G A _ P

Gómez-Acebo & Pombo

N.º 14 | 2019

Boletín de Sociedades

Sección elaborada por el Área Mercantil de GA_P

Sumario

Análisis **4**

— Cuestiones a propósito del sistema de la fecha de registro (artículo 179.3 LSC) y la legitimación del accionista en la junta general 4

— Segregación de matriz a favor de sociedad filial íntegramente participada de forma directa e indirecta 9

Práctica Societaria **13**

Estatutos 13

— Valen las cláusulas estatutarias sobre suspensión del derecho de voto en la sociedad limitada (RDGRN de 23 de mayo de 2019) 13

— Ejercicio del derecho de adquisición preferente en caso de transmisión forzosa de participaciones sociales por su valor contable 14

▸ Junta general 15

— No cabe atribuir poder para subsanar la certificación de acuerdos sociales a quien carece de facultades certificantes 15

▸ Administradores 16

— Retribución desproporcionada y deberes de fidelidad entre socios *(SAP Barcelona de 17 de abril de 2019)* 16

— La responsabilidad solidaria de los administradores prevista en el artículo 367 LSC requiere la efectiva existencia de una causa legal de disolución de la sociedad 17

▸ Cuentas anuales 18

— Consulta al ICAC sobre la presentación de cuentas anuales abreviadas por las filiales de un grupo cuya matriz no ha depositado las cuentas anuales consolidadas en el Registro Mercantil 18

G A _ P

- Separación y exclusión de socios. 19

  — El derecho de separación del artículo 348 bis LSC opera con independencia del ejercicio sobre el que se pretendan aprobar las cuentas 19

- Disolución y liquidación 20

  — La solicitud de convocatoria de junta no constituye presupuesto necesario para solicitar la disolución judicial de la sociedad por paralización de los órganos sociales 20

- Modificaciones estructurales 21

  — En el caso de «fusión inversa» es preciso el acuerdo de la junta de la sociedad absorbida 21

  — Los óbiter dicta de la RDGRN de 1 de marzo de 2019 22

- Tendencias regulatorias 23

  — Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades. 23

© 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

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

1. Introducción

Con motivo de la actual reforma de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), 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 artículo 179.3 de la LSC, 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 cinco 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 asistencia»), «[e]n 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 cinco 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 (cinco 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 artículo 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 artículo 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 dos 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 cuarenta y ocho 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 (art. 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. Este Reglamento de ejecución 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 (art. 497 LSC y art. 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 detentadas 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 artículo 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 artículo 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 artículos 8 y siguientes 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 art. 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 (DGRN) respecto a las competencias del presidente de la junta, recogida, entre otras muchas, en la Resolución de 3 de abril de 2017 (BOE núm. 93, de 19 de abril).

Sobre este tema, si bien para sociedades no cotizadas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 17 de marzo, núm. 94/2006, ECLI: ES:APBU:2006:233, 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 lo siguiente: «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 «[i]gualmente, debe de considerarse que no se trata de un precepto estatutario contrario al artículo 104 de la Ley de Sociedades Anónimas [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 a 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 artículo 179.3 LSC (arts. 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 artículo 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 funcionamiento 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 (art. 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 artículo 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.

Segregación de matriz a favor de sociedad filial íntegramente participada de forma directa e indirecta

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

1. Supuesto de hecho y régimen jurídico - legal

Se plantea la cuestión de si la transmisión en bloque y por sucesión universal de una unidad económica a favor de una sociedad íntegramente participada de forma directa e indirecta (segregación de matriz a filial) requiere acuerdo de la junta general de la sociedad matriz.

La operación de segregación se rige por las normas aplicables a la escisión integradas por las aplicables a la fusión, teniendo en cuenta que las referencias legales a la sociedad *absorbente* o *resultante* de la fusión equivalen a referencias a la *beneficiaria* de la escisión (arts. 68,1 3º, 72 y 73 Ley de Modificaciones Estructurales, en adelante LME).

Dado que se trata de la segregación de una sociedad matriz a favor de su filial íntegramente participada (de forma directa e indirecta), resultan de aplicación las normas sobre fusiones *intragrupo* o (fusiones) *especiales* de los artículos 49 a 52 LME. En particular, se trata de una segregación «inversa» del artículo 52.1 LME que remite a lo dispuesto en el artículo 49.1 LME «en la medida que proceda». A su vez, como recuerda la RDGRN de 1 de marzo de 2019 (BOE núm. 75, de 28 de marzo), la aplicación e interpretación del artículo 49.1 LME debe realizarse de modo que el resultado alcanzado sea conforme al régimen general de Derecho de sociedades.

2. Régimen aplicable a las fusiones especiales

La regulación prevista en los artículos 49 a 52 LME para las denominadas fusiones *intragrupo* responde a la especial situación en la que se encuentran los socios que pertenecen a grupos de

sociedades cuando se dan supuestos de participación (directa o indirecta) en la totalidad del capital social de las sociedades implicadas en la modificación estructural. La norma principal es el propio artículo 49, que en un caso de absorción matriz–filial íntegramente participada, exime de celebración de la junta general de la sociedad filial absorbida (contra lo dispuesto como regla general en el artículo 160 g) LSC), ya que el consentimiento de esa sociedad está expresado suficientemente por sus administradores al suscribir el proyecto.

La exención legal no aplica a la junta general de la sociedad matriz absorbente, que debe intervenir necesariamente (art. 160 f) LSC, art. 40 LME) porque esta sociedad asumirá mediante sucesión universal los riesgos económicos (y en particular las deudas) de la actividad de la sociedad filial absorbida que se extingue. La asunción de estos riesgos es propia de una auténtica operación de reestructuración societaria y no de una mera reorganización patrimonial. Por esta razón, a pesar de que no haya integración societaria ni canje de acciones, deberá pronunciarse la junta general de la sociedad matriz absorbente. La excepción está prevista en el artículo 51 LME (participación superior al 90%): si los socios de la sociedad matriz no lo desean y con la publicidad necesaria, se podría evitar incluso ese acuerdo.

