

*Principales reformas del Derecho mercantil*, Varios autores. Marcial Pons, Madrid, 2016. Obra colectiva. 186 páginas.

por

SANTIAGO ARAGONÉS SEIJO

*Juez*

La editorial Marcial Pons publica en una breve obra colectiva las ponencias de las jornadas tituladas «Las principales reformas del Derecho mercantil», que tuvieron lugar el 10 y el 11 de noviembre de 2015 en el Colegio de Notarios de Cataluña. En las ponencias se examinan algunas novedades de las dos últimas modificaciones de nuestra legislación mercantil, que son la de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo y la de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

La obra se divide en seis capítulos en los que predomina el derecho societario. Su utilidad se aprecia en la exposición práctica de las mencionadas reformas mercantiles efectuada por juristas de reconocida trayectoria profesional, provenientes tanto de la magistratura como de la universidad.

En el primer capítulo, el Magistrado Luis RODRÍGUEZ VEGA examina «el derecho de separación de los socios por modificación del objeto social». Como es sabido, tanto la sustitución como la modificación sustancial del objeto social constituyen causas legales de separación de los socios. Tras examinar detenidamente la naturaleza y características del objeto social, el autor opina que la jurisprudencia del Tribunal Supremo declaraba que la separación del socio solo era procedente si la modificación del objeto era esencial. Se consideraba esencial según la importancia económica que pudieran tener las nuevas actividades sobre la actividad efectiva de la compañía. Por el contrario, cuando la modificación del objeto social no es esencial, el disidente debe permanecer en la sociedad sometido al régimen de mayorías.

Dado que en ocasiones la modificación del objeto social tiene lugar sin acuerdo de la junta, esto es, de hecho, el autor plantea la posibilidad de que —igualmente— se aplique el derecho de separación. En este sentido, RODRÍGUEZ VEGA considera que se da el ejercicio indirecto de un objeto social diferente cuando —simultáneamente— se dan dos circunstancias: (i) que se desarrolle una nueva actividad por parte de la compañía no incluida dentro de su objeto social, es decir, cualitativamente diferente; y, (ii) que esa diferente actividad tenga cuantitativamente una presencia relevante en la actividad global de la compañía. Es importante que el cambio pueda ser imputado a una decisión de la junta de socios pues, en caso contrario, estaríamos ante un exceso del órgano de administración en el ejercicio de sus funciones. Cabe aplaudir esta postura porque

la modificación de hecho del objeto social priva a los socios minoritarios del derecho de separación y les obliga a seguir formando parte de una sociedad que ha modificado la actividad contraviniendo sus estatutos.

Por su parte, Daniel VÁZQUEZ ALBERT —Profesor Titular de Derecho Mercantil— expone la interesante temática del «administrador de hecho y administrador oculto: novedades legislativas y jurisprudenciales». Considera el autor que, a partir de ahora, se ha impuesto una concepción funcional y amplia de la figura del administrador de hecho. Dicha institución se ha construido sobre la base de un efectivo ejercicio de la gestión social, con independencia de que exista un nombramiento caducado o inválido. La Ley 31/2014 ha incorporado por primera vez una definición del administrador de hecho que, sin embargo, puede dar lugar a una interpretación demasiado amplia, por haberse optado —finalmente— por el criterio de la ocasionalidad. Debemos compartir con VÁZQUEZ ALBERT que la mera ocasionalidad pueda dar lugar a la aplicación del régimen del administrador de hecho por la inseguridad que ello conlleva al funcionamiento de la sociedad.

Pese a las distintas posturas existentes en la doctrina, el Profesor VÁZQUEZ ALBERT considera que la responsabilidad del administrador de hecho abarca tanto las acciones como las omisiones, y —en cuanto a estas— destaca la del deber de promover la disolución. La casuística de esta responsabilidad es amplia y variada, pero el autor comenta los supuestos más habituales, que son: el apoderado general, el alto directivo, el representante persona física de administrador persona jurídica, el socio de control, el de la sociedad dominante y la de algunos terceros con facultades relativas a la gestión social. Pese al automatismo que puede desprenderse de la presente reforma, el autor considera —o más bien desea— que la jurisprudencia proseguirá con su tradicional línea moderada y ello por la seguridad jurídica que precisan los operadores jurídicos.

Por su dilatada experiencia en el derecho concursal, el Magistrado José María FERNÁNDEZ SEIJO analiza los problemas prácticos de las «unidades productivas y procedimiento concursal». Tras un minucioso análisis de los antecedentes legislativos y de la Directiva que se transpuso en la Ley Concursal, considera el autor que la unidad productiva lleva aparejada —necesariamente— la vigencia de las relaciones laborales y que —dentro de la masa activa— deberá identificarse el conjunto de los medios organizados destinados a llevar a cabo una actividad económica. Aunque se mencione a la subasta como medio ordinario de enajenación de los bienes, no se trata de la misma que se regula en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y se plantean —en consecuencia— dudas sobre su publicidad, la consignación por los postores y los elementos mínimos de la oferta. A nuestro parecer, tras la reforma de la subasta en la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 19/2015, de 13 de julio, la Ley Concursal se podría haber remitido a dicho procedimiento por la mayor publicidad y por la utilización de medios telemáticos.

Destaca el Magistrado que la Ley 9/2015, a diferencia de la regulación anterior, ha evidenciado la posibilidad de vender unidades productivas en las que se integren bienes o derechos con privilegio especial. También ha permitido que, en la determinación del precio de venta de la unidad productiva, pueda valorarse no solo el dinero en efectivo que se ingresa en el concurso sino también la subrogación en los créditos pendientes de los trabajadores y de la Seguridad Social y la incidencia que vaya a tener en los créditos contra la masa.

Finalmente, discrepa el autor con el nuevo régimen aplicable a los adquirentes que sean personas especialmente relacionadas con el deudor pues deja fuera

casos habituales, tales como la constitución de nuevas sociedades en las que los socios de la concursada se reserven un porcentaje no significativo de participaciones. Asimismo, critica que no exista cauce procesal para la declaración de esta vinculación, para cuyo vacío propone que la administración concursal emita un informe y se de trámite de alegaciones al oferente, al deudor y a los interesados en la venta.

La cuarta ponencia, del Catedrático de Derecho Mercantil Andrés RECALDE CASTELLS, relativa a «la competencia de la Junta general en relación con los actos de disposición sobre los activos esenciales», puede resultar de especial interés a los Notarios o a los Registradores —tanto Mercantiles como de la Propiedad— y, evidentemente, a los propios administradores de las sociedades de capital. Esta nueva competencia de la Junta general pretende evitar que, con la disposición de ciertos activos de la sociedad, se altere sustancialmente el objeto social o de que se vean afectados los intereses patrimoniales de los socios.

En cualquier caso, para calificar la operación, lo que procede valorar es si la transmisión incide sobre las actividades de la sociedad —ya sea el objeto o la forma de realizar la actividad— o su estructura financiera, más que valorar únicamente los activos que se transmiten. Por el contrario, no será necesario el acuerdo de la Junta si los negocios de disposición se subsumen en la actividad ordinaria de la sociedad, caso típico de la venta de inmuebles por una sociedad cuyo objeto es —precisamente— ese.

Respecto de la presunción legal de que la operación es esencial, el autor puntualiza que no se precisa en la norma si debe tenerse en cuenta el balance individual o, para las sociedades integradas en un grupo, el valor incluido en el balance consolidado. Además, también considera RECALDE CASTELLS, que en las sociedades de dimensión más reducida el umbral legal de la presunción cuando la operación supere el veinticinco por ciento, puede llegar a entorpecer el funcionamiento de la sociedad. En nuestra opinión, incluso en las sociedades más grandes, este acuerdo puede retrasar su funcionamiento ordinario dado que la junta se reúne esporádicamente.

El acuerdo de la Junta debe autorizar el concreto negocio de transmisión, resultando insuficiente —a juicio del autor— que anticipadamente valide o autorice futuros negocios de disposición sobre activos de la sociedad. Si no se adopta el acuerdo, podrá ejercitarse la acción individual de responsabilidad contra los administradores y los terceros —los adquirentes del bien o derecho— no deberían quedar protegidos si conocían o debían conocer la trascendencia de la operación.

Junto a la ponencia anterior, también resulta de especial utilidad la del «la retribución de administradores tras la reforma de la Ley de sociedades de capital en materia de gobierno corporativo por la Ley 31/2014», del Abogado José Ramón MORALES. Distingue este entre la remuneración que perciben los miembros del órgano de administración por su mera pertenencia a dicho órgano y la que retribuye el desempeño, en caso de Consejo de administración, de funciones de gestión y ejecución por determinados consejeros.

En las sociedades cotizadas se ha invertido la regla general, de forma que el cargo de administrador es necesariamente retribuido salvo previsión contraria de los estatutos. Afirma el autor que los criterios de moderación cuantitativa y de adecuación cualitativa de la remuneración que ahora fija la LSC son principios generales de carácter vinculante.

Se remunera al administrador en su condición de tal y sea porque desempeña funciones distintas de las ejecutivas o en los casos de administradores únicos,

solidarios o mancomunados. En tales casos, los estatutos sociales determinarán si el cargo es retribuido y los conceptos retributivos y corresponderá a la Junta general aprobar el importe máximo de la remuneración anual, techo máximo que MORALES rechaza aplicar para los casos de retribución de funciones ejecutivas. Sobre el listado de conceptos retributivos introducido en la LSC, el autor considera que no tiene carácter exhaustivo y que faltan incluir —entre otras— las remuneraciones en especie. Como en otras leyes, resulta criticable la introducción de numerosos listados que nunca pueden abarcar todos los supuestos. Por la reforma de la LSC, debe entenderse derogada la regla sobre la retribución de los administradores que contiene el Reglamento del Registro Mercantil.

En relación con la remuneración de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas, debe entenderse reducida exclusivamente a los casos en que el órgano de administración se estructura en forma de consejo de administración. Podrá percibirla el consejero delegado o el consejero al que se atribuyan funciones ejecutivas por otro título y será necesario un contrato —del que no se especifica si debe ser mercantil o laboral— entre el consejero y la sociedad aprobado con el voto de los dos tercios del consejo de administración. Considera el autor que la remuneración de esta clase de consejeros no debe hallarse prevista en los estatutos para ser procedente ni queda sujeta su cuantía máxima a la aprobación por la junta general en sociedades anónimas no cotizadas.

Finalmente, MORALES dedica un apartado específico a las especialidades existentes en las sociedades cotizadas. Para las cotizadas el cargo de consejero será necesariamente retribuido, salvo disposición contraria en los estatutos. Además, la junta general aprobará la política de remuneración de los consejeros con carácter vinculante cada tres años.

En la última parte de la obra el profesor de Derecho Mercantil Joaquim CASTAÑER CODINA trata las «principales novedades de la nueva Ley catalana de cooperativas». Como novedades —y críticas— más relevantes destaca el autor las siguientes: (i) el mantenimiento de la asamblea constitutiva pese a que la mayoría de leyes autonómicas han prescindido de ella; (ii) posibilidad de constitución exprés; (iii) supresión de la obligatoriedad del informe del experto independiente en las aportaciones no dinerarias; (iv) posibilidad de que se convoque la asamblea general por medio de anuncio en la página web; (v) la imposición del consejo rector incluso para cooperativas de menor medida, en las que podría bastar un administrador único; (vi) el reconocimiento de que formen parte del consejo rector personas que no sean socias; (vii) supresión de la obligatoriedad de la intervención de cuentas; (viii) la dotación mínima se reduce del treinta al veinte por ciento. El profesor CASTAÑER opina que se han introducido en la Ley catalana de cooperativas algunas novedades propias de las sociedades de capital, en especial, con la nueva publicidad telemática, en las modificaciones estructurales y en la reactivación de la cooperativa disuelta.

Podemos afirmar que esta obra colectiva trata exhaustivamente las últimas reformas introducidas en el derecho societario y en el concursal y que, a la espera de la jurisprudencia que se dicte en los próximos años, constituye una guía útil y breve para despejar dudas prácticas que suscita la nueva regulación.