

Cuestiones a propósito del sistema de la fecha de registro (artículo 179.3 LSC) y la legitimación del accionista en la junta general

Reyes Palá Laguna

Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad de Zaragoza
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

Se propone el reconocimiento de autonomía estatutaria a la cotizada para enervar el sistema de la fecha de registro o reducir el plazo de 5 días previsto en el artículo 179.3 LSC en materia de legitimación del accionista para asistir y votar en la junta general.

1. Introducción

Con motivo de la actual reforma de la Ley de sociedades de capital, obligada por la necesaria adaptación de nuestro derecho a la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas de sociedades cotizadas, el legislador debiera plantearse modificar asimismo el art. 179.3 de dicha ley, en la medida en la que este precepto, que procede de la Ley de sociedades anónimas de 1951, no atiende al actual estado de la técnica que permite conocer la identidad de los accionistas legitimados para asistir a la junta general en un plazo menor de 5 días a aquel en que haya de celebrarse la junta general (*record date*). En virtud de lo dispuesto en el artículo 179.3 («derecho de

Advertencia legal: Este análisis 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.

asistencia»), «En la sociedad anónima los estatutos podrán condicionar el derecho de asistencia a la junta general a la legitimación anticipada del accionista, pero en ningún caso podrán impedir el ejercicio de tal derecho a los titulares de acciones nominativas y de acciones representadas por medio de anotaciones en cuenta que las tengan inscritas en sus respectivos registros con cinco días de antelación a aquel en que haya de celebrarse la junta (...)».

Si bien la justificación del sistema de la fecha de registro o *record date* para las acciones al portador se relaciona tradicionalmente con la *affectio societatis* (Marín de la Bárcena, 2017), la informatización de la transmisión de las acciones representadas por anotaciones en cuenta permite conocer en un plazo menor a 5 días la identidad del socio. O del intermediario financiero que figura como titular formal en los registros de valores anotados que mantiene el depositario central de valores, lo que evitaría además situaciones en las que el titular formal de las acciones no se corresponde con el beneficiario último, por haber sido transmitidas éstas con posterioridad a la fecha de registro, esto es, en los cinco días anteriores a la celebración de la junta.

No debe olvidarse que la Directiva 2007/36/CE, de 11 de julio, permite a los Estados miembros establecer un sistema de legitimación del accionista distinto del de la fecha de registro: el artículo 7.2 de la Directiva de 2007, tras referirse a este sistema («Los Estados miembros dispondrán que el derecho del accionista a participar en una junta general y a ejercer el derecho de voto correspondiente a sus acciones se establezca con respecto a las acciones que obren en poder de dicho accionista en una determinada fecha antes de la junta general [“la fecha de registro”]»), prevé a continuación que «[l]os Estados miembros no tendrán que aplicar lo dispuesto en el párrafo anterior a las sociedades que puedan determinar el nombre y la dirección de sus accionistas a partir de un registro de accionistas actualizado el día de la junta general»

Algunas sociedades cotizadas que integran el índice IBEX 35 recogen en sus Reglamentos de funcionamiento de la junta general el reconocimiento de legitimación al accionista con posterioridad a la fecha de registro a la que se refiere el artículo 179.3 (5 días de antelación a la celebración de la junta), con cláusulas que otorgan el derecho de asistencia a los titulares de acciones inscritas a su nombre en el registro de anotaciones en cuenta con cinco días de antelación a aquel en que haya de celebrarse la Junta General de Accionistas, «que además mantengan la titularidad de las mismas hasta la celebración de la Junta General» (Inditex; v. asimismo el art. 11 del Reglamento de la junta de Acciona).

El reconocimiento de un mecanismo alternativo al previsto en el 179.3, o la enervación de la prohibición de que en ningún caso es posible impedir el derecho de asistencia a la junta (y por consiguiente, el ejercicio del derecho de voto) a quienes figuren como titulares en el registro de valores anotados con cinco días de antelación al de la celebración de la junta, solucionaría el problema que se plantea cuando se transmiten las acciones con posterioridad a la fecha de referencia recogida en el art. 179.3 (transmisiones *post-record date*) si el nuevo accionista

o aquel que incrementa su porcentaje accionarial quisiera ejercer los derechos de voto que, como socio, le corresponden, y no el titular anterior de esas acciones que es quien figura en los registros contables con cinco días de antelación al de la celebración de la junta y quien está formalmente legitimado para asistir a la junta general.