En el caso de la fusión «inversa» (filial íntegramente participada absorbe matriz), se aplicarán esas reglas especiales «en la medida que proceda» (art. 52 LME) y la RDGRN de 1 de marzo de 2019 (BOE núm. 75, de 28 de marzo), de modo que el resultado sea conforme al régimen general de Derecho de sociedades. La exención a que se refiere el apartado 4º del artículo 49.1 LME debe entenderse referida al acuerdo de la junta general de la sociedad *absorbente* (filial) y no de la *absorbida* (matriz). El consentimiento de la sociedad filial ya se habrá ofrecido por los administradores al suscribir el proyecto. Sin embargo, es necesario que los socios de la matriz se pronuncien porque son los socios de la matriz quienes resultan afectados al extinguirse la sociedad a la que pertenecen y serles atribuidas acciones o participaciones de la sociedad absorbente–filial con la consiguiente asunción in*directa* de los riesgos derivados de la actividad desarrollada por la filial en la que se integran.

3. Régimen aplicable a las escisiones especiales

La aplicación de ese régimen simplificado de modificación estructural a la escisión (total o parcial) entre sociedades íntegramente participadas, en lo que se refiere a la necesaria intervención de las juntas generales, requiere identificar qué grupo de socios asumirá los riesgos intrínsecos a la actividad inherente a la unidad económica y, en su caso, resultan afectados mediante la atribución de acciones o participaciones de la sociedad beneficiaria.

En un caso de escisión de filial (absorbida) en beneficio de su matriz (absorbente) que la participa de forma íntegra (art. 49 LME), no será posible el aumento de capital de la sociedad absorbente (matriz beneficiaria) que no puede asumir autocartera (apartado 3º del artículo 49 LME) ni tampoco necesario el acuerdo de la junta general de la escindida (absorbida) íntegramente participada, que ya consiente al aprobar el proyecto (apartado 4º del artículo 49 LME). El acuerdo de la junta general de la sociedad matriz (absorbente-beneficia-

ria) sí será necesario en la medida en que recibe la unidad económica con sus activos, pero también con su nueva deuda y riesgos derivados de la sucesión universal. Se altera de este modo la posición jurídica del socio en relación con la empresa social y ello requiere un acuerdo de junta general (art. 160 d) LSC y art. 40 LME). Sólo se podrá prescindir de ese acuerdo si los socios lo aceptan tácitamente en las condiciones del artículo 51 LME.

En el caso de escisión de matriz en beneficio de su filial íntegramente participada (art. 52 LME), se aplicará también el artículo 49.1 LME: no será necesario aumento de capital de la filial beneficiaria–absorbente ni por tanto se producirá canje ni atribución de acciones o participaciones de sociedades ya constituidas (apartado 3º). La aplicación del artículo 49 en este caso debe ser también directa o *literal*: no es necesario el acuerdo de la junta general de la sociedad matriz absorbida–escindida porque la beneficiaria de la unidad económica que asumirá sus riesgos (contabilizados o no) es la filial cuyo consentimiento ya ha sido expresado por los administradores de la matriz en funciones de socio único. El resultado es conforme al derecho de sociedades: no existe en este caso una *reestructuración societaria* (los socios de la matriz ni reciben acciones o participaciones de la filial ni asumen nuevos riesgos de la actividad de su filial, sino al revés). Es una mera operación de *reorganización patrimonial* sujeta a las reglas generales sobre disposición de activos esenciales (art. 160 f) LSC).

4. La segregación intragrupo

La peculiaridad de la segregación como modalidad de escisión (art. 72 LME) es que la posición jurídica de los socios de la sociedad escindida (segregada) no resulta tampoco afectada, ya que las acciones o participaciones que se entregan en contraprestación a la atribución patrimonial son recibidas por la propia sociedad segregada y no por sus socios.

La segregación de filial en beneficio de su matriz íntegramente participada (art. 49) no permite aumento de capital de la beneficiaria porque la filial no puede adquirir participaciones o acciones de su sociedad dominante y tampoco requiere acuerdo de la junta general de la sociedad segregante (escindida–absorbida) porque su consentimiento se otorga al suscribir el proyecto por sus administradores. El resultado es conforme al Derecho de sociedades: el acuerdo de la junta general de la sociedad absorbida (filial) no será necesario porque es la matriz la que asume los nuevos riesgos derivados del traspaso de la unidad económica mediante una técnica de sucesión universal.

La segregación de matriz en beneficio de filial íntegramente participada (art. 52 LME), denominada «segregación inversa», puede realizarse sin necesidad de aumentar el capital de la filial-absorbente (art. 49. 3º LME) y sin necesidad de acuerdo de la junta general de la sociedad matriz segregada o absorbida (aplicación directa del art. 49. 4º LME). La razón es la misma que concurre en la escisión: la sociedad segregada no asume nuevos riesgos ni sus socios asumen nuevas acciones o participaciones. El consentimiento de la sociedad beneficiaria íntegramente participada ya está concedido al suscribir sus administradores el proyecto de segregación y adoptar el acuerdo como representantes del socio único.

En todo ello hay implicada una distinción que no es nueva en nuestra dogmática societaria. La junta general de socios de una sociedad de capital debe intervenir siempre que la modificación estructural comporte una *reestructuración societaria* y no debe intervenir obligatoriamente cuando la operación constituya una mera reorganización patrimonial. Existe reestructuración societaria siempre que los socios ven afectada su posición jurídica como consecuencia de la operación de modificación estructural, lo que se produce cuando: 1) reciben acciones o participaciones de la sociedad escindida (o devienen socios de la sociedad absorbente) o 2) la sociedad a la que pertenecen (la beneficiaria) asume los nuevos riesgos económicos inherentes a la atribución patrimonial de la unidad económica segregada y en particular las deudas (contabilizadas o no) de la sociedad segregada como consecuencia de la aplicación del principio de sucesión universal.

