



4QUATRO

Boletín legal

Nº 2 – 2019

Índice:

Páginas

I. Comentarios Mercantiles 2º trimestre 2019

1 - 6



I. Comentarios Mercantiles

ASISTENCIA TELEMÁTICA A LAS JUNTAS GENERALES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL.

En el marco de una sociedad global y cada vez más interconectada, resulta difícil en muchas ocasiones que los socios de una sociedad de capital puedan desplazarse al lugar de celebración de la Junta General por encontrarse repartidos por distintas partes del país o, incluso, del mundo. Con el fin de mitigar estas situaciones, el ordenamiento jurídico se ha visto obligado a adaptarse a esta nueva realidad, mediante la aceptación del uso de sistemas electrónicos, generalmente la videoconferencia, que permiten la asistencia telemática a la Junta General.

En ese sentido, la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