2. La legitimación del accionista y la directiva de 2007

El sistema de la fecha de registro o *record date* es originario de Estados Unidos y Gran Bretaña y el seguido por los países miembros de la Unión Europea, si bien los plazos varían de un Estado a otro. En Francia e Italia, la fecha de registro se refiere a 2 días laborables antes de la celebración de la junta. En el Derecho británico, la *record date* no puede ser superior, respecto del registro de los titulares de derechos de voto, al plazo de 48 horas o al inferior que se determine estatutariamente respecto a la fecha de celebración de la junta, excluidos los días festivos.

La Directiva de 2007 adopta una solución de compromiso teniendo presente, en los casos de voto transfronterizo, la cadena de intermediarios financieros que actúan como mandatarios del titular real o beneficiario último de las acciones y la necesidad de que la lista de socios legitimados para asistir a la junta deba cerrarse en un momento anterior a su celebración. Pero si existe la posibilidad de conocer en tiempo real ese listado, debiera permitirse esa posibilidad. Y es aquí donde se relacionan la legitimación del accionista para asistir a la junta general, los avances tecnológicos y el derecho de la sociedad cotizada a conocer la identidad de sus socios (artículo 497 LSC), cuestión esta última detallada en la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, cuyo plazo de transposición terminó el pasado 19 de junio y respecto a la cual, el Reglamento de ejecución (UE) 2018/1212, de la Comisión, de 3 de septiembre de 2018, establece unos requisitos mínimos de ejecución en lo relativo a la identificación de los accionistas, la transmisión de información y la facilitación del ejercicio de los derechos de los accionistas, Reglamento de ejecución que será directamente aplicable desde el 3 de septiembre de 2020.

Si bien el sistema de la fecha de registro está consolidado en nuestro derecho societario y pretende facilitar la legitimación del socio para asistir y en su caso votar en las juntas generales de la sociedad, de forma que no se le puede impedir el ejercicio del derecho de asistencia a aquellos que aparezcan inscritos en el registro contable de valores anotados «con cinco días de antelación a aquel en que haya de celebrarse la junta», ello no puede significar que la *record date* actúe como límite infranqueable en aquellos casos en los que la sociedad puede conocer la identidad real de sus socios a través del registro contable de acciones (artículo 497 LSC y artículo 23 del Real Decreto 878/2015) que lleva el depositario central de valores, identidad que puede no coincidir en todo caso con los titulares inscritos en la fecha de registro. Los datos identificativos del nuevo titular constan tras la compensación y liquidación de la transmisión en los registros del depositario central en un plazo máximo de dos días a

contar desde el de la ejecución de la orden en el mercado bursátil, con lo que pueden surgir nuevos accionistas o incrementarse el número de acciones detenidas por un determinado socio en el plazo que media entre los cinco días anteriores a la celebración de la junta y el inicio de la junta general.

Se recoge expresamente en el Reglamento de la Sociedad de Sistemas (Iberclear, artículo 26.2), la posibilidad de que las cotizadas soliciten a Iberclear la identidad de sus socios. Si bien nuestro derecho va a incorporar los últimos avances en materia del derecho de la sociedad a conocer la identidad de sus accionistas, no sucede lo mismo con un sistema más certero de legitimación del accionista a efectos de asistencia a las juntas generales. Puede entonces contar la cotizada con dos listados de accionistas: el que trae causa del art. 179.3 LSC elaborado con cinco días de antelación a aquel en el que haya de celebrarse la junta, y, que muy probablemente no va a estar actualizado, y el que la sociedad haya recabado de Iberclear con posterioridad a la *record date* que reflejará una lista de los socios más cercana a la realidad, si se han producido ulteriores transmisiones de acciones.

3. La excepción legal al artículo 179.3 LSC

El legislador financiero, para el caso concreto de las entidades de crédito y empresas de servicios de inversión que se encuentren en algunas de las situaciones previstas en la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito (disposición adicional décima LSC introducida por la referida Ley 11/2015 y que no va a ser objeto de alteración a la vista del Anteproyecto de Ley de 24 de mayo de 2019), permite a estas entidades modificar sus estatutos indicando que la junta general en la que se decida sobre una ampliación de capital sea convocada en un plazo inferior al establecido en el artículo 176 LSC, siempre y cuando dicha junta no se celebre en un plazo inferior a diez días a partir de la convocatoria y la ampliación de capital sea necesaria para evitar las condiciones de resolución establecidas en los artículos 19 a 21 de la Ley 11/2015. Pues bien: en este caso no se aplicarán los plazos previstos en el art. 179.3 LSC. De lo que se trata es de agilizar la celebración de la junta general y evitar posibles acciones de impugnación por incumplimiento del plazo mínimo que concede la norma a efectos de la legitimación anticipada del socio de la entidad en dificultades financieras que pretende acogerse a la situación de actuación temprana prevista en los arts. 8 y ss. de la Ley 11/2015.