En definitiva, en toda escisión y, desde luego, en la segregación se requerirá acuerdo de la junta general de la sociedad beneficiaria (absorbente-matriz) que asumirá mediante sucesión universal los riesgos y deudas inherentes al desarrollo de la actividad de la unidad económica traspasada. Los efectos de esta operación exceden de una simple aportación de activos y pasivos a título singular (como ocurre cuando se aportan ramas de actividad mediante ampliación de capital —con renuncia a la sucesión universal— o se hacen aportaciones a la cuenta 118 PGC). Todo ello salvando la necesidad de autorizar las operaciones sobre activos esenciales (art. 160 f) LSC).

5. Conclusiones

Las conclusiones de todo lo anteriormente expuesto son las siguientes:

1) La segregación de matriz a favor de su filial íntegramente participada no requiere acuerdo de la junta general de la segregada porque no hay una propia reestructuración societaria, sino una mera reorganización patrimonial: *a*) la sociedad segregada no asume nuevos riesgos ni deudas derivadas de la sucesión a título universal en las relaciones jurídicas inherentes a la unidad económica transmitida, sino que se limitará a continuar con el desarrollo indirecto de su objeto social mediante su filial íntegramente participada y *b*) la posición de los socios de la sociedad matriz resulta inalterada, ya que no reciben acciones ni participaciones de la beneficiaria.

2) A diferencia de lo que ocurre con el caso de la fusión inversa (RDGRN de 1 de marzo de 2019), la aplicación directa de la regla especial del artículo 49.1 LME cuyo apartado 4º exime expresamente de celebración de la junta general de la sociedad absorbida (la sociedad segregada) es conforme con los principios configuradores del Derecho de sociedades.

3) Sólo en el caso de que la unidad económica transmitida constituya activo esencial, la operación deberá ser autorizada por la junta general de la sociedad segregada ex artículo 160 f) LSC (caso *Holzmüller*), como ya advirtiera la resolución de 10 de junio de 1994 (BOE núm. 168, de 15 de julio).

Práctica Societaria

Estatutos

Valen las cláusulas estatutarias sobre suspensión del derecho de voto en la sociedad limitada (RDGRN de 23 de mayo de 2019)

Es relativamente frecuente que los operadores soliciten la redacción de cláusulas estatutarias que contemplen la suspensión del ejercicio de derechos políticos o económicos del socio ante determinadas situaciones (v.gr. cumplimiento de prestaciones accesorias sobre financiación de la actividad social).

Se trata de cláusulas cuya legalidad es cuestionable, ya que, en el modelo legal, el derecho de voto es un derecho mínimo del socio y su suspensión sólo está prevista para el caso de incumplimiento de la obligación esencial de aportar los dividendos pasivos en la sociedad anónima (arts. 82 y 83 LSC). Es cierto que se pueden crear participaciones sin voto, pero tienen un régimen jurídico especial que comprende un privilegio en el derecho al dividendo (arts. 98 a 103 LSC). También es posible ampliar las prohibiciones legales de voto en conflicto de interés (art. 190.1 LSC), pero no resulta equiparable esa decisión con suspender el ejercicio del voto y tampoco es lo mismo privilegiar el poder político de determinados socios frente a otros que suspender el ejercicio de un derecho mínimo del socio.

La DGRN, en su Resolución de 23 de mayo de 2019 (BOE núm. 141, de 13 de junio) considera, por el contrario, que la flexibilidad del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada, que admite expresamente la creación de privilegios respecto del derecho de voto, permite configurar estatutariamente la prohibición de votar, más allá de los supuestos de conflictos de intereses del artículo 190 LSC. En el caso, se trata de una regla que dispone la suspensión del voto de participaciones embargadas sólo para acuerdos que requieran mayoría reforzada según los estatutos y que se descontarían del quórum reforzado para la adopción del acuerdo. De las alegaciones de las partes se desprende que la suspensión del voto tiene su razón de ser en controlar la influencia del socio «a término» en los acuerdos con mayoría reforzada: los propios estatutos reconocían la existencia de un derecho de adquisición preferente a favor de la sociedad y de los demás socios mediante el pago del valor razonable (referenciado al contable) en caso de embargo de las participaciones sociales, que además se concebía como una posible causa de exclusión del socio. Otra cosa es si realmente hacen falta estas cláusulas para controlar el poder de los socios «a término».

Ejercicio del derecho de adquisición preferente en caso de transmisión forzosa de participaciones sociales por su valor contable

En el caso estudiado por la RDGRN de 9 de mayo de 2019 (BOE núm. 131, de 1 de junio), se presentan a inscripción acuerdos de modificación de estatutos adoptados por unanimidad en junta universal de socios, consistentes en la regulación del derecho de adquisición preferente de participaciones por la sociedad y, en su caso, por los socios, en caso de inicio del procedimiento de embargo administrativo o judicial de las participaciones sociales, o bien la exclusión del socio cuyas participaciones sociales se hubieran embargado. Se fija como precio de transmisión el valor razonable de las participaciones, entendiéndose por valor razonable el valor contable que resulte del último balance aprobado por la junta.

El registrador mercantil deniega la inscripción del precio de transmisión previsto «por no adecuarse a lo regulado en el artículo 109.3 de la Ley de Sociedades de Capital en donde el precio en caso de transmisión forzosa viene predeterminado y no en función del valor razonable». Sin perjuicio de lo anterior, sí acepta el registrador dicho precio de transmisión para el caso de exclusión del socio como consecuencia del inicio de un procedimiento administrativo o judicial que acuerde el embargo de las participaciones.

La Dirección General revoca la calificación del registrador y confirma la validez de la cláusula estatutaria que establece como precio de transmisión el valor razonable de las participaciones, entendiéndose como tal el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta. Cabe destacar los siguientes argumentos:

1) La doctrina de la DGRN —Resolución de 15 de noviembre de 2016 (BOE núm. 291, de 2 de diciembre)— que admite expresamente la posibilidad de establecer en estatutos el valor contable de las participaciones como valor razonable para el ejercicio del derecho de adquisición preferente en caso de transmisiones inter vivos, afirmando que no hay razón para no admitir este sistema de valoración en caso de transmisiones forzosas.

