunir éste, entiende que en la actualidad no se encuentran reguladas las condiciones que deben reunir quienes realicen la verificación del estado de información no financiera por lo que, hasta tanto no se apruebe la regulación específica de los distintos aspectos de dicha verificación, ésta podrá realizarse por el auditor de cuentas u otras personas con características o conocimientos adecuados para ejercer tal función, y sin que exista impedimento desde el ámbito de la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas para que dicha verificación sea efectuada por el auditor de cuentas anuales de la entidad en cuestión.

- 3) El estado de información no financiera debe presentarse como punto separado del orden del día para su aprobación en la junta general de la sociedad.
- 4) El informe debe ponerse a disposición del público de forma gratuita, debiendo ser accesible en la página web de la sociedad en los seis meses siguientes a la finalización del ejercicio social y durante los cinco años siguientes.

2.6. *Facultades indelegables del consejo de administración de las sociedades cotizadas*

Se refuerzan las facultades indelegables del consejo de administración de las sociedades cotizadas, al incluir el artículo 529 ter LSC un nuevo apartado respecto de la supervisión de la elaboración y presentación de la información financiera y del informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, la información no financiera preceptiva, y presentar recomendaciones o propuestas al órgano de administración, dirigidas a salvaguardar su integridad. Con ello se refuerza la obligación impuesta por la Directiva de asegurar que los miembros de los órganos de administración de las empresas sean responsables de la redacción y publicación del estado de información no financiera según los requisitos exigidos.

3. **Reformas en materia de políticas de atención a la diversidad**

La Ley 11/2018 refuerza las políticas de atención a la diversidad en las sociedades cotizadas, incluyendo las siguientes novedades en la LSC.

- a) Igualdad de trato de los accionistas: Se incluye un nuevo apartado en el artículo 514 LSC estableciendo la obligación de las sociedades cotizadas de dar cobertura a los requisitos de accesibilidad de las personas mayores o con discapacidad para garantizar su derecho a disponer de información previa y los apoyos necesarios para el ejercicio de su voto.
- b) Procedimientos de selección de consejeros: se modifica el apartado 2 del artículo 529 bis LSC estableciendo que el consejo deberá velar porque los procedimientos de selección de sus miembros no solo favorezcan la diversidad de género, de experiencias y de conocimientos, sino también la diversidad respecto a otras cuestiones como la edad, la discapacidad o la formación profesionales. Además, el consejo velará porque los procedimientos de selección faciliten la selección de consejeras en un número que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres.
- c) Informe anual de gobierno corporativo: por último, se modifica el sub apartado 6º del artículo 540.4. c) LSC, indicando que este informe debe describir la política de diversidad aplicada en relación con el consejo de administración, y además, en relación con el órgano de dirección y las comisiones especializadas que se constituyan en su seno, por lo que respecta a cuestiones como la edad, el género, la discapacidad o la formación y experiencia profesional de sus miembros; Por otro lado, las sociedades deberán informar

si se facilitó información a los accionistas sobre los criterios y los objetivos de diversidad con ocasión de la elección o renovación de los miembros del consejo de administración, de dirección y de las comisiones especializadas constituidas en su seno. En caso de no aplicarse una política de este tipo, se deberá ofrecer una explicación al respecto, añadiendo la nueva Ley que dicha explicación debe ser clara y motivada.

La Ley 11/ 2018 no contiene un régimen de infracciones y sanciones en caso de incumplimiento de las obligaciones anteriormente descritas en materia de información no financiera y diversidad — salvo la falta de depósito de cuentas anuales, si, estando obligada la entidad, no incluye en el informe de gestión o presenta en documento separado el estado de información no financiera—. Habrá que esperar a los próximos meses para valorar el impacto en la práctica de estas medidas tendentes a mejorar la eficiencia económica y la competitividad de las empresas, el aumento de la confianza de los inversores y consumidores.

Comentario sistemático (II) a la reforma de la LSC introducida por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre: acreditación de la realidad de las aportaciones, momento y forma del pago del dividendo y derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos

Fernando Marín de la Bárcena

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

1. Introducción

La Ley 11/2018 reforma la LSC en aspectos tan importantes como la obligación de acreditar la efectiva realización de aportaciones dinerarias en las sociedades de responsabilidad limitada (art. 62 LSC), el plazo máximo legal para el pago de dividendos (art. 276 LSC) o el derecho de separación del socio por falta de distribución de dividendos (art. 348 bis LSC), que son objeto de este análisis.

2. Acreditación de la realidad de las aportaciones

La reforma del artículo 62 tiene por finalidad agilizar los trámites de constitución de sociedades de capital (no se aplica a las ampliaciones de capital) exonerando a los socios fundadores del deber de acreditar la realidad de las aportaciones dinerarias (o de entregar su importe al propio notario) a cambio de una asunción voluntaria de la responsabilidad frente a acreedores por la «realidad» de dicha aportación a inscribir en el Registro Mercantil ex. artículo 114.1.2º del Reglamento del Registro Mercantil.

De lo anterior no se deduce que se haya derogado el deber mismo de realizar la aportación de forma efectiva previsto en el artículo 59 LSC. En eso consiste la responsabilidad por la «realidad» de la aportación dineraria: si se realizó el desembolso, aún de modo distinto al ingreso en cuenta corriente o entrega al notario que prevé la Ley (art. 62 LSC), por ejemplo, mediante ingreso directo en la caja social, no surge la responsabilidad; si el desembolso no se realizó y, por tanto, la aportación no era real, tanto la sociedad como cualquier acreedor podrá exigir

la responsabilidad a la que se refiere el precepto. A lo anterior hay que añadir el resto de consecuencias jurídicas que resulten aplicables como: (i) la declaración de nulidad de la sociedad y sus consecuencias (art. 56.1 g) y 57.3 LSC); (ii) la responsabilidad de los fundadores y de las personas que actuaron por su cuenta ex art. 30 LSC y, (iii) con carácter general, la responsabilidad de los administradores sociales ex artículos 236 y siguientes de la LSC.

En cuanto a su naturaleza jurídica, no creemos que sea una responsabilidad equiparable a la que se impone en caso de divergencias en el valor de las aportaciones «in natura» ni sujeta a su plazo de prescripción. La asunción voluntaria de la responsabilidad implica una derogación del principio de no responsabilidad de los socios por las deudas sociales (art. 1 LSC) que persistirá (y se transmitirá entre socios) en tanto la aportación sea efectivamente realizada. El pago a la sociedad de la cantidad correspondiente determinará su extinción, así como el resto de consecuencias accesorias (v.gr. remoción de la causa de nulidad).

3. Momento y forma del pago del dividendo

La reforma del artículo 276 LSC puede tener una incidencia importante en el régimen legal del dividendo. Como es sabido, el apartado 1 de este precepto reconoce a la junta la capacidad de determinar el «momento» y la «forma» de pago del dividendo y el apartado 2 dispone que, a falta de determinación de estos particulares, el dividendo será pagadero en el domicilio social a partir del día siguiente al día del acuerdo de la junta general. Esto permitía a la junta, por ejemplo, impartir instrucciones al órgano de administración para que procediera al pago de los dividendos en un momento determinado o en el momento en que la situación de tesorería de la sociedad lo permitiera, estableciendo un límite temporal máximo. Dichas instrucciones podrían comprender el mandato de negociar y pactar con los socios acuerdos de pago fraccionado o aplazamientos en el pago (la imposición de un pago fraccionado requeriría previsión estatutaria según la opinión prevalente de la doctrina). Ordinariamente se aconsejaba no superar en ningún caso el ejercicio en curso, dado que se supone que, si las cuentas se formulan y aprueban anualmente, el socio tendría derecho a cobrar anualmente.

