

LA CERCANA REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL Octubre 2014

Por Javier Ramos Chillón – Socio

I. INTRODUCCIÓN.

Trata esta nota de informar de un modo sucinto de algunas novedades que introducirá el Proyecto de Ley por el que se modifica la Ley de Sociedades de Capital (LSC) para la mejora del gobierno corporativo, que aprobado por la Comisión de Economía del Congreso de los Diputados el reciente 1 de octubre 2014, debe pasar el trámite del Senado.

La reforma vendrá a introducir sensibles modificaciones en el funcionamiento tradicional de los principales órganos de gobierno de las sociedades, todas ellas dirigidas a progresar en el camino de mejora del gobierno corporativo de las empresas y seguir avanzando en los deseados niveles de transparencia en la gestión, algo esencial y fundamentalmente necesario en una época marcada por la crisis y los innumerables escándalos financieros.

Siendo uno de los principales objetivos de la reforma conseguir un adecuado

funcionamiento de los órganos de gobierno de las sociedades de capital, la modificación venidera se centra en establecer sistemas que favorezcan la participación de los socios en la toma de decisiones de la empresa y, en consonancia con ese objetivo, que la gestión esté acompañada, racionalmente, a los intereses de todos ellos. Esa es la razón por la que el Proyecto dirige su atención fundamentalmente a la figura de los administradores.

La información que contiene esta nota no pretende ser exhaustiva por lo que, por cuestiones de utilidad general, deja al margen las novedades programadas respecto de las sociedades cotizadas, en las que también pueden apreciarse notorias variaciones.

II. LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES Y SU RESPONSABILIDAD.

Sobre esta concreta materia, la reforma modifica la redacción, así como

BARCELONA

Avda. Diagonal 468, 4º B
08006 Barcelona
Tel 93.171.02.73 - Fax 93.171.02.74
rgva@rgva.es www.rgva.es

MADRID

C/Monte Esquinza 34, bajo B
28010 Madrid
Tel. 91.576.78.37 - Fax 91.576.78.37
rgva@rgva.es www.rgva.es

determinados enunciados, de la práctica totalidad de los artículos que componen ese específico capítulo de la LSC. Frente a las definiciones generalistas, la reforma afronta la definición de los importantes deberes de diligencia y lealtad con un texto mucho más riguroso y preciso.

Con el deber general de diligencia, se impone al administrador la obligación de exigir de la sociedad la información necesaria para el desempeño de su cargo y la exigencia a la empresa de facilitarla.

Resulta ilustrativo que la reforma no hable de un derecho de los administradores a acceder a la documentación, sino que les imponga un deber de hacerlo, lo que no hace sino insistir en la inexcusable participación activa de quien ostente el cargo.

En cuanto al deber de lealtad, con independencia de su formulación, ofrece una relación no exhaustiva de imposiciones, como la de guardar secreto o la de abstenerse de participar tanto en la deliberación como en la votación de acuerdos o decisiones en las que pudiera existir un conflicto de intereses directo o indirecto.

En lo que al conflicto de interés se refiere, la reforma identifica y enumera una serie de actuaciones que el administrador está obligado a evitar, todas ellas conectadas con

su provecho particular (realizar transacciones con la sociedad, utilización del nombre de ésta, uso de los activos sociales, aprovecharse de las oportunidades de negocio, competencia efectiva).

Si en la regulación actual la posibilidad de interesar el cese del administrador por infracción del deber de no competencia tiene un diferente tratamiento en función de si nos encontramos ante una sociedad anónima, en el que la solicitud de cese debe hacerse a la Junta General, o ante una limitada, donde se faculta al socio acudir a un Juez de lo Mercantil, la reforma unifica esa dualidad y señala a la Junta General como el órgano al que le debe ser sometida tal decisión.

En lo que respecta a la responsabilidad, la reforma también tiene como objetivo perfeccionar los criterios determinantes de su apreciación, recogiendo en éstos mucha de la doctrina jurisprudencial, amplia y extensa, que al respecto ha venido desarrollándose. Se menciona expresamente el dolo y la culpa como los elementos determinantes de esa responsabilidad, estimando que la negligencia se presume, salvo prueba en contrario, cuando la actuación sea contraria a la ley o los estatutos sociales. Una de las novedades más relevantes que contiene la reforma sobre esta particular materia, se refiere a la responsabilidad de la persona física

representante de persona jurídica administrador.