2) La adopción del acuerdo por unanimidad de los socios en junta general universal, por lo que se cumple el requisito establecido en el artículo 175.2.b) del Reglamento del Registro Mercantil.

3) No es aplicable al caso el artículo 109.3 LSC al que alude el registrador, pues el régimen legal previsto en el artículo 109 LSC para la transmisión de participaciones sociales en caso de procedimiento administrativo o judicial de embargo, «no impide que, con base en el principio de autonomía de la voluntad (...) puedan preverse en los estatutos sistemas alternativos como los establecidos en los estatutos objeto de la calificación impugnada que, en caso de inicio de un procedimiento de embargo —en una fase anterior a la suspensión del remate o adjudicación a que se refiere el artículo 109 de la LSC— atribuye a la sociedad y a los socios el derecho de adquirir tales participaciones por su valor razonable (...) con la previsión añadida de que, en defecto del ejercicio de tal derecho de adquisición, puede la junta general adoptar

el acuerdo de excluir al socio afectado...». En este caso, el propio registrador admite tanto la configuración estatutaria del previo derecho de adquisición a favor de la sociedad y de los socios como la causa de exclusión del socio consistente en el inicio del procedimiento de embargo, por lo que no es aplicable el régimen previsto en el artículo 109 LSC.

Junta general

No cabe atribuir poder para subsanar la certificación de acuerdos sociales a quien carece de facultades certificantes

Se presentó a inscripción escritura por la que se elevaron a público determinados acuerdos de aumento de capital de una sociedad de responsabilidad limitada. Los acuerdos fueron adoptados por unanimidad en dos juntas generales de carácter universal. Dicha escritura fue subsanada por otra otorgada ante notario distinto por un apoderado que actuó en virtud de las facultades que le habían sido conferidas en las referidas juntas y que comprendían «la ejecución y desarrollo de todos y cada uno de los acuerdos adoptados por la Junta, con las más amplias facultades legales, así como para la subsanación, en su caso, de las omisiones o errores de los referidos acuerdos, y su interpretación; también para realizar cuantos actos sean necesarios y otorgar cuantos documentos públicos y/o privados fueran precisos para su plena efectividad hasta lograr la inscripción en el Registro Mercantil». La subsanación se refería a diversos extremos de las certificaciones de los acuerdos de las referidas juntas universales.

El registrador mercantil resolvió no practicar la inscripción solicitada, argumentado que, al consistir la subsanación en la rectificación del contenido de las certificaciones de acuerdos sociales unidas a la escritura subsanada, sólo puede efectuarla quien tenga facultad certificante, de la que carecía el apoderado que otorgó la escritura de subsanación. Mediante Resolución de 24 de abril de 2019 (BOE núm. 114, de 13 de mayo), la DGRN confirmó la calificación impugnada.

A estos efectos señaló:

1) Los efectos que anuda la Ley a la inscripción registral de acuerdos sociales (singularmente la presunción de su exactitud y validez: art. 20 Código de Comercio) exigen el establecimiento de garantías de la existencia y contenido de esos acuerdos. Tales cautelas se traducen, esencialmente, en la restricción del conjunto de personas legitimadas para acreditar la existencia de los mismos y elevarlos, en su caso, a público y en la necesaria constancia registral de la identidad de tales personas.

2) A este propósito hay que distinguir entre la persona legitimada para exteriorizar la voluntad social formada en el órgano correspondiente (es decir, para acreditar su existencia y contenido) y la persona llamada, en su caso, a formalizarla en escritura pública. Esta última facultad competería, prima facie, al órgano de representación social (que podría actuar directamente o

mediante apoderado con poder suficiente), por cuanto implica una manifestación de voluntad relativa a un negocio o acto preexistente que se enmarca en el ámbito de actuación externa de la compañía. Ahora bien, como demuestra el artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM) (que, entre otros, atribuye tal facultad al secretario del consejo, quien puede no ser administrador), la referida facultad no queda ligada exclusiva e inescindiblemente a la titularidad orgánica del poder de representación (RRDGRN 28 octubre 1998 [BOE núm. 287, de 1 de diciembre] y 14 febrero 2018 [BOE núm. 47, de 22 de febrero]). Sin embargo, cuando se trata de acreditar la existencia y el contenido de los acuerdos sociales se atribuye reglamentariamente competencia exclusiva al órgano de administración (o a personas que ostentan en él determinados cargos), sin posibilidad de encomendar la facultad certificante, ni siquiera para casos aislados, a un apoderado (cfr. art.109 RRM y RDGRN 15 enero 2004 [BOE núm. 59, de 9 de marzo]).

3) En este sentido debe recordarse que la certificación de los acuerdos sociales —siempre posterior a la adopción de éstos y mediante la cual se transcribe literalmente o se extracta el contenido del acta— deberá ser expedida bajo su responsabilidad por el órgano de administración (o por personas que ostenten determinados cargos en el mismo). El artículo 109 RRM, que establece los presupuestos subjetivos de la facultad de certificar, ha de ser aplicado con rigor y desde una interpretación estricta de tales requisitos (RDGRN 28 octubre de 1998). Especialmente cuando se toma en consideración la especial trascendencia, *erga omnes*, de los asientos registrales, que gozan de la presunción de exactitud y validez (art. 20 Código de Comercio) y se hallan bajo la salvaguardia de los tribunales. Lo que lleva a exigir la máxima certeza jurídica de los documentos que tienen acceso al Registro (especialmente si la elevación a público se hace sobre la base de meros documentos privados, como las certificaciones), no sólo por lo que se refiere a la veracidad y exactitud del contenido de tales documentos, sino también en lo que respecta a la legitimación para expedirlos.

4) Finalmente, y atendiendo a la calificación del registrador y al objeto del recurso, la DGRN evita expresamente pronunciarse sobre la trascendencia de la circunstancia de que el apoderamiento concedido al otorgante de la escritura de subsanación hubiera sido conferido por la junta general y no por el órgano de administración.

Administradores

Retribución desproporcionada y deberes de fidelidad entre socios *(SAP Barcelona de 17 de abril de 2019)*

El artículo 217.4 LSC establece un principio de retribución adecuada que requiere, entre otros extremos, que la retribución a pagar a los administradores guarde una proporción razonable con la importancia de la sociedad (de la empresa), la situación económica en cada momento (empresarial, financiera y estratégica) y que sea comparable con otras empresas del

sector (comparación «horizontal»). Otros requisitos se orientan a la finalidad de la retribución: promoción de la rentabilidad, no asumir riesgos excesivos, evitar la recompensa de resultados desfavorables, etc.

La SAP Barcelona (Sección 15ª) de 17 de abril, núm. 746/2019, ECLI:ES:APB:2019:3661 (la tercera que dicta en el contexto del mismo conflicto de socios) declara la nulidad (por abuso de derecho) de un acuerdo de fijación de la retribución del administrador único de la sociedad adoptado con el voto favorable del socio-administrador. La retribución se considera abusiva por desproporcionada: el administrador de una sociedad limitada que se dedica a arrendar inmuebles (en su mayoría plazas de garaje) no puede pretender una retribución que supera el 50% de los beneficios totales de la sociedad y que representa casi el 20% del total de lo facturado por rentas, cuando un administrador de fincas (que se supone realiza una actividad equivalente) es retribuido mediante un 5%. El informe pericial de parte no resulta determinante.

Lo que la sociedad haya pagado en ejercicios anteriores resulta irrelevante porque: *a*) la actividad ahora se centra en la gestión de los contratos de arrendamiento (sin asumir rehabilitación ni reforma de pisos) y *b*) ha habido un cambio sustancial en la composición del capital: la sociedad era manejada a su antojo por el administrador y por su padre, que ostentaban todas las participaciones, y ahora existe una minoría que antes no existía (los hermanos tras el fallecimiento del padre).

Lo más interesante desde el punto de vista dogmático es este párrafo de la SAP Barcelona (Sección 15ª), de 12 de septiembre de 2017, Nº 357/2017, ECLI:ES:APB:2017:6243, en el mismo conflicto familiar: «los socios de una sociedad mercantil tienen un deber de fidelidad frente a la sociedad y frente a sus consocios, deber que se impone siempre que el socio tenga la posibilidad de influir sobre los derechos ajenos sin el consentimiento de sus titulares».

La responsabilidad solidaria de los administradores prevista en el artículo 367 LSC requiere la efectiva existencia de una causa legal de disolución de la sociedad

La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 24 de junio, núm. 874/2019, ECLI:ES TS:2019:2092, estima el recurso presentado por el administrador único de una sociedad contra la sentencia de la sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha en materia de derivación de responsabilidad respecto de cuotas de la Seguridad Social, que consideró responsable solidario al recurrente del pago de dichas cuotas, por incumplir el administrador con la obligación —prevista en el artículo 367.1 LSC— de solicitar el concurso de la sociedad, constatada la situación fáctica de insolvencia de la misma (pero sin acreditar la existencia de causa legal de disolución).

El Tribunal Supremo, compartiendo el criterio de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 15 de octubre, núm. 590/2013, ECLI:ES:TS:2013:5186, declara que del análisis del artículo 367 LSC, que regula la responsabilidad solidaria de los administradores, se desprende que el primer

presupuesto para exigir responsabilidad solidaria a los administradores de las sociedades de capital es claramente la concurrencia de una causa de disolución de las previstas en el artículo 363 LSC. La responsabilidad por las obligaciones sociales «posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución» (dicción literal del art.367.1 LSC) supone que no estamos ante la determinación de un mero limite temporal del alcance de la responsabilidad, sino «ante un verdadero requisito de nacimiento de la responsabilidad».

Declara, asimismo, que el estado de insolvencia no constituye por sí una causa legal de disolución, porque no cabe confundir entre estado de insolvencia y la situación que describe el artículo 363 e) LSC como causa de disolución («pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso»). Como dice el Tribunal, «aunque es frecuente que ambas situaciones se solapen, puede ocurrir que exista causa de disolución por pérdidas patrimoniales que reduzcan el patrimonio de la sociedad a menos de la mitad del capital social, y no por ello la sociedad esté incursa en causa de concurso (...). Y a la inversa, es posible que el estado de insolvencia acaezca sin que exista causa legal de disolución, lo que impone la obligación de instar el concurso, cuya apertura no supone por sí sola la disolución de la sociedad, sin perjuicio de que pueda ser declarada durante su tramitación por la junta de socios y siempre por efecto legal derivado de la apertura de la fase de liquidación».

En resumen: Para que —en este caso, la Administración de la Seguridad Social— acuerde la derivación de responsabilidad solidaria del administrador de una sociedad de capital, «resulta necesario, no sólo constatar una situación fáctica de insolvencia de la sociedad y verificar que dicho administrador no ha cumplido los deberes legales a que se refiere el artículo 367.1 LSC, sino también y además, justificar la efectiva existencia de una causa legal de disolución de la sociedad».

Cuentas anuales

Consulta al ICAC sobre la presentación de cuentas anuales abreviadas por las filiales de un grupo cuya matriz no ha depositado las cuentas anuales consolidadas en el Registro Mercantil

Se consulta si las filiales de un grupo de sociedades pueden presentar cuentas anuales abreviadas cuando la matriz (que formula cuentas anuales consolidadas de manera voluntaria, sin estar obligada) no deposita dichas cuentas anuales consolidadas en el Registro Mercantil.

El Instituto de Contabilidad y Auditoria de Cuentas (ICAC), BOICAC Nº 118/2019 Consulta 1, da la siguiente respuesta:

1) En caso de *empresas del grupo, multigrupo y asociadas*, para la cuantificación de los importes de las cifras contables a efectos de determinar la norma aplicable, se tendrá en cuenta la suma del activo, del importe neto de la cifra de negocios y del número medio de trabajadores de las entidades que conformen el grupo, teniendo en cuenta las eliminaciones e incorporaciones reguladas en las normas de consolidación aprobadas en desarrollo de los principios contenidos en el Código de Comercio.

2) La regla anterior no será de aplicación cuando la información financiera de la empresa se integre en las cuentas anuales consolidadas de la sociedad dominante. Es decir, si existen cuentas anuales consolidadas, se relajan las exigencias de información en consideración a que se suministra información consolidada.

3) De conformidad con lo anterior, en ausencia de cuentas anuales consolidadas, para la cuantificación de los importes de las cifras contables se tomarán en cuenta las magnitudes del grupo en su conjunto, lo cual implica que se aumentan las exigencias de información para las filiales.

4) En el caso consultado, se han formulado cuentas anuales consolidadas de manera voluntaria, lo cual, en principio, podría llevar a considerar la posible aplicación de la excepción a la norma aludida. Sin embargo, la falta de publicidad de las citadas cuentas mediante su depósito en el Registro Mercantil impide la aplicación de la dispensa, porque en tal caso no se cumple con el presupuesto de hecho sobre el que se ha estipulado la excepción, esto es, que la información financiera del grupo, como entidad que informa, está a disposición de terceros en las cuentas consolidadas, habilitándose en tal caso la posibilidad de que esa información se presente en las cuentas individuales en modelos abreviados por las empresas que lo integran.

5) En definitiva y como conclusión, si las cuentas consolidadas no se han depositado en el Registro Mercantil, las filiales no pueden presentar cuantas anuales abreviadas.

Separación y exclusión de socios

El derecho de separación del artículo 348 bis LSC opera con independencia del ejercicio sobre el que se pretendan aprobar las cuentas

La Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15) de 27 de mayo, núm. 1014/2019, ECLI: ES: APB: 2010:5779, analiza un caso de ejercicio del derecho de separación por falta de reparto de dividendos por una socia minoritaria de una sociedad limitada respecto de las cuentas anuales

del ejercicio 2015 aprobadas por la junta general ordinaria celebrada en 2017. La sociedad demandada alegó, entre otras cuestiones, que no existió cobertura legal para el ejercicio del derecho de separación porque —en el año 2017— las cuentas y el beneficio que se pretendía obtener por la socia minoritaria demandante eran referidos al ejercicio 2015 (momento en que la vigencia del artículo 448 bis LSC estaba suspendida).

La Audiencia considera que el derecho de separación del artículo 348 bis LSC opera siempre que se den los requisitos que contempla la norma, con independencia del ejercicio contable sobre el que se pretenden aprobar las cuentas, y «sin que resulte, para ejercicios contables cuyas cuentas anuales se formulan y aprueban con retraso, que el socio, para ejercitar el derecho de separación deba acudir —ante la morosidad de la sociedad en la formulación y aprobación de las cuentas— al procedimiento de convocatoria judicial de junta, previsto en el artículo 117 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, inactividad que no supone la infracción de obligación o deber alguno del socio ni genera preclusión o pérdida de ninguno de los derechos que la LSC otorga a los socios».

Disolución y liquidación

La solicitud de convocatoria de junta no constituye presupuesto necesario para solicitar la disolución judicial de la sociedad por paralización de los órganos sociales

Un accionista solicitó del juzgado mercantil que se acordara la disolución judicial de la compañía en la que participaba (y que se nombrara liquidador a quien ostentaba la condición de administrador) por haberse producido la paralización de los órganos sociales (art. 363.1.d LSC). En el procedimiento no se discutió la realidad de esta paralización, pero se alegó —para oponerse a lo solicitado— que se había incumplido el requisito de la previa convocatoria de junta general extraordinaria.

La demanda fue estimada en primera instancia. El recurso de apelación fue desestimado por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona mediante Sentencia de 17 de abril de 2019, Nº 748/2019, ECLI:ES: APB:2019:3662. En esta resolución se mantuvo, en síntesis, lo siguiente:

1) Para que la paralización de los órganos sociales sea causa de disolución, debe ser permanente e insuperable, no transitoria o vencible. La paralización no sólo se manifiesta en la imposibilidad de constituir la junta cuando los estatutos establezcan quórums reforzados, sino también en la imposibilidad de que, una vez constituida, puedan alcanzarse acuerdos (típicamente, debido al enfrentamiento entre dos grupos paritarios de accionistas en sociedades cerradas o familiares: STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) de 26 de noviembre, núm. 653/2014, ECLI:ES:TS:2014:5565). Se trata, en suma, de una situación que, en rigor,

ha de afectar a la junta general más que al órgano de administración, puesto que el bloqueo de éste podrá resolverse por la junta general adoptando los pertinentes acuerdos (por ejemplo, cesando al actual administrador y designando a otro u otros, o estableciendo un distinto sistema de administración). Resulta además irrelevante a estos efectos que la sociedad continúe desarrollando la actividad propia de su objeto social (porque no se trata de discutir la concurrencia de la causa de disolución prevista en los apartados a] y b] del art. 363.1 LSC).

2) La solicitud de convocatoria de junta extraordinaria por parte del socio no se configura legalmente como un presupuesto necesario para el ejercicio de la acción judicial de disolución de la sociedad. Es cierto que el párrafo segundo del artículo 365.1 LSC faculta a cualquier socio para solicitar de los administradores la convocatoria de la junta con el fin de acordar la disolución; ahora bien, tal posibilidad —que guarda relación con el incumplimiento del deber legal de convocar la junta por parte de los administradores— se contempla en la norma como un derecho del socio, y no como un requisito imprescindible para el ejercicio posterior de la acción de disolución judicial.

3) Por tanto, para instar la disolución judicial basta con que se constate que, mediando una causa legal de disolución, no se ha celebrado la junta o no se ha adoptado el acuerdo de disolución. A partir de ahí, «cualquier interesado» podrá instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del domicilio social (art. 366.1 LSC). La legitimación de cualquier persona con interés legítimo evidencia que no es preciso que el demandante (supuesta su condición de socio) haya requerido previamente la convocatoria judicial.

Modificaciones estructurales

En el caso de «fusión inversa» es preciso el acuerdo de la junta de la sociedad absorbida

Se presentó a inscripción en el Registro Mercantil escritura pública de fusión en la que la sociedad absorbente estaba íntegramente participada por la sociedad absorbida (que se encontraba en liquidación). Los acuerdos de fusión fueron adoptados por el socio único de la sociedad absorbente (esto es, por la sociedad absorbida, representada por el liquidador). La registradora denegó la inscripción argumentando, entre otras cosas, que resultaba preciso también el acuerdo de la junta general de la sociedad absorbida.

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de marzo de 2019 (BOE núm. 75, de 28 de marzo) confirmó la calificación de la registradora en cuanto a este concreto extremo. A estos efectos, la Dirección General recordó que en caso de absorción de una sociedad por otra que sea titular de forma directa de todas las acciones o participaciones en que se divida

el capital de la sociedad absorbida, se simplifica el procedimiento de fusión. En particular, y por lo que interesaba en este caso, no resulta necesario en tales hipótesis el acuerdo aprobatorio de la junta general de la sociedad absorbida (art. 49.1.4º LME). Especialidad que responde a una razón evidente: al ser, por hipótesis, la totalidad de las acciones o participaciones titularidad de la sociedad absorbente, la totalidad de los derechos de voto son ejercidos por la propia sociedad absorbente, cuyos socios ostentan los únicos intereses a considerar en la operación.

La cuestión radica en determinar si la misma regla debe aplicarse en caso de fusión inversa (en la que es la sociedad absorbida la que participa íntegramente a la sociedad absorbente, de suerte que al extinguirse aquélla los socios de la absorbida pasan a ser los socios de la absorbente —sin alteración de su porcentaje de participación en el capital social—). En principio, la lectura del artículo 52.1 LME parecería conducir a una respuesta afirmativa. Sin embargo, la conclusión debe ser otra: por así decirlo, en el caso mencionado el artículo 49.1 LME ha de ser aplicado, también, «a la inversa», de manera que la junta cuya celebración no será necesaria es la de la sociedad absorbente.

En realidad, la eliminación de la necesidad de celebración de la junta general de la sociedad absorbida prevista en el artículo 49.1 LME se fundamenta, no tanto en el hecho de ser precisamente la sociedad absorbida, sino en la circunstancia de no existir otros intereses a considerar en el plano societario que los de los socios de la compañía absorbente. Por ello, y siguiendo la misma lógica, en caso de absorción inversa, son los socios de la sociedad absorbida (dominante) los que tiene que ser llamados a pronunciarse en junta sobre la operación, porque suyos son los intereses a tener en cuenta (recuérdese que se les atribuirán acciones o participaciones de la sociedad absorbente, cuyo régimen estatutario o legal puede ser bien diferente al propio de la sociedad absorbida).

En suma: en caso de fusión inversa (art. 52.1 LME) será innecesario el acuerdo de la junta general de la sociedad absorbente, pero será preciso, sin embargo, el acuerdo aprobatorio adoptado en la junta de la sociedad absorbida, ya que los intereses de los socios de ésta son los únicos afectados por la modificación estructural.

Los óbiter dicta de la RDGRN de 1 de marzo de 2019

La RDGRN de 1 de marzo de 2019 (BOE núm. 75, de 28 de marzo) reseñada en el apartado anterior, consideró de interés llevar a cabo un pronunciamiento sobre el segundo defecto señalado por la registradora en su calificación (aunque su desestimación hacía innecesario entrar en el mismo): determinar si la ampliación de capital con cargo a reservas de la sociedad absorbente que tiene lugar en el procedimiento de fusión está sujeto al régimen especial previsto en la LME, y, en consecuencia, si deben exigirse las garantías que a favor de socios y terceros se derivan del régimen general del aumento de capital con cargo a reservas disponibles a que se refiere el artículo 302.2 LSC (utilización de un balance cerrado dentro de los seis

meses inmediatamente anteriores al acuerdo de ampliación y verificación de dicho balance por auditor de cuentas). Pronunciamientos de la Dirección General:

1) En términos generales, el aumento de capital que se lleva a cabo en el seno de un procedimiento de reforma estructural de una sociedad por absorción de otra (en el caso concreto una ampliación de capital con cargo a reservas disponibles de la sociedad absorbente para cubrir las diferencias del tipo de canje) está sujeto al régimen especial previsto en la LME, régimen que por su severidad excede con mucho las exigencias ordinarias de un aumento por aportación no dineraria.

2) Dado que el aumento debe ser acordado por la junta general como un elemento más del proceso de fusión (con la excepción del artículo 50.3 LME que dispone que la ampliación debe estar prevista en el proyecto de fusión, y que, para ajustar el tipo de canje, debe observarse el límite para la compensación en dinero prevista en el art. 25.2 LME), no existe conflicto que no quede cubierto por la regulación especial de la LME.

3) No es necesario exigir además las garantías que a favor de socios y terceros dispone el artículo 302.2 LSC: *a*) por lo que se refiere a la necesidad de que el balance que sirva de base para la ampliación se apruebe en los seis meses anteriores al acuerdo de aumento, siendo el balance cerrado que sirve de base a la fusión en menos de seis meses a la fecha del proyecto de fusión (art. 36 LME), resulta más que suficiente su aplicación dado que cumple con la previsión que la LME fija como fecha de referencia específica para los procedimientos en ella regulados y *b*) en cuanto a la necesidad de verificar el balance, la LME sólo la prevé en relación a las sociedades obligadas, por lo que resulta excesivo exigirla en un procedimiento en el que se parte de un balance que ya ha sido aprobado por la junta general de la sociedad que se fusiona y que, en cualquier caso, debe ser objeto de aprobación junto al acuerdo de fusión (art. 37 LME). Todo ello, teniendo en cuenta además las limitaciones previstas en el artículo 25.2 LME. En conclusión: en las ampliaciones con cargo a reservas por ajuste del tipo de canje en procesos de fusión, el balance de fusión vale para la ampliación y no es necesaria su verificación.

Tendencias regulatorias

Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades

La Directiva (UE) 2019/1151 (la Directiva) modifica la Directiva (UE) 2017/1132 estableciendo normas específicas relativas a la constitución de sociedades de capital, al registro de sucursales y

a la presentación de documentos e información por parte de sociedades y sucursales *on line* («en línea»), denominados por la Directiva «procedimientos en línea».

La Directiva deberá ser traspuesta por los Estados miembros a sus Ordenamientos nacionales, con carácter general, no más tarde del **1 de agosto de 2021**, sin perjuicio de que algunas disposiciones sobre inhabilitación de administradores, verificación electrónica del origen y la integridad de los documentos presentados en línea y conservación de los documentos e información en los registros en formato de búsqueda y lectura mecánica o como datos estructurados, deban ser traspuestas antes del **1 de agosto de 2023.** Además, los Estados miembros que experimenten especiales dificultades para trasponer la Directiva puedan acogerse a una prórroga máxima de 1 año.

Resumidamente, la Directiva, una vez traspuesta, permitirá la constitución y el registro *on line* de sociedades de responsabilidad limitada y de los actos relevantes de la vida de la sociedad, así como el registro de sucursales, mediante un procedimiento único de registro con acceso al mismo por terceros para facilitar la publicidad registral a un coste mínimo para el usuario.

Las principales modificaciones que la Directiva introduce en la Directiva (UE) 2017/1132 son las siguientes:

1. Normas generales sobre los procedimientos en línea

a) Para verificar la identidad de los usuarios, se podrán utilizar los **medios de identificación electrónica** expedidos por un sistema de identificación electrónica aprobado por el propio Estado miembro o los medios de identificación electrónica expedidos en otro Estado miembro y reconocidos a efectos de la autentificación transfronteriza. No obstante, es importante destacar que los Estados miembros **podrán denegar el reconocimiento de los medios de identificación si los niveles de seguridad de los mismos no cumplen las condiciones establecidas en el Reglamento (UE) 919/2014**. Además, por razones de interés público los Estados miembros, para comprobar la identidad de un solicitante, podrán adoptar medidas que requieran la presencia física de dicho solicitante ante la autoridad u organismo pertinente.

b) **Se salvaguarda el Derecho nacional de cada Estado miembro**: lo dispuesto en la Directiva se entenderá sin perjuicio de la normativa nacional que, con arreglo a los sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros, designen a cualquier persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional (en nuestro Ordenamiento, notarios y registradores) para tratar cualquier aspecto de la constitución en línea de sociedades, el registro en línea de sucursales y la presentación en línea de documentos e información, **siempre que posibiliten la constitución de sociedades, el registro de sucursales y presentación de documentos en línea**.

2. Constitución de sociedades y registro de sucursales en línea

a) **La constitución en línea de sociedades y el registro en línea** en un Estado miembro de una **sucursal** de una sociedad que se rija por el Derecho de otro Estado miembro, podrán llevarse a cabo **íntegramente *on line*** sin necesidad de que los solicitantes comparezcan en persona ante cualquier autoridad o persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar cualquier aspecto de la constitución en línea de sociedades (incluido el otorgamiento de la escritura de constitución de una sociedad) o el registro en línea de sucursales.

No obstante, los Estados miembros podrán decidir no ofrecer procedimientos de constitución en línea para otros tipos de sociedades que no sean los enumerados en el anexo II BIS de la propia Directiva. En el caso de España, el citado anexo recoge únicamente a **las sociedades de responsabilidad limitada,** de manera que las normas previstas en la Directiva podrán no aplicarse a otro tipo de sociedades, como las sociedades anónimas.

b) Se establecerán **normas detalladas** para la constitución de sociedades y registro de sucursales en línea, incluyendo normas sobre la **utilización de modelos** para la constitución de sociedades (modelos que se facilitarán en los portales o sitios web de registro accesibles a través de pasarela digital única) y todos los **documentos o información** podrán presentarse, hasta su inscripción, en **formato electrónico**.

3. Administradores inhabilitados

Los Estados miembros dispondrán de normas sobre inhabilitación de administradores, que incluirán la posibilidad de tener en cuenta cualquier inhabilitación vigente, o información pertinente a efectos de inhabilitación, en otro Estado miembro.

4. Presentación en línea de documentos y de información societarios

Los documentos e información societarios o de sucursales, incluida cualquier modificación posterior, podrán presentarse en línea ante el registro en el plazo previsto por el Derecho del Estado miembro en el que esté registrada la sociedad o la sucursal y dicha presentación podrá completarse íntegramente en línea, sin necesidad de que los solicitantes comparezcan en persona ante cualquier autoridad o persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar dicha presentación.

5. Publicidad en el registro y acceso a la información publicada

En cada Estado miembro se abrirá un expediente, en un registro central, mercantil o de sociedades, para cada una de las sociedades registradas en él. Se les asignará a las sociedades un identificador único europeo, que permita identificarlas en las comunicaciones entre los registros a través del sistema de interconexión de registros,

de manera que podrán obtenerse del registro copias de la totalidad o parte de los documentos o información societarios que se presenten, garantizándose que la documentación e información que proporcione el registro haya sido autenticada por medio de los servicios de confianza a que se refiere el Reglamento (UE) 910/2014.

Las tasas cobradas por acceder a los documentos e información a través del sistema de interconexión de registros no serán superiores a su coste administrativo, incluido el coste de desarrollo y mantenimiento de los registros.

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

Estibaliz Aranburu

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

Fernando de las Cuevas

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

Íñigo Erlaiz

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

Fernando Igartua

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

David González

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

Daniel Marín

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

Alfonso Areitio

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

Mónica Weimann

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

Francisco Fita

Socio, 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.