

Circular N° 10 Reforma Parcial de la Ley de Sociedades de Capital

REFORMA PARCIAL DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

Ayer, 2 de agosto de 2011, se publicó en el BOE la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas.

Esta nueva Ley entrará en vigor el 2 de octubre de 2011 y tiene dos propósitos fundamentales: (i) reformar y modernizar el régimen jurídico de las sociedades de capital (contenido en la Ley de Sociedades de Capital, “LSC”); e (ii) incorporar a la legislación nacional, y en concreto a la LSC, la mencionada Directiva 2007/36/CE. Asimismo, y entre otros cambios adicionales menos relevantes, modifica el artículo 34 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (“LME”).

De las principales novedades que se resumen a continuación cabe destacar las siguientes ideas:

- **Se regula la sede electrónica o web corporativa para atajar las dudas sobre la publicación de la convocatoria por ese medio.**
- **Las sociedades no cotizadas deberán distribuir un tercio del beneficio distribuible “propio del objeto social” a partir de su quinto año de vida o sus accionistas tendrán un derecho de separación.**
- **Los intermediarios financieros deberán comunicar a las sociedades cotizadas las representaciones que hayan recibido a su favor dentro de los siete días previos a cada junta general. La norma no define qué debe entenderse por intermediario financiero.**
- **Por lo demás, y en general, se trata de modificaciones técnicas o de significación limitada.**

1. SEDE ELECTRÓNICA

La nueva Ley reconoce la figura de la sede electrónica o página web corporativa y, a tal fin, dispone que la creación de una página web corporativa (que en muchos casos será una mera designación por existir ya la página web) deberá ser acordada por la junta general de la sociedad. Asimismo, la nueva norma atribuye a los administradores la prueba de los contenidos en esa web y establece que, mientras no se demuestre lo contrario, bastará la manifestación de los administradores para acreditar la permanencia de dichos contenidos en el tiempo (art. 11 bis LSC).

Esas modificaciones pretenden atajar parte de las dudas surgidas por la introducción en 2010 del requisito de publicación de la convocatoria de la junta general de accionistas en la web de la sociedad que, a su vez, llevaron a la publicación por la DGRN de la Instrucción de 18 de mayo de 2011. En concreto, las modificaciones pretenden despejar cualquier duda acerca de qué debe entenderse por página web de la sociedad (especialmente cuando una sociedad tiene varias webs) y de cómo debe probarse su contenido.

2. SEPARACIÓN Y EXCLUSIÓN DE LOS SOCIOS

(i) Derecho de separación en caso de modificación sustancial del objeto social. La modificación sustancial del objeto social se configura como una nueva causa legal de separación (art. 346.1.a) LSC). Se codifica así la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2010 -caso *Borrás*- que consideró que cualquier modificación (incluyendo la ampliación) sustancial del objeto social era equivalente a su sustitución.

(ii) Derecho de separación en caso de falta de pago de dividendos cuando existen beneficios ordinarios distribuibles en sociedades no cotizadas. La norma viene a reconocer un derecho de separación a los accionistas en caso de que una sociedad no cotizada no distribuya al menos un tercio de los beneficios distribuibles y propios de la explotación del objeto social en cualquier ejercicio una vez transcurridos cinco años desde su constitución (art. 348 bis LSC). Esta es probablemente la mayor innovación de la nueva norma y trae con ella dudas acerca de qué debe entenderse por beneficio propio de la explotación del objeto social de una sociedad y, en particular, si efectivamente ese es un concepto más restringido que el de beneficio a secas.

(iii) Admisibilidad de causas de exclusión estatutarias en todas las sociedades. Por otro lado, será posible una vez entre en vigor la nueva Ley incorporar a los estatutos de las sociedades de capital (y no sólo a los de las S.L. como ocurre ahora) causas de exclusión adicionales a las legales con el consentimiento de todos los socios (art. 351 LSC).

3. JUNTA GENERAL

(i) Aclaración de los plazos para convocatoria a petición de la minoría. El plazo para la celebración de la junta general cuya convocatoria hubiere sido solicitada por los accionistas legitimados para ello (los que representen un 5% del capital social o el porcentaje inferior establecido en estatutos) se amplía de uno a dos meses contados desde el momento en que se hubiera requerido notarialmente a los administradores para convocarla (art. 168, párrafo 2, LSC). Se soluciona así la imposibilidad para los administradores de preparar el aviso de junta y cumplir con el plazo de convocatoria que desde 2005 era también de un mes para las S.A.

(ii) Flexibilización de las formas de publicar la convocatoria de junta. Se permite que los estatutos puedan suprimir la obligación de publicar la convocatoria de la junta en el BORME (excepto cuando se trate de una S.A. con acciones al portador). Los estatutos también podrán eliminar la obligación de publicación en la web corporativa, siempre que prevean un procedimiento de comunicación individual y escrita que asegure la recepción del anuncio por todos los socios. La publicación de la convocatoria en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia sólo resultará obligada si la sociedad no dispone de página web o si lo imponen los estatutos (art. 173 LSC).

(iii) Unificación de normas sobre contenido de la convocatoria. Se unifica el contenido mínimo de la convocatoria de las S.A. y las S.L. y se exige que en todo caso se exprese el cargo de la persona o personas que realicen la convocatoria (art. 174 LSC).

(iv) Posibilidad de incrementar los derechos de información de accionistas minoritarios. El porcentaje de participación de un accionista de una S.A. que impedirá a los administradores la denegación de la información solicitada en ejercicio de su derecho con ocasión de una junta se podrá reducir estatutariamente desde el 25% hasta cualquier cifra superior al 5% (art. 197.4 LSC).

4. ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD

(i) Flexibilización del cambio de forma de administración en la S.A. Se admite la posibilidad de que los estatutos de una S.A., en lugar de establecer un modo único de administración, puedan prever varios modos alternativos de administración (consejo, administrador único o administradores mancomunados), tal y como se prevé para las S.L. (art. 23.e) LSC), de forma que sea la junta general la que decida el cambio de modo de administración sin necesidad de modificar los estatutos de la sociedad.

(ii) Aclaración del régimen del administrador persona jurídica y su representante persona física. El nuevo artículo 212 bis LSC eleva a rango legal la obligación del administrador persona jurídica de nombrar un solo representante persona física para el ejercicio permanente

de las funciones del cargo y establece que en caso de revocación de la designación de ese representante debe inscribirse al nuevo representante en el Registro Mercantil.

(iii) Convocatoria del consejo por un tercio de los consejeros. Un tercio de los miembros del consejo podrá convocar una reunión del consejo de administración si ésta no hubiese sido convocada por el presidente en el plazo de un mes desde que hubiese sido requerido para ello por esos consejeros (art. 246.2 LSC).

5. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

(i) Disolución obligatoria en caso de inactividad en S.A. Se incluye como causa de disolución aplicable a cualquier sociedad de capital (y no solo en sede de S.L.) la relativa al cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social, entendiéndose que se ha producido el cese tras un periodo de inactividad superior a un año (art. 363.1 LSC).

(ii) Clarificación del régimen aplicable a los liquidadores. Se extiende a todas las sociedades de capital el régimen de responsabilidad de los liquidadores previsto hasta ahora solo para la S.L. (art. 397 LSC) y la conversión automática de los administradores en liquidadores al tiempo de la disolución de la sociedad, salvo disposición en contrario de los estatutos o acuerdo social de nombramiento de otros liquidadores (art. 376.2 LSC).

(iii) Flexibilización del modo de disposición de inmuebles en liquidación de S.A. Asimismo, se suprime la exigencia de venta de bienes inmuebles en pública subasta en el caso de liquidación de la S.A. (art. 387 LSC).

6. SOCIEDADES ANÓNIMAS COTIZADAS: ESPECIALIDADES DE LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS

(i) Reiteración del principio de igualdad de trato. El principio de igualdad de trato se refuerza mediante una expresa exigencia a todas las sociedades cotizadas para que traten de igual modo, en lo que se refiere a la información, participación y el ejercicio del derecho de voto en la junta general, a todos los accionistas que se hallen en la misma posición (art. 514 LSC).

(ii) Posibilidad de convocatoria rápida de juntas extraordinarias. Se contempla la posibilidad de convocar las juntas generales extraordinarias con una antelación mínima de 15 días en lugar del mes habitual siempre que se ofrezca a los accionistas la posibilidad efectiva de votar por medios electrónicos accesibles a todos ellos. Su aplicación en la práctica puede ser escasa, pues la reducción del plazo de convocatoria requiere un acuerdo expreso adoptado en junta general ordinaria por, al menos, dos tercios del capital suscrito con derecho de voto y cuya vigencia no podrá superar la fecha de celebración de la siguiente junta ordinaria (art. 515 LSC).

(iii) Medios para publicación de convocatoria de juntas. En la convocatoria de la junta de accionistas se utilizarán medios de comunicación de acceso gratuito para los accionistas de toda la Unión Europea que aseguren la difusión pública y efectiva de la convocatoria y, al menos, los siguientes: (a) BORME o uno de los diarios de mayor circulación en España; (b) la página web de la CNMV; y (c) la página web corporativa (art. 516 LSC).

(iv) Contenido de convocatoria de juntas. Se prevén una serie de particularidades respecto del contenido del anuncio de la convocatoria para el caso de las sociedades anónimas cotizadas que, en general, no difieren de lo que venía constituyendo hasta ahora la práctica generalizada (art. 517 LSC).

(v) Contenido de la web en el período de convocatoria. Se regula la documentación mínima que la sociedad cotizada deberá incorporar a la página web desde la publicación del anuncio y hasta la celebración de la junta general (art. 518 LSC).

(vi) Derechos de los accionistas en relación con los puntos del orden del día. Se acota el derecho a solicitar la inclusión de puntos en el orden del día (que asiste a los accionistas titulares de al menos un 5% del capital social) a la junta general ordinaria y el derecho de formular propuestas sobre los puntos del orden del día se limita a los accionistas titulares de al menos un 5% (art. 519 LSC). Además, se aclara la ausencia de obligación de atender el ejercicio del derecho de información cuando lo solicitado esté clara y directamente disponible para todos los accionistas en la página web bajo el formato pregunta-respuesta (art. 520 LSC).

(vii) Facilitación de la asistencia mediante representante. Se considerarán nulas las cláusulas estatutarias que limiten el derecho del accionista a hacerse representar por cualquier persona, física o jurídica. Además, en caso de que el accionista dé instrucciones precisas de voto al representante éste quedará obligado a emitir el voto con arreglo a estas instrucciones y a su conservación durante el año siguiente a la celebración de la junta correspondiente (art. 522 LSC).

(viii) Regulación del conflicto de intereses del representante en junta. En el nuevo artículo 523 LSC se prevé que el representante, antes de su nombramiento, debe informar con detalle al accionista de si existe conflicto de interés. Además, se establece que si el conflicto fuese posterior al nombramiento y no se hubiese advertido de su posible existencia, el representante deberá informar inmediatamente al representado. En ambos supuestos y de no haber recibido nuevas instrucciones de voto precisas, el representante deberá abstenerse de votar. El precepto dispone además determinados supuestos en los que se considerará que puede existir un conflicto de interés, incluyendo que el representante sea accionista de control, administrador o empleado de la sociedad. Asimismo, se precisa que en el ejercicio del derecho de voto por el administrador en caso de solicitud pública de representación no habrá lugar a conflicto de

intereses en aquellos casos en que el representado hubiera emitido instrucciones precisas de voto para cada uno de los puntos del orden del día (art. 526 LSC).

(ix) Revelación de representaciones otorgadas a intermediarios financieros. Cuando los intermediarios financieros reciban representaciones deberán comunicar a la sociedad emisora, dentro de los siete días previos a la celebración de la junta, un listado en el que indiquen la identidad de sus clientes, el número de acciones que representan y las instrucciones de voto recibidas, en su caso (art. 524 LSC). Esta nueva obligación es sin duda una de las principales novedades de la Ley y su aplicación plantea no pocas dudas, empezando por el efecto sobre las representaciones recibidas por los intermediarios financieros dentro de los siete días anteriores a la junta o qué debe entenderse por intermediario financiero.

(x) Publicación obligatoria de los resultados de las votaciones en junta general. Por último, se exige la publicación de los acuerdos aprobados y del resultado de las votaciones en las juntas generales de accionistas en la web corporativa dentro de los 5 días siguientes a la finalización de la junta (art. 525 LSC).

7. OTRAS MODIFICACIONES

Finalmente, en relación con la LME se precisa que el informe de experto independiente previsto en su artículo 34 para las fusiones en que la sociedad resultante sea una S.A. o una sociedad comanditaria por acciones debe contar con dos partes diferenciadas. Una primera dedicada al análisis del tipo de canje y su justificación. Y una segunda acerca de si el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen es igual, al menos, al capital de la nueva sociedad o al importe del aumento de capital de la absorbente. El informe estará integrado exclusivamente por la segunda parte cuando así lo hayan acordado todos los socios de todas las sociedades que participen en la fusión o cuando la absorbente sea titular de todo el capital de la absorbida (directa o indirectamente). Se aclara de esta manera que en las fusiones en las que la sociedad resultante sea una S.A. continúa siendo necesario el informe de experto en lo relativo a la verificación de las aportaciones sociales, aunque se trate de una fusión simplificada por tratarse de una sociedad íntegramente participada.

La información contenida en esta circular es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico. La presente circular está elaborada a 1 de agosto de 2011 Romo & Campos Abogados no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.