La reforma ha consistido en añadir un nuevo apartado tercero que establece que «el plazo máximo para el abono completo de los dividendos será de doce meses a partir de la fecha del acuerdo de la junta general para su distribución». Es razonable pensar que con ello se ha querido evitar un fraude al artículo 348 bis LSC, ante la tentación de los operadores de evitar la separación mediante acuerdos de reparto de dividendos pagaderos en plazos muy superiores al año e imponiendo de ese modo esperas abusivas. Desde ese punto de vista, se trata de una norma que era conveniente introducir.

El requisito legal de que el abono sea «completo» en el año plantea una cuestión que puede resultar de interés destacar. La mayoría de la doctrina entendía que, a pesar de que la junta podía fijar el momento del pago, éste sólo podía realizarse completo y no de forma fraccionada, ya que la recepción parcial de la prestación debida no se puede imponer al deudor (artículo 1169 Código Civil). Esa interpretación de la norma, quizá excesivamente restrictiva, puede ser

descartada. La propia Ley lo presupone cuando aclara que el límite de doce meses a partir de la fecha del acuerdo de la junta general se aplica al pago «completo» de los dividendos.

4. Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos

La reforma más importante introducida por la Ley 11/2018 para la praxis societaria española consiste en la nueva redacción del artículo 348 bis LSC que reconoce, como es sabido, a los socios de sociedades cerradas (no cotizadas, ni sociedades cuyas acciones estén admitidas a negociación en un sistema multilateral de negociación —como el MAB— ni sociedades anónimas deportivas) el derecho a separarse de la sociedad si concurren determinadas circunstancias relacionadas con la falta de reparto de un dividendo mínimo.

Es una reforma que será aplicable a los acuerdos adoptados en las juntas generales que se celebren a partir del 30 de diciembre de 2018 y que incide sobre determinados aspectos del régimen de este derecho que habían resultado muy controvertidos en la praxis judicial o que resultaban excesivamente onerosos para las sociedades. También se ha aprovechado para colmar una auténtica laguna de protección como es la posición de los socios minoritarios de sociedades matrices de grupos de sociedades.

En las líneas que siguen ofrecemos una síntesis de los aspectos más relevantes de este aspecto de la reforma.

4.1. *Carácter dispositivo de la regulación*

En primer lugar, se reconoce expresamente el carácter dispositivo de este derecho de separación, que era una cuestión generalmente admitida en la práctica registral, pero que convenía aclarar. El reconocimiento expreso del carácter dispositivo de la regulación se realiza mediante la introducción en el primer apartado del artículo del inciso «*salvo disposición contraria de los estatutos*».

Los operadores podrán por tanto derogar totalmente el derecho reconocido por la Ley, agravar las condiciones para su ejercicio en detrimento de las minorías (v.gr. posible justificación de la falta de reparto en caso de necesidades financieras o patrimoniales de la compañía) o, por el contrario, facilitar el ejercicio del derecho de separación (v.gr. subir los umbrales de reparto mínimo).

En cuanto a los efectos prácticos de la liberalización contractual de este importante mecanismo de protección del socio minoritario hay que distinguir distintos supuestos.

Si los operadores deciden desactivarlo en el momento fundacional, es aconsejable que busquen remedios alternativos para un contexto de «sequía» en el reparto de dividendos, sea en forma de derechos de compra o venta forzosa entre socios si concurren determinadas circunstancias, sea en forma de reglas de distribución obligatoria del resultado del

ejercicio acompañadas de mecanismos de *enforcement* adecuados. Cualquier alternativa es preferible a permitir que prosperen prácticas de opresión de minorías en sociedades de capital donde la posibilidad de separarse por justos motivos no aparece reconocida por la Ley ni parece vaya a prosperar en el ámbito judicial.

Todo lo anterior vale para las sociedades de nueva constitución. Una vez constituida la sociedad, es posible excluir o dificultar el derecho de separación configurado legalmente sin necesidad de contar con el consentimiento de todos los socios, si se reconoce al socio que no hubiera votado a favor del acuerdo el derecho a separarse en ese momento (art. 348 bis.2 LSC). La mayoría puede por tanto desactivar esta protección de las minorías, pero ofreciéndoles la posibilidad de separarse ahora y justificándolo en el interés social. Si lo que se quiere es aligerar el régimen del derecho de separación previsto legalmente (v.gr. volviendo al modelo de reparto obligatorio de 1/3) resultaría aplicable el artículo 347.2 LSC que sí requiere el consentimiento de todos los socios.

En el caso de sociedades que ya tenían en los estatutos un derecho de separación, habrá que distinguir. Es sabido que la voluntad de los socios cuando se limitan a reproducir en los estatutos una norma legal hay que entenderla en el sentido que dichos socios aceptan las modificaciones que esa norma legal pueda experimentar en el futuro, que se aplicarán también al derecho de configuración estatutaria (una denominada «remisión dinámica»). Sin embargo, esta es una reforma legal que limita el derecho de separación del socio y, por consiguiente, en nuestra opinión, no cabe realizar tal interpretación en este caso. Si los socios desean modificar los estatutos podrán hacerlo porque lo permite el nuevo artículo 358 bis 2 LSC, que lo permite a pesar de lo dispuesto en el artículo 292 LSC.

4.2. *Nacimiento del derecho y condiciones para su ejercicio*

En cuanto a la nueva configuración del derecho, lo primero que hay que señalar es que se reforma el momento de su nacimiento. El derecho de separación surge «transcurrido el quinto ejercicio» desde la inscripción de la constitución de la sociedad en el Registro Mercantil y, por consiguiente, se activará tras la celebración de la junta general ordinaria para la celebración de las cuentas de ese ejercicio. De este modo, para las juntas generales a celebrar en junio de 2019 (para aprobar el cierre de 2018), habrá que esperar el ejercicio del derecho de separación por socios de sociedades inscritas antes o durante 2014, pero no a partir del 1 de enero de 2015.

Para que surja el derecho de separación deben concurrir dos requisitos materiales, uno positivo y otro negativo. El requisito positivo es que se hayan obtenido beneficios (se entiende que legalmente repartibles, aunque la Ley no lo exige expresamente) durante los tres ejercicios anteriores consecutivos (se supone que al ejercicio en que se producen los beneficios). El requisito negativo consiste en que en los últimos cinco años no se hayan distribuido dividendos equivalentes en total, al menos, a la cuarta parte de los beneficios legalmente distribuibles obtenidos en dicho período.

En suma, el legislador considera inexigible al socio que continúe formando parte de una sociedad de capital que no ha distribuido siquiera $\frac{1}{4}$ de los beneficios legalmente repartibles en los últimos cinco años y que tampoco los reparte a pesar de haber dado beneficios en los tres anteriores ejercicios consecutivos. Por ello reconoce a los socios disconformes con esa decisión el derecho de separación. Si las sociedades quieren evitarlo deberán acordar el reparto de al menos una cuarta parte del porcentaje de «los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles» sean éstos ordinarios o extraordinarios.

Cabe señalar, por último, un requisito de tipo procedimental y que consiste en que el socio que pretenda separarse haya hecho constar en el acta de la junta general, a la que deberá asistir presente o representado, en su caso por vía telemática, «su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos». De este modo se acaba con las dudas que planteaba la redacción anterior de la norma en casos de acuerdos de constitución de reservas y que hacía descansar la existencia del derecho en el sentido del voto. Con todo, será conveniente velar con el escrupuloso respeto de las reglas legales sobre redacción y aprobación del acta de la junta general y es previsible que los socios minoritarios soliciten la presencia de Notario que levante acta de la reunión.