Si hasta ahora los efectos de una acción de responsabilidad recaían sobre la persona jurídica que ostentaba la condición de administradora, a no ser que su representante hubiese actuado a modo de administrador de hecho sin seguir las directrices de su representada, el Proyecto se aparta de esa tendencia estableciendo el principio de la solidaridad para ambos.

En cuanto al funcionamiento del consejo de administración de las empresas, la reforma proyecta una serie de medidas tendentes a dotar a dicho órgano de eficiencia y compromiso, para ello, además de exigir, cuando menos, una reunión al trimestre de sus miembros, introduce una serie de materias reservadas que se consideran indelegables, recortando así el poder del Consejero Delegado.

Por lo demás, facilita la posibilidad de que los socios puedan exigir responsabilidades al órgano de gestión rebajando al 1% el porcentaje de capital exigido, frente al 5% actual.

III. LA REGULACIÓN DE LA REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES.

En este concreto aspecto, la reforma

contiene un diferente tratamiento entre las sociedades cotizadas y todas las demás. En cuanto a éstas últimas, el Proyecto parte del carácter gratuito del cargo de administrador, pudiendo los estatutos, en su caso, establecer el sistema de remuneración y el concepto o conceptos retributivos que percibirán los administradores. La nueva redacción relaciona una serie de ellos aun cuando deja la puerta abierta a la fijación de otros. De entre los sistemas relacionados, destacan las indemnizaciones por cese, siempre que éste no derive del incumplimiento de sus funciones; y los sistemas de ahorro o previsión. Lógicamente, tras ser considerados conceptos retributivos podrán ser tratados como gasto deducible por las empresas.

Será competencia de la Junta General el importe máximo de la remuneración anual, que será efectiva hasta que ésta acuerde su modificación. Una vez señalada ésta, en el supuesto de que existan varios administradores, a falta de acuerdo de Junta sobre el particular, serán aquéllos los que decidirán la distribución de la retribución acordada, teniendo en cuenta sus funciones y diferentes grados de responsabilidad.

En el supuesto de que un miembro del consejo de administración, sea nombrado consejero delegado o, sin serlo, se le atribuyan funciones ejecutivas, será precisa la firma de un contrato con la sociedad que

deberá ser aprobado, previamente y sin presencia del concernido, por el consejo de administración, con la mayoría reforzada de 2/3, que necesariamente deberá contener los conceptos retributivos derivados directamente de las funciones ejecutivas a ejercer.

Del mismo modo, se incorporan criterios de ponderación que permitirán a los socios tener mayores elementos de control. Se prevé que la retribución esté en concordancia con la relevancia de la compañía, con su concreta situación económica y con los estándares de mercado para empresas comparables.

En este punto, se abre una incógnita de carácter fiscal: ¿Hasta qué punto podrá la Agencia Tributaria discutir la aplicación correcta de esos estándares de comparación?

La reforma también unifica la obligación de que las retribuciones basadas en una participación en beneficios figuren en los estatutos sociales. Lo que a fecha de hoy únicamente se exige en las sociedades limitadas, la reforma lo extiende también a las anónimas, incorporando, en esa búsqueda de la transparencia, una cautela añadida: la competencia de la Junta General para aprobar el porcentaje de esa participación en caso de que en los estatutos solo figure el límite máximo.

IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS IMPUGNACIONES DE LOS ACUERDOS SOCIALES.

Al igual que veremos con el derecho de información, enarbolando el principio de la seguridad jurídica como punto de apoyo, la reforma tiende a limitar los motivos de impugnación, en la búsqueda del equilibrio entre las exigencias derivadas de la eficiencia empresarial y las que tienen como finalidad la protección de las minorías. Entiende que, en el pasado, motivos formales no sustanciales habían logrado obstaculizar la marcha de las empresas, al abocarlas a la nulidad de acuerdos de Junta General entorpeciendo así su desenvolvimiento económico. Se trata de evitar futuros abusos en el tratamiento impugnatorio de defectos de forma poco relevantes. De ese modo, la reforma identifica una serie de supuestos en los que la impugnación no será procedente:

La mera infracción de requisitos procedimentales relativos a la convocatoria o constitución de la Junta General o para la adopción del acuerdo.

- La reforma excepciona las infracciones que se refieran a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías precisas para la adopción del acuerdo.

La incorrección o insuficiencia de la información facilitada durante la celebración de la Junta General.

La participación de personas sin legitimación, a no ser que esta participación hubiera sido determinante para la constitución de la Junta.

La invalidez de los votos siempre que éstos no hayan sido concluyentes para la obtención de las mayorías exigibles.