4. El reconocimiento del derecho de asistencia a la junta al titular de acciones adquiridas con posterioridad a la fecha de registro

Expuestas las consideraciones anteriores, pueden plantearse varias hipótesis respecto a la posible legitimación del socio para asistir a la junta *post record date*. Un primer supuesto, sería aquel en el que el Presidente de la Junta admite la legitimación del socio que ha adquirido las acciones con la constancia de que el titular anterior no va a asistir a la junta general: será el nuevo adquirente (que aparecerá como tal en los registros de valores anotados, si bien

con posterioridad a la *record date*) quien asistirá a la junta (téngase en cuenta al respecto el artículo 102.2.1, 2.º y 3.º del Reglamento del Registro mercantil y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado respecto a las competencias del presidente de la junta, recogida, entre otras muchas, en la Resolución de 3 de abril de 2017 publicada en el BOE del 19 de abril].

Sobre este tema, si bien para sociedades no cotizadas, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos núm. 94/2006, de 17 de marzo, analiza la validez de un artículo de los estatutos de una sociedad anónima cuyas acciones eran nominativas y representadas mediante título. El referido artículo estatutario disponía: «Podrán asistir a la Junta, en todo caso, los titulares de acciones de las que tuvieren inscritas en el libro Registro de acciones, con cinco días de antelación a aquél en que se haya de celebrar la Junta, y los titulares de acciones que acrediten mediante documento público, su regular adquisición de quien en el libro de registro aparezca como titular. Con dicha acreditación se entenderá solicitada a los administradores la inscripción en el libro registro». Afirma la Audiencia en el fundamento de derecho primero de la sentencia que «Igualmente, debe de considerarse que no se trata de un precepto estatutario contrario el art. 104 LSA [vigente 179.3 LSC], pues en este supuesto que nos ocupa no se restringe el derecho de acceso a la junta a los nuevos socios, sino que, por el contrario, se amplía tal posibilidad, pues se entiende realizada la petición de inscripción en el libro-registro por el mero hecho de acreditar la adquisición sin plazo previo a la junta, y sin que se afecte a la estabilidad societaria, o a los derechos de socios, o de los terceros, ya que los adquirentes eran hijos y traían causa de un titular inscrito en el libro-registro de accionistas». La Audiencia considera que el Presidente de la Junta no interpretó correctamente la referida norma estatutaria al privar a los nuevos socios de la sociedad familiar de su derecho de participación social y declara por ello la nulidad de la junta impugnada, revocando la sentencia de instancia.

Aunque esta sentencia se refiere accionistas de una sociedad no cotizada, bien podría aplicarse el razonamiento a las acciones representadas mediante anotaciones en cuenta, desde el momento en el que la sociedad puede recibir de Iberclear, si así lo solicita, un listado actualizado de socios con posterioridad a la fecha de registro contemplada en el art. 179.3 LSC (artículos 497 LSC y 23.2 RD 878/2015).

Una segunda hipótesis es aquella en la que el Presidente de la junta niega la legitimación al nuevo socio *post record date* pese a ser el titular de las acciones que aparece como tal en los registros de valores anotados. Ante el silencio estatutario de la mayoría de las cotizadas que integran el Ibex 35, el rechazo del Presidente de la junta encontraría su base legal en el art. 179.3 LSC. El socio, en la práctica, acudirá a la delegación de voto que le realizará el transmitente, o bien respetará el deseo de éste de acudir a la junta general en los términos que acuerden (lo que podría dar lugar a situaciones asimilables a la venta de votos, prohibida en nuestro derecho). Si bien razones organizativas respecto al ejercicio del derecho de asistencia y voto en la junta general justifican el sistema de la *record date* (que en la mayoría

de los países de nuestro entorno ha quedado reducido a los dos días anteriores a aquel en el que se ha de celebrar la junta general), al impedirse por la Directiva 2007/36/CE, el bloqueo de las acciones, la divergencia entre la titularidad real (beneficiario último) y la formal (ejercicio del derecho de voto) puede ser significativa en las sociedades cotizadas.

De ahí la conveniencia de que sea en los estatutos de la cotizada y en el Reglamento de la junta en donde se regule el sistema de legitimación del socio en la junta general, estableciéndose, al amparo de la autonomía de la voluntad (artículo 28 LSC) el reconocimiento del derecho de asistencia a aquellos socios que figuren en la lista de accionistas que remite Iberclear a la cotizada incluso el mismo día de la celebración de la junta. El legislador debiera incorporar expresamente al derecho societario español la previsión del art. 7.2 de la Directiva 2007/36/CE y permitir a la cotizada la reducción del plazo de cinco días o incluso la supresión del sistema de la fecha de registro.