4.3. Exclusión de sociedades en situación preconcursal o concursal

El tercer punto más destacable de la reforma ha consistido en exceptuar la aplicación del derecho de separación cuando la sociedad se encuentre en concurso, cuando se haya realizado alguna comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal (LC), se haya concluido un acuerdo de refinanciación del artículo 71 bis (en cualquiera de sus dos apartados) incluso acuerdos homologados por la disposición adicional 4ª LC.

La norma deja todavía muchos interrogantes. Parece claro que se ha pretendido evitar que el ejercicio del derecho de separación pueda poner en peligro la viabilidad de alguno de los mecanismos que generalmente se ofrecen para lograr el saneamiento de empresas en situación de crisis (acuerdos de refinanciación) y de los procedimientos previstos precisamente para garantizar que la negociación de esos mecanismos se desarrolle sin presiones excesivas (comunicaciones del art. 5 bis LC). Por otro lado, del mismo modo que no cabe la separación en fase de liquidación societaria, no se debe admitir mientras la sociedad esté en situación de concurso porque los intereses de los acreedores deben prevalecer en este contexto. En principio, la suspensión del derecho de separación alcanzaría a la fase de cumplimiento del convenio, dado que en puridad el concurso no está terminado durante dicha fase, lo que podría permitir defender la aplicación analógica de la norma a las sociedades que hayan solicitado y conseguido un acuerdo extrajudicial de pagos.

4.4. La protección de los minoritarios de la sociedad dominante

La protección de los socios externos de la sociedad dominante es, como es sabido, una de las asignaturas pendientes del Derecho español de sociedades de capital y un contexto en

el que proliferan técnicas de opresión de minorías. Esta es la razón por la que debe saludarse favorablemente el reconocimiento de esta «modalidad» del derecho de separación en los casos de falta de reparto de, al menos, un veinticinco por ciento de los resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante legalmente distribuibles en el ejercicio anterior, siempre que se hubieran obtenido resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante durante los tres ejercicios anteriores. No está claro si debe aplicarse el requisito (negativo) de la distribución de dividendos equivalentes en conjunto, al menos, a la cuarta parte de los beneficios legalmente distribuibles calculados en base consolidada obtenidos en dicho período. Desde luego, si la Ley no lo exige expresamente (e incluso lo descarta) no parece que dicho requisito pueda resultar aplicable.

4.5. Acciones de responsabilidad de administradores e impugnación del acuerdo que negó el reparto propuesto por el socio

Por último, cabe realizar una referencia a los remedios. El párrafo 2º del apartado 1 del nuevo artículo 348 bis LSC afirma que el derecho de separación existe «sin perjuicio del ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad que pudieran corresponder».

No cabe duda de que los administradores que colaboren en una estrategia de opresión al socio minoritario deben responder de los daños y perjuicios que directamente le hayan causado, exigibles mediante la acción individual de responsabilidad (art. 241 LSC). Lo que ocurre es que generalmente el pago al socio del valor razonable de la separación es ya una indemnización y por tanto no quedará normalmente daño resarcible.

En realidad, las acciones de responsabilidad habrá que interponerlas en aquellos casos en los que no esté a disposición del socio el remedio de la separación. Este puede ser el caso de los socios de una sociedad dominante no obligada a formular cuentas consolidadas ante el comportamiento antijurídico de los administradores de la sociedad que, en el ejercicio de los derechos de socio en las filiales operativas, nieguen sistemáticamente la subida de dividendos a la sociedad matriz. Se podría considerar que este tipo de comportamiento no causa un daño al patrimonio social de la dominante, en la medida en que la retención de dividendos incrementa el valor de las filiales y por tanto resulta inocua para la matriz, sino un daño directo a los derechos económicos del socio exigible ex artículo 241 LSC.

En lo que se refiere a las acciones de impugnación de acuerdos, existe también la posibilidad de impugnar los acuerdos de constitución de reservas o, en su caso, los acuerdos que rechacen la propuesta del socio de repartir dividendos —que se debe formular en toda junta ordinaria—, con la finalidad de obtener una sentencia de condena a la sociedad para el reparto del dividendo. Desde un sector de la doctrina se ha apuntado la posibilidad de promover una acción declarativa de nulidad de los votos emitidos de forma contraria a la buena fe (contrarios al reparto) que, descontados del cómputo de los

emitidos en el acuerdo que rechazó la propuesta de reparto, si concurre una mayoría legal suficiente, debería dar lugar a la proclamación judicial del acuerdo (acción declarativa del resultado positivo de la votación) y consiguiente condena a la sociedad a repartir el dividendo. Es esta una cuestión, sin embargo, sin precedentes judiciales y que requiere de una reflexión más detenida, ya que la Ley sólo concibe un resultado parecido en casos de prohibición legal del derecho de voto.

Práctica societaria

Sociedades unipersonales

Inscripción de las decisiones del socio único cuando no consta previamente inscrita la unipersonalidad de la compañía

Se presentó en el Registro Mercantil (RM) escritura de elevación a público de los acuerdos adoptados por el socio único de una sociedad limitada por los que se cesó a la administradora inscrita y se designó una nueva administradora única que es quien compareció. Concurrieron en este caso varias circunstancias a tener en cuenta: (1) no constaba en el RM la unipersonalidad de la compañía; (2) el Notario autorizante hizo expresa advertencia en la escritura de que no se acreditó la condición de socio único ni la inscripción del carácter unipersonal de la sociedad, si bien entendió que no era precisa esta última para llevar a cabo la autorización; (3) realizada la notificación prevista en el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM), compareció en el trámite notarial la administradora destituida afirmando que, en realidad, era ella la única socia; e, igualmente, presentó escrito de oposición en el RM oponiéndose a la práctica del asiento.

El registrador denegó la inscripción argumentando en sustancia que del título presentado se deducía que no había quedado acreditada la unipersonalidad de la compañía. El posterior recurso gubernativo fue desestimado por la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) mediante Resolución de 7 de diciembre de 2018 (BOE núm. 315, de 31 de diciembre). La decisión se fundamentó en las siguientes ideas:

- 1) En un registro de personas, como es el RM, la aplicación de algunos principios registrales como el de tracto sucesivo ha de ser objeto de interpretación restrictiva y no puede tener el mismo alcance que en un registro de bienes. Por ello, el hecho de que no conste en el Registro la situación de unipersonalidad no impide que se inscriban las decisiones adoptadas por quien realmente ostenta la cualidad de socio único y se encuentra legitimado de acuerdo con el artículo 106.2 LSC para ejercitar los derechos inherentes a tal condición, siempre que no traigan causa de la situación de unipersonalidad y que, en consecuencia, no dependan para su inscripción de la constancia de dicha circunstancia. (RRDGRN 14 enero 2002 [RJ 2002\7150], 22 abril 2014 [RJ 2014/3214] y 23 enero 2015 [RJ 2015/2570]). Sin perjuicio, por supuesto, de la aplicación de las reglas sobre legitimación para la elevación a público de los acuerdos sociales y de las consecuencias en materia de responsabilidad que deriven de la falta de inscripción del carácter unipersonal de la sociedad (art. 14 LSC).
- 2) Con independencia de lo anterior, en caso de falta de inscripción de la unipersonalidad, para la elevación a público de los acuerdos debe acreditarse ante el Notario autorizante tal situación. Bien mediante la exhibición del libro registro de socios, o de testimonio o certificación de su contenido (cfr. art. 203 RRM), bien a través de la exhibición de los documentos

públicos (art. 106 LSC; recuérdese que se trataba de una sociedad de responsabilidad limitada) de los que resulte la titularidad de la totalidad de las participaciones sociales (RRDGRN 23 enero 2015 [RJ 2015/2570] y 18 mayo 2016 [RJ 2016/3985]).

- 3) *Obiter dicta* la DGRN descarta que correspondiera en este caso a la administradora destituida (que se opuso al amparo del art. 111 RRM) la carga de la prueba de la ineficacia del nombramiento. En efecto, tal sería la situación si en su momento se hubiera acreditado ante el Notario la unipersonalidad; pero, al no haberse hecho así, no procedía exigir de quien se opuso que combatiera una situación que no se corresponde con la que resulta del propio Registro.

Grupos de sociedades

Condiciones para apreciar la existencia de una situación de control de una sociedad sobre otra

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de julio y 31 de octubre de 2018 [Sentencia núm. 431/2018 de 10 julio, ECLI:ES:TS:2018:2676 y Sentencia núm. 598/2018 de 31 octubre, ECLI:ES:TS:2018:3680] han debido decidir si una sociedad (TIP) ostentaba el control sobre otra (TRECAM) a los efectos de determinar si esta segunda pertenecía al grupo de la socia única (CAM) de la primera (lo que resultaba relevante para la calificación en el concurso de TRECAM de los créditos de CAM y de otra filial íntegramente participada de esta última entidad).

La cuestión se suscitaba porque los dos socios de TRECAM (TREMÓN —que ostentaba el 69,95 por 100 del capital— y TIP —que era titular del restante 30,05 por 100—) habían suscrito un pacto parasocial en el que, entre otras cuestiones, pactaron que: (1) para la adopción de determinados acuerdos de la junta general (transmisión de participaciones, supresión del derecho de preferencia en los aumentos de capital social, aumento o reducción de capital social, modificaciones estructurales, disolución y liquidación de la sociedad...), sería necesaria una mayoría del 71 por 100 del capital, lo que, de hecho, se traduciría en la exigencia de contar con el visto bueno de TIP; (2) el cargo de consejero delegado recaería en un representante de TREMÓN, quien tendría facultades para operaciones por un importe de hasta 10.000.000 euros; en lo que superara esta cifra sería necesario acuerdo del consejo de administración y el visto bueno del consejero designado por TIP.

Sobre la base de estas circunstancias, y partiendo de la idea de que la noción de grupo viene definida por la existencia de una situación de control, el Tribunal Supremo concluye que no se da ninguna de las circunstancias cuya concurrencia permite presumir, según el artículo 42 del Código de Comercio, la existencia de grupo.

Pero es más: el Tribunal Supremo admite que la enumeración de situaciones del artículo 42 del Código de Comercio es ejemplificativa y no exhaustiva, de manera que puede apreciarse la

existencia de control (y, por tanto, de un grupo) en otras circunstancias, No obstante entiende, en el caso concreto, que CAM, a través de su filial TIP, no tenía propiamente un control efectivo sobre la administración de la concursada (TRECAM) ya que dicho control correspondía, en realidad, al otro socio (TREMÓN). Lo que existía era, meramente, un conjunto de salvaguardas o cautelas, que consistían en requerir el consentimiento de TIP para la adopción de determinados acuerdos en la junta general y para realizar actos de disposición o para contraer obligaciones por un importe superior a determinada cantidad. De tal forma que no cabe considerar que CAM controle efectivamente, a través de su filial TIP, a la concursada, por lo que no resulta de aplicación el artículo 93.2.3º de la LC con sus consecuencias en cuanto a la clasificación concursal de los créditos.

Estatutos

La mera titularidad de una participación en una sociedad de objeto análogo o idéntico no supone ejercicio indirecto de la actividad

Herbania S.A. enajenó el complejo turístico cuya explotación constituía hasta ese momento su actividad social. Con el precio obtenido en esa venta adquirió una participación cercana al 50 por 100 del capital social de otra compañía con análogo objeto social y cuya actividad consistía, precisamente, en la explotación de un establecimiento hotelero de mayor envergadura. Desde la referida enajenación, Herbania S.A. careció de personal y de elementos patrimoniales tangibles susceptibles de ser utilizados en una actividad productiva y su cifra de negocios fue cero.

Ciertos socios minoritarios de Herbania S.A. ejercitaron una acción de disolución judicial de dicha sociedad por estimar concurrente una causa legal y estatutaria de disolución: el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social de la compañía (art. 363.1.a LSC). La demanda fue estimada en primera instancia, pero la sentencia fue revocada por la Audiencia. El Tribunal Supremo por su parte, estimó el recurso de casación interpuesto por los actores (casando la resolución de segunda instancia) en su Sentencia de 9 de octubre de 2018 [Sentencia núm. 556/2018, RJ 2018\4267].

Por lo que ahora interesa, el debate se centró en determinar si la «sustitución» de la explotación *directa* de un establecimiento turístico por la simple titularidad de una parte del capital social de otra sociedad (que explota igualmente un complejo hotelero) supone el cese en el ejercicio del objeto social o si, por el contrario, cabe entender que se trata de una forma de ejercicio *indirecto* de dicho objeto social (lo que excluiría la aplicación del art. 363.1.a LSC).

La decisión del Tribunal Supremo se basó en las siguientes consideraciones:

- 1) La actividad que constituye el objeto social puede ser desarrollada de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades de idéntico o análogo objeto, sin necesidad de previsión expresa en los estatutos sociales.

- 2) Ahora bien, no puede hablarse de ejercicio indirecto del objeto social cuando la compañía en cuestión se limita a mantener la titularidad de un paquete de acciones o participaciones en una sociedad de idéntico o análogo objeto social, sin desarrollar ella misma actuación alguna tendente a gestionarlo o rentabilizarlo mediante actuaciones que incidan en el desarrollo de la actividad de la sociedad participada. Es necesario, antes bien, el desarrollo de una actuación que suponga un ejercicio efectivo, aunque sea de modo indirecto, de la actividad constitutiva del objeto social (lo que no puede entenderse producido por el mero cumplimiento de las obligaciones fiscales y formales de la sociedad participante).
- 3) De esta forma, no cabe considerar que exista ejercicio indirecto de la actividad cuando los órganos de una sociedad, que carece por completo de cualquier elemento personal o patrimonial y cuya cifra de negocio es cero, no adoptan tampoco acuerdo alguno destinado a incidir en el desarrollo de la actividad que constituye el objeto social de la sociedad participada (idéntico o análogo al de la sociedad titular de las acciones o participaciones).

De nuevo sobre la denominación de las sociedades de profesionales: ¿flexibiliza la DGRN su criterio?

En su Resolución de 5 de diciembre de 2018 [BOE núm. 312, de 27 de diciembre] la DGRN estimó el recurso interpuesto contra la calificación del registrador mercantil que denegó la inscripción de una sociedad denominada «Veterinarios Specivets, SL».

La cuestión planteada era si la denominación de la referida sociedad podía o no incluir el término «veterinarios» cuando no se presentaba como una sociedad profesional (aunque, entre otras actividades, tenía por objeto la prestación de asistencia veterinaria en todas sus especialidades por medio, en su caso, de los correspondientes profesionales). De hecho en sus estatutos se disponía expresamente que «en ningún caso tendrá por objeto la sociedad el ejercicio en común de actividades profesionales, sino que en cuanto al desarrollo de las mismas se configura como una sociedad de intermediación, que no proporciona directamente al solicitante la prestación que desarrollará el profesional persona física, sino que actúa como intermediaria y coordinadora de las prestaciones que se realicen, quedando por tanto excluida la aplicación de la Ley 2/2007...».

La DGRN enfocó el problema dando por supuesto que la denominación discutida cumplía los requisitos de *unidad* y *originalidad*; de ahí que entrara a analizar si respondía también a la exigencia de *veracidad* (según la cual la denominación no puede inducir a confusión sobre la identidad o naturaleza de la sociedad). Y así, apartándose del criterio seguido en otras ocasiones (RRDGRN 23 septiembre 2015 y 6 septiembre 2016), ha considerado admisible la denominación «Veterinarios Specivets, SL» con fundamento en las siguientes consideraciones:

- 1) Según la propia doctrina registral, una correcta interpretación de la Ley de Sociedades Profesionales (LSP) debe llevar al entendimiento de que, en principio, se está ante una sociedad profesional siempre que en su objeto social se haga referencia a aquellas actividades que constituyen el objeto de una profesión titulada. Por ello, cuando se quiera constituir una

sociedad distinta, y evitar la aplicación del régimen imperativo establecido en la referida LSP, se debe declarar así expresamente, indicando que se trata de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación.

- 2) La restricción de la libertad de elección de la denominación que resulta de la prohibición de aquéllas que induzcan a error o confusión en el tráfico mercantil sobre la propia identidad de la sociedad y sobre su clase o naturaleza (art. 406 RRM) ha de ser aplicada estrictamente a aquellos casos en los que los terceros puedan realmente resultar confundidos acerca del tipo y, por tanto, del régimen jurídico de la entidad con la que se relacionan.
- 3) Pues bien, en este caso en la denominación de la sociedad no se indicaba que se tratase de una sociedad profesional (la inclusión de la palabra «veterinarios» —además, en plural— no implicaba necesariamente que la actividad se imputara directamente a la sociedad y que hubiera de ser realizada bajo su propia denominación social) y en la definición estatutaria del objeto se señalaba expresamente que se trataba de una sociedad de intermediación en la actividad de «veterinaria» (actividad que resultaría, por tanto, directamente imputable a los veterinarios que, en nombre propio y bajo su particular responsabilidad profesional, prestasen sus servicios). Por ello, y aunque la denominación social utilizada podía ser tanto indicativa de una sociedad profesional como de una sociedad entre profesionales, la definición del objeto social y la especificación del tipo societario en la propia denominación social resultaban suficientes para impedir la confusión sobre la naturaleza, clase, tipo o forma de la sociedad de que se trataba. En otras palabras, según la DGRN no parece inducir a error sobre la existencia de una sociedad profesional la inclusión en la denominación social de la palabra «veterinarios», unida a la no inclusión de la sigla «P» (o del término «Profesional») en la mención relativa a la forma societaria.

Junta general

No hace falta legitimar la firma del socio poderdante para la eficacia de la representación (ni tampoco que se haga constar que la delegación comprende la totalidad de sus participaciones)

En el marco de un procedimiento de impugnación de los acuerdos de la junta de una sociedad limitada se discutió sobre si el presidente actuó correctamente al impedir la asistencia del representante de la socia minoritaria por no figurar legitimada la firma de la poderdante y por no expresarse en el poder que la delegación abarcaba todas las participaciones sociales de la referida socia.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona [15ª] de 8 de octubre de 2018 [Sentencia núm. 651/2018, ECLI:ES: APB:2018:9432] se pronunció sobre la posible relevancia de ambas circunstancias, entendiendo no ajustada a Derecho la decisión del presidente, lo que le llevó a estimar inválidos los acuerdos adoptados. Para alcanzar tal conclusión argumentó lo siguiente:

- 1) El artículo 183 LSC enuncia los requisitos formales que debe cumplir el poder conferido por el socio. Se trata de requisitos necesarios (no pueden ser objeto de disposición) relativos a la forma en que debe otorgarse la representación (con independencia de que se otorgue a otro socio, al cónyuge, ascendiente o descendiente o a otra persona diferente —que será un apoderado general con facultades para administrar todos los bienes del representado— u otra persona prevista en los estatutos de la sociedad). Las mencionadas exigencias se concretan en que el poder debe comprender la totalidad de las participaciones de que sea titular el socio representado y en que debe hacerse por escrito y ha de ser especial para cada junta, salvo que conste en documento público [STS 15 abril 2014, Sentencia núm. 191/2014 de 15 abril, ECLI:ES:TS:2014:1631].
- 2) A la vista del artículo 183 LSC puede concluirse que no caben poderes verbales y que no sería admisible una cláusula estatutaria que lo permitiese. Ahora bien, el poder escrito puede constar en documento público o en documento privado; y en este segundo caso, la Ley no exige la legitimación notarial de la firma por lo que, a falta de disposición estatutaria al respecto, no puede exigirse tal requisito para reconocer plena eficacia a la representación.
- 3) El artículo 183 LSC establece que la representación habrá de comprender la totalidad de las participaciones de las que sea titular el socio representado, pero no impone que en la representación se indique tal circunstancia ya que, precisamente, lo que no resulta admisible es que dicha representación se circunscriba a una o varias de las participaciones sociales de las que sea titular el representado (ello se debe a que la posición y condición de socio en una sociedad de responsabilidad limitada es única respecto de la indicada entidad).

Convocatoria de la junta mediante carta certificada: dos pronunciamientos de la Dirección General

En sus Resoluciones de 2 y 9 de enero de 2019 (publicadas ambas en el BOE núm. 31 de 5 de febrero), la DGRN ha insistido en su conocida doctrina acerca de que la previsión estatutaria sobre la forma de llevar a cabo la convocatoria de junta habrá de ser estrictamente observada, sin que quepa la posibilidad de acudir válida y eficazmente a cualquier otro sistema, goce de mayor o menor publicidad, incluido el legal supletorio (cfr., entre otras, RRDGRN 15 de octubre 1998, 15 junio y 21 septiembre 2015 y 25 abril 2016), de suerte que la forma que para la convocatoria hayan establecido los estatutos ha de prevalecer y resultará de necesaria observancia quienquiera que la haga (incluido por tanto el supuesto de convocatoria judicial o registral).

Pues bien, partiendo de esta idea la DGRN ha señalado lo siguiente:

- 1) Resolución de 9 de enero de 2019

Si los estatutos prevén que la convocatoria de la junta se realizará mediante «carta certificada con acuse de recibo, cuya remisión podrá hacerse notarialmente, o notificación notarial dirigida a cada uno de los socios» no será correcta la convocatoria efectuada mediante comunicación personal a todos y cada uno de los socios con entrega en mano de la misma y acuse de recibo suscrito por cada uno de ellos.

Debe observarse que el recurrente argumentó que, atendidas las circunstancias, no se había puesto en riesgo el ejercicio de los derechos individuales de los socios por lo que el defecto no debería impedir la inscripción de los acuerdos. Pero la DGRN estimó que había de tutelarse el interés de los socios en prever estatutariamente formas de convocatoria que no sólo permitan asegurar razonablemente la recepción del anuncio por el socio, sino que, adicionalmente, exijan determinados requisitos de fehaciencia de la comunicación de la convocatoria y de la recepción de la misma por los socios.

2) Resolución de 2 de enero de 2019

Cuando los estatutos prevén que la convocatoria de la junta se realizará mediante «correo certificado con acuse de recibo» es preciso que la comunicación se realice a través del operador designado para operar el servicio postal universal (en la actualidad, «Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima»: disp. adicional 1ª Ley 43/2010). No es admisible, por tanto, la realizada por otros operadores postales.

La razón aducida por la Dirección General estriba en que, con arreglo al artículo 22.4 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, únicamente el operador postal universal goza de la presunción de veracidad y de fehaciencia en la «distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones» (de órganos administrativos y judiciales, aunque también —según la Resolución comentada— de las que hayan de surtir efectos en la esfera notarial y registral). Y esta fehaciencia resultaría necesaria —en opinión de la Dirección General— para que, sin necesidad de pruebas complementarias, la declaración del notificador baste para tener por constatados el rechazo o la imposibilidad de una determinada comunicación.

Administradores

La retribución de los consejeros ejecutivos tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 (RDGRN de 31 de octubre de 2018)

La Resolución de la DGRN de 31 de octubre de 2018 (BOE núm. 280, de 20 de noviembre) ha declarado inscribible una cláusula estatutaria que distingue entre retribuciones a percibir por los consejeros por el desempeño de funciones de supervisión y decisión colegiada («en su condición de tales») y retribuciones a percibir por los «consejeros ejecutivos». En relación con éstos, la cláusula dispone la obligatoria suscripción de los contratos de administración que «deberán detallar todos los conceptos por los que el consejero pueda obtener una remuneración por el desempeño de sus funciones ejecutivas, incluyendo en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguros o de contribución a sistemas de ahorro».

Es una resolución importantísima por dos razones. En primer lugar, porque en algunos Registros se había llegado a la (errónea) conclusión de que la Sentencia del Tribunal Supremo 1ª de 26 de febrero de 2018 [Sentencia núm. 99/2018, ECLI:ES:TS:2018:639] impedía que los

estatutos distinguieran entre la retribución a percibir por unas y otras funciones, cosa que no dice esa Sentencia. Es posible por tanto establecer distintos conceptos para unas y otras funciones.

En segundo lugar, es importante porque, si bien se reconoce expresamente que los conceptos retributivos de los administradores ejecutivos deben constar en los estatutos (principio de reserva estatutaria), de la lectura de la cláusula cuya inscripción se ordena, se deduce que el Centro Directivo admite la posibilidad de que los estatutos remitan a los contratos la posibilidad de incluir o no («en su caso») unos u otros conceptos retributivos de entre los previstos estatutariamente (una suerte de «menú» que luego queda determinado por el contrato, con plena seguridad jurídica para todos).

En conclusión: (1) es ilícita la cláusula estatutaria que remite a los contratos, *sic et simpliciter*, la determinación de los conceptos retributivos, pero (2) es válida la cláusula que remite a los contratos el detalle de los conceptos retributivos a pagar «en su caso» de entre los previstos en los estatutos.

Es un avance. Se trata de una solución ponderada entre la que se deduce de la interpretación legal ofrecida por el Tribunal Supremo y de la que reclama la práctica, que se niega (con razón) a modificar los estatutos cada vez que se modifique la retribución de los consejeros ejecutivos. Los socios quedan suficientemente protegidos al dar su consentimiento a los conceptos retributivos a pagar a los ejecutivos y aprobar anualmente la retribución a percibir por el conjunto de los administradores. El consejo de administración será el responsable de seleccionar, de entre los previstos en los estatutos, los conceptos que se incluyen en los contratos.

La Dirección General y el contrato del artículo 249 LSC

En escritura de elevación a público de los acuerdos de nombramiento de consejero y delegación de facultades se hacía constar que se había aprobado debidamente el contrato a que se refiere el artículo 249 LSC. La Registradora Mercantil considera que: (1) la referencia a la firma del contrato hace presuponer que se trata de un cargo retribuido; (2) el pago de retribución resulta contradictorio con los estatutos sociales, en los que se dice que el cargo de administrador es gratuito. Se deniega por ello la inscripción tanto del nombramiento como de la delegación y se aconseja a la sociedad modificar los estatutos para establecer los conceptos retributivos que consten en el contrato en los términos de la Sentencia del Tribunal Supremo 1^ª de 26 de febrero de 2018.

La Dirección General, en su Resolución de 8 de noviembre de 2018 (BOE núm. 288, de 29 de noviembre) estima el recurso y ordena la inscripción del nombramiento y la delegación porque: (1) considera que la registradora no debió presuponer el carácter retribuido de las funciones ejecutivas por el hecho de haber suscrito el contrato de administración, ya que, a pesar de considerarse «accesorio» a la relación orgánica, dicho contrato hay que suscribirlo incluso cuando el cargo ejecutivo se desempeña de forma gratuita; y (2) no competiría a la registradora apreciar si el contenido del contrato, que según se expresaba en el acuerdo adoptado cumpliría con las exigencias establecidas en el artículo 249 LSC, contradice o no el carácter retribuido del cargo de administrador, toda vez que dicho contrato carece de publicidad alguna en el Registro Mercantil.

Se trata de una resolución que plantea nuevos problemas para la práctica mercantil. El Centro Directivo parece partir de la base de que en las certificaciones de acuerdos de delegación es necesario hacer constar que el contrato se ha aprobado conforme a los requisitos legales (mayoría cualificada, abstención del afectado), aunque los registradores no puedan calificar su contenido porque no hay publicidad del mismo. Sin embargo, no se puede decir que no se firma contrato por ser gratuito el cargo, porque el Centro Directivo afirma que el contrato es necesario también en ese caso y sólo excluye del alcance de la calificación el contenido del contrato. De este modo, se obliga a los operadores a suscribir contratos meramente formales (que pasan de ser «accesorios» a necesarios), lo que resulta absurdo y contrario a la finalidad de la ordenación legal que es regular la retribución de los ejecutivos.

Por último, por mucho que se resista la Dirección General, la doctrina jurisprudencial es clarísima: los conceptos retributivos de los ejecutivos sí deben constar en los estatutos. Y esa doctrina no va a cambiar (véase la STS de 20 de noviembre de 2018).

La retribución no prevista en estatutos pero aprobada unánimemente por los socios «vale» (STS 1ª de 20 de noviembre de 2018)

Los estatutos de una S.L. distinguen entre la retribución a percibir por el cargo de administrador (una cantidad fija anual a determinar por la junta general) y la retribución a percibir por la prestación de servicios como «Director» o «Gerente», que requerirá también acuerdo de la junta general y «*será fijada en función del trabajo que desarrolle y no en función de su carácter de Administrador, que es totalmente independiente*». Además, en una junta general universal se acordó por unanimidad reconocer que, en caso de extinción de esta última relación como Gerente por voluntad de la sociedad, el cesado tendría derecho a percibir una indemnización «*con independencia de la calificación*» que en su momento pudiera tener su relación con la sociedad.

Llegado el momento del cese ocurre esto: 1º) La sociedad se niega a pagar porque considera que la relación «laboral» en realidad no existe al ser absorbida por la mercantil propia del desempeño del cargo de administrador; 2º) El administrador demanda ante la jurisdicción social que se declare incompetente por ser la relación mercantil; 3º) Cuando acude a la jurisdicción civil (demandó ante los juzgados de lo mercantil, cuestión conflictiva) la demanda es rechazada por no estar prevista una indemnización por cese para el desempeño del cargo de administrador, sino sólo para esta otra relación como Gerente.

El Tribunal Supremo, en su sentencia (Sala de lo Civil) de 20 de noviembre de 2018 [Sentencia núm. 728/2018, ECLI: ES:TS:2018:4358] considera que (antes y después de la reforma de la LSC por la Ley 30/2014) hay subsunción: el administrador desarrolla funciones gerenciales como administrador, por lo que hay que entender que el acuerdo de la junta de socios que fijaba una indemnización por cese para el administrador en tanto que Gerente estaba fijando una retribución para el administrador social. Ahora bien, como ocurrió en la Sentencia de 25 de junio de 2013 [Sentencia núm. 411/2013, ECLI:ES:TS:2013:3609], al negarse a pagar, la sociedad «abusa de la formalidad» porque pretende ampararse indebidamente en la regulación que exige la constancia estatutaria

del sistema de retribución de los administradores (art. 217 LSC) para «desvincularse de forma anómala de las obligaciones personalmente asumidas como válidas» (en referencia al acuerdo de la junta general adoptado unánimemente por los socios en un caso en que «no han entrado en el capital social terceros ajenos al núcleo familiar y no impugnado»).

La cuestión es: ¿Qué habría pasado si la base societaria hubiera cambiado y hubiesen entrado terceros ajenos al núcleo familiar? Véase la Sentencia del Tribunal Supremo 1ª de 17 de diciembre de 2015 [Sentencia núm. 708/2015, ECLI:ES:TS:2015:5225] y la importancia de hacer una buena *due diligence* antes de vender la empresa.

Competencia desleal y prohibición de competencia de los administradores de sociedades de capital

- 1) El artículo 230 LSC establece una prohibición de competencia de los administradores de la sociedad. Según dicho precepto: «1. Los administradores no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad, mediante acuerdo de la Junta General, a cuyo efecto deberán realizar la comunicación prevista en el artículo anterior».

Se dispone, asimismo, que en la sociedad de responsabilidad limitada cualquier socio podrá solicitar del juez de lo mercantil del domicilio social el cese del administrador que haya infringido la prohibición anterior. Y en el caso de la sociedad anónima, a petición de cualquier accionista, la junta general resolverá sobre el cese de los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora.

- 2) Pues bien, la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) ha dictado dos sentencias recientes en las que pone de manifiesto la relación entre esta prohibición y la comisión de actos de competencia desleal.

Así, en la Sentencia 617/2018 de 26 de septiembre (ECLI: ES:APB:2018:8758), recordando lo afirmado en la anterior de 9 de diciembre de 2014 (ECLI: ES:APB:2014:11171) se declara que para la estimación de la acción de separación judicial del administrador, de conformidad con el artículo 230 LSC «no se requiere la acreditación de una conducta desleal de captación de clientela o de la comisión de actos desleales por desvío de las oportunidades de negocio a una empresa competidora, en definitiva de un perjuicio actual a la sociedad. Se trata de acreditar el supuesto de hecho que la norma tipifica y que se integra por las siguientes circunstancias de hecho: a) que el demandado sea administrador de una sociedad de responsabilidad limitada; b) que al mismo tiempo se “dedique” por cuenta propia o ajena (sin necesidad de ostentar el cargo de administrador) al “mismo, análogo o complementario género de actividad” que constituya el objeto social de la sociedad que administra; y c) que no haya sido autorizado a tales específicos efectos de forma expresa por la junta general».

- 3) Por otra parte, en la Sentencia núm. 647/2018 de 5 octubre, la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (ECLI:ES: APB:2018:9413) declara que «debe significarse que no cabe calificar de acto de competencia desleal del artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal per se el incumplimiento de la prohibición de competencia o del deber de lealtad del administrador que disciplina la Ley de Sociedades de Capital».

Cuentas anuales

Contestación a consulta del ICAC sobre cuestiones relacionadas con el estado de información no financiera

El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) se pronuncia sobre determinadas cuestiones en relación con las entidades obligadas a elaborar el estado de información no financiera y sobre la obligación de verificar dicho estado de información, como consecuencia de la reforma introducida por la Ley 11/2018. Se resumen a continuación las conclusiones del ICAC.

1. *Filiales*

La mención de las sociedades filiales en la nueva redacción del artículo 49.5 del Código de Comercio debe entenderse referida a todas las sociedades dependientes, con independencia del país donde esté radicado el domicilio social de éstas.

2. *Dispensa*

La dispensa de presentar el estado de información no financiera individual se refiere a todas las sociedades dependientes de un grupo que cumplan los requisitos previstos en el artículo 262.5 LSC, ya que la ley no distingue ni limita su aplicación por razón de territorio.

Para alcanzar dicha afirmación, el ICAC analiza la dispensa desde los tres escenarios indicados a continuación:

a) Que la sociedad dominante esté domiciliada en España:

En este caso, para que la entidad dependiente pueda hacer uso de la dispensa, es necesario lo siguiente:

- i) Que la información no financiera esté incluida en el informe de gestión consolidado de otra empresa, o en un estado separado, elaborado conforme al contenido establecido en el artículo 49.6 y 7 del Código de Comercio, por remisión del artículo 262.5 LSC.

- ii) Que en dicho informe de gestión o estado separado se incluya una referencia a la identidad de la sociedad dominante y al Registro Mercantil en el que debe quedar depositado el citado documento.
- b) Que la sociedad dominante esté domiciliada en otro Estado miembro de la Unión Europea:

Para que sea aplicable la dispensa, el ICAC parece exigir:

- i) Que el estado de información no financiera consolidado de la sociedad dominante domiciliada en otro Estado miembro de la Unión Europea cumpla los requisitos de información exigidos en ese Estado miembro en los estrictos términos regulados en ese país, en trasposición de la Directiva 2014/95/UE.
 - ii) En el supuesto de que la información adicional exigida en el artículo 49.6 del Código de Comercio en comparación con la requerida en los artículos 19.bis.1 y 29.bis.1 de la Directiva 2014/95/UE no se proporcionase de forma voluntaria en el estado de información no financiera consolidado, la sociedad española vendrá obligada a elaborar en España un estado de información no financiera individual o consolidado, según proceda, en el que se incluya la información complementaria exigida en el artículo 49.6 del Código de Comercio, limitándose en tal caso la dispensa a incorporar la información no financiera estrictamente requerida por los artículos 19.bis.1 y 29.bis.1 de la Directiva 2014/95/UE.
- c) Que la sociedad dominante esté domiciliada en un tercer país:

Nada impide que la dispensa pudiera ser aplicada por una sociedad española controlada por una sociedad dominante radicada en un Estado que no sea miembro de la Unión Europea, siempre que sea publicada por ésta la información no financiera estrictamente requerida por los artículos 19.bis.1 y 29.bis.1 de la Directiva 2014/95/UE, y en los términos señalados en el apartado b anterior.

3. Subgrupo

Una sociedad española que sea dependiente de una dominante y, al mismo tiempo, sea dominante de un subgrupo, estará dispensada de elaborar el estado de información no financiera consolidado, con independencia del domicilio de la sociedad dominante que elabora el estado de información no financiera consolidado, en los mismos términos y por las mismas razones que las que expone el ICAC en su contestación 2 anterior.

En todo caso, el ICAC recuerda que, si el grupo español estuviese dispensado de formular cuentas consolidadas por cualquiera de los motivos de dispensa regulados en el Código de Comercio, la obligación de elaborar el estado de información no financiera consolidado decae, porque

la exigencia de este requerimiento informativo, a nivel consolidado, se vincula a la previa formulación de cuentas anuales consolidadas.

4. Verificación individual

Las sociedades individuales a las que se refiere el artículo 262.5 LSC están también obligadas a la verificación prevista en el artículo 49.6 del Código de Comercio.

Disolución/liquidación

Extinción societaria de sociedad insolvente

La RDGRN de 19 de diciembre de 2018 (BOE núm. 24, de 28 de enero) se pronuncia de nuevo sobre la extinción registral de sociedades sin patrimonio. En esta ocasión se admite la inscripción de una escritura de disolución y liquidación de una sociedad de responsabilidad limitada en la que el liquidador declaró que la sociedad carecía de activos y de acreedores, de conformidad con el balance aprobado unánimemente por los socios.

Según el Registrador, esa manifestación (y el balance) resultaba contradictoria con la inscripción en el Registro Mercantil de la insolvencia de la sociedad decretada por un Juzgado de lo Social, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 267.5 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. A juicio del Registrador, si el Juzgado había declarado insolvente a la sociedad, es porque había un acreedor o varios (el trabajador o los trabajadores) que no habían podido cobrar sus créditos y, por tanto, persistían acreedores impagados. En consecuencia, acuerda denegar la inscripción.

La Dirección General revoca dicha decisión porque entiende que la declaración de insolvencia realizada en el contexto de una ejecución en el ámbito jurisdiccional social tiene por finalidad provocar el pago por el Fondo de Garantía Salarial de las cantidades debidas a los trabajadores, por lo que este organismo habría asumido los créditos, pero no habría acreedores pendientes de pago. Por otro lado, concluye la Resolución, si no existe activo patrimonial no tiene sentido la declaración de concurso. Nada impide que en estas condiciones se haga constar la extinción de la sociedad en el Registro Mercantil porque la cancelación registral de las sociedades «no perjudica a los acreedores» (en plural). Estos pueden ejercer las acciones rescisorias del Derecho Común o promover la acción individual contra administradores y liquidadores si se han visto perjudicados por una indebida liquidación patrimonial.

Conviene destacar que, como en las resoluciones de 13 de abril de 2000, 29 de abril de 2011 y 1 de agosto de 2016, se trata de un caso en el que no hay acreedores o sólo hay uno (el FOGASA por subrogación). Los razonamientos que se emplean, sin embargo, incitan a pensar que lo importante para la Dirección General no es que haya un acreedor o varios, sino que la sociedad

no tenga activos: (1) «si no existe activo patrimonial carece de sentido la declaración de concurso» y (2) «el hecho de que la sociedad se encuentre vacía de patrimonio no impide que se pueda hacer constar en el Registro Mercantil la extinción de la sociedad». Si esto llega a admitirse, el denominado «concurso express» (admisión y archivo simultáneo de la solicitud de concurso por insuficiencia de masa) acabará por sustituirse por una suerte de extinción registral por falta de activos que liquidar, sin control judicial y con independencia de que los acreedores insatisfechos sean uno o varios.

Sociedades cotizadas

Guía técnica de la CNMV sobre comisiones de nombramientos y retribuciones

La Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) hizo pública, el pasado 20 de noviembre de 2018, una propuesta de Guía Técnica sobre Comisiones de Nombramientos y Retribuciones, iniciando a los efectos un periodo de consulta pública que concluyó el 20 de diciembre del año pasado.

Tal y como se indicaba en la consulta publicada por la CNMV, todos los comentarios que se recibieran serían publicados una vez concluido el referido periodo de consulta. No obstante, a la fecha de la presente reseña, ni estos comentarios, ni el texto definitivo de la Guía, han sido publicados aun por parte de la CNMV.

El objetivo Guía Técnica sobre Comisiones de Nombramientos y Retribuciones, de ser finalmente aprobado por la CNMV, sería ofrecer una serie de principios y recomendaciones de buenas prácticas para las comisiones de nombramientos y retribuciones (CNR), así como criterios sobre la manera en que estas comisiones pueden mejorar la gestión del talento en la empresa y el desempeño de sus funciones.

Los principios básicos que inspirarían la actuación de la CNR, según lo publicado por la CNMV, serían los siguientes:

- Independencia y escepticismo;
- diálogo constructivo que promueva la libre expresión de sus miembros;
- diálogo interno; y
- capacidad de análisis suficiente con posibilidad de utilización de expertos. La CNR debe contar con un presupuesto propio que la dote de autonomía y debe prestar especial atención a los posibles conflictos de interés que pudieran afectar a los asesores externos que contrate.

Detallamos a continuación las principales buenas prácticas recomendadas por la CNMV en la propuesta de Guía Técnica sobre Comisiones de Nombramientos. Téngase en cuenta que

la propia propuesta de Guía destaca la necesidad de que los emisores adapten los principios y recomendaciones a sus particulares circunstancias y características, en función de su tamaño, complejidad y sectores en los que se opere.

En relación a la propia CNR:

- Se recomienda la existencia de dos comisiones separadas, una de nombramientos y otra de retribuciones, si bien solamente en relación con las entidades de mayor capitalización (IBEX 35) y, en general, con aquellas sociedades cotizadas cuya organización y actividades, sus procesos de selección de consejeros y altos directivos o su sistema retributivo revistan cierto nivel de complejidad.
- Se considera apropiado que la CNR desempeñe también ciertas funciones, no solo con respecto a los miembros del consejo de administración, sino también en relación con su secretario y con los miembros de la alta dirección de la sociedad.
- La composición de la CNR debe ser diversa, teniendo en cuenta, como se ha dicho, el principio de proporcionalidad, en lo relativo a género, experiencia profesional, competencias y conocimientos sectoriales y, tratándose de entidades con un nivel relevante de internacionalización, atendiendo a su experiencia internacional o procedencia geográfica.
- En entidades que tengan un accionista de control, se considera recomendable que la CNR cuente con una mayoría de consejeros independientes. De haber consejeros dominicales entre los miembros de la CNR, se recomienda que sean preferiblemente «microdominicales», es decir, consejeros ajenos al control y sin influencia significativa sobre la gestión.
- Se ha de valorar la utilidad de contar con un reglamento específico de la CNR.
- Se considera aconsejable que la CNR se reúna con cierta frecuencia, al menos cuatro veces al año, y que se reúna con antelación suficiente a las reuniones del consejo.

En relación a la designación de candidatos:

Se considera una buena práctica la elaboración de una matriz con las competencias necesarias del consejo que ayude a la CNR a definir las funciones que deben corresponder a cada puesto a cubrir.

- Se recomienda externalizar la búsqueda de candidatos, en particular en sociedades de gran tamaño o actividad compleja. Para ello se debe dotar a la CNR de un presupuesto anual.
- Se recomienda que cualquier consejero pueda aportar nombres de posibles candidatos. No obstante, cuando los candidatos hayan sido presentados para su valoración por la CNR por accionistas significativos, consejeros dominicales, consejeros ejecutivos, la CNR debe extremar las cautelas.

- Se recomienda que cualquier propuesta de separación de consejeros independientes que el consejo vaya a someter a la Junta haya partido necesariamente de la propia CNR, una vez valorada la concurrencia de causa justificada para ello.
- Se aconseja la existencia de planes de sucesión y que estos se revisen periódicamente para adaptarlos a las nuevas necesidades y circunstancias que puedan surgir.
- Se aconseja que exista un plan de carrera para aquellos directivos que sean identificados como candidatos para cubrir puestos de alta dirección y definir las funciones, características y perfiles de los cargos de presidente, primer ejecutivo y miembros de la alta dirección.

En relación a la evaluación del Consejo y sus comisiones:

- Aunque la Ley establece que es el consejo de administración quien debe evaluar anualmente su propio funcionamiento y el de sus comisiones, se considera una buena práctica que sea la CNR, con involucración, en su caso, del consejero coordinador, la que tome el liderazgo en relación con esta labor.
- Se aconseja que el presidente de la CNR discuta con cada consejero el resultado de su evaluación personal y, en su caso, las medidas a adoptar para mejorar el desempeño.

Otras funciones:

- El presidente de la CNR debería informar en la Junta General sobre las actividades de la comisión durante el ejercicio y responder las consultas que, en su caso, formulen los accionistas sobre materias objeto de su competencia.
- Se recomienda que, en aquellos casos en que haya un cese debido a la renuncia de un consejero, la CNR establezca un diálogo con dicho consejero para conocer las razones que han llevado a su cese, ya sean personales —salud, compromisos familiares, exceso de trabajo, etc.— o de otra naturaleza, por ejemplo, derivado de discrepancias. La CNR deberá velar por que el consejo de administración dé publicidad a las razones y circunstancias del cese, incluyendo una explicación de los motivos del cese en el Informe Anual de Gobierno Corporativo.



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

Estibaliz Aranburu

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

Fernando Igartua

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

Alfonso Areitio

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

Fernando de las Cuevas

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

David González

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

Mónica Weimann

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

Íñigo Erlaiz

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

Daniel Marín

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

Francisco Fita

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

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