Se unifica la totalidad de los casos de impugnación bajo el régimen general de anulación, haciendo desaparecer la diferenciación, aun hoy vigente, entre acuerdos nulos y anulables, estableciendo como único plazo de caducidad de la acción el de un año, con la única excepción de los acuerdos contrarios al orden público cuya impugnación será imprescriptible.

En la senda de evitar el abuso de derecho, solo se reconoce legitimación para impugnar los acuerdos a los socios que representen, individual o conjuntamente, al menos un 1% del capital (0,1% en las sociedades cotizadas). Este porcentaje podrá ser reducido en los estatutos sociales.

V. A VUELTAS CON EL DCHO. DE INFORMACIÓN DEL SOCIO.

Uno de los puntales básicos del denominado derecho de minoría de las sociedades mercantiles, el popular derecho de información, es, asimismo, objeto de revisión. El Proyecto pretende delimitar sus contornos aun a costa de debilitar su función. ¿Es adecuada esa reforma?

Es innegable que la excesiva alegación ante los Tribunales de la violación de la obligación de información ha terminado convirtiendo ese derecho en un verdadero “*commoditie*” jurídico, deformando su

verdadera finalidad.

La experiencia permite apreciar como la potencia de esa garantía, como antídoto ante posibles arbitrariedades de los administradores, había ido perdiendo pujanza y vigor. El abuso de su planteamiento, como argumento impugnatorio de los acuerdos adoptados en el seno de las sociedades mercantiles, ha ocasionado que los órganos judiciales desconfíen, por principio, de las reales motivaciones que existían tras él, no en vano es el motivo más moldeable y fácil para poner en jaque la marcha de las compañías.

El mencionado Proyecto de Ley, especifica en su Exposición de Motivos, que la reforma del derecho de información tiene como finalidad encontrar un punto de equilibrio entre los órganos de gobierno de las empresas (Administración vs Junta General), pero como siempre pasa, tras la ponderación de los intereses en juego, siempre hay alguien que se sale perdiendo en comparación al escenario preexistente.

La ensayada reforma del derecho de información, si bien mantiene en lo esencial los mismos postulados que la regulación actual, incorpora algunas relevantes novedades.

Si en la actualidad el muro sobre el que topa aquel derecho es el perjuicio que pudiera

causar al interés social, el Proyecto incorpora una nueva excepción: la información requerida debe ser imprescindible para la tutela de los derechos del socio, terminología difusa y de complicada concreción. Pero lo realmente importante de la reforma proyectada es la afectación de los mecanismos defensivos ante la supuesta infracción.

Difícilmente podemos encontrarnos ante una sociedad que niegue a sus socios la información legalmente prevista. Sin embargo, sí es habitual la disconformidad de los socios con la información facilitada al considerarla errónea y/o incompleta.

Pues bien, la reforma establece como regla general la inimpugnabilidad de los acuerdos sociales por motivo de la incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad, cierto es que matiza esa limitación, permitiendo la impugnación siempre que se pruebe que esa información habría sido “*esencial para el ejercicio razonable*” del derecho de voto. No es difícil apreciar que se estrechará el margen de actuación del socio ensanchando las facultades de la sociedad para limitar el acceso a determinados datos.

La viabilidad impugnatoria desaparece completamente, si la supuesta vulneración del derecho de información se produce durante la celebración de la Junta General.

Aquí la reforma ofrece una respuesta taxativa, el socio únicamente podrá exigir (judicialmente, se entiende) el cumplimiento de la obligación y reclamar daños y perjuicios que la infracción pudiera haberle causado, pero los acuerdos adoptados están a salvo.

Así pues, si la novedosa regulación se mantiene, los socios minoritarios que aspiren a mantener sus derechos a impugnar los acuerdos, sobre la base de la infracción del derecho de información, deberán requerir cuantas aclaraciones consideren precisas con carácter previo a la Junta General. Ciertamente es que la nueva regulación frenará la utilización del derecho de información como arma arrojadiza sobre la marcha de la sociedad, pues al margen de lo dicho, la reforma también abre, expresamente, la posibilidad de que la sociedad pueda reclamar indemnizaciones al socio por el uso abusivo de los datos a los que ha tenido acceso, lo que no deja de ser un elemento disuasorio añadido. No es menos cierto que la futura ordenación puede favorecer comportamientos obstaculizadores de esa facultad.

Quedamos a disposición para cualquier aclaración o comentario que pudieran precisar en relación con estas novedades.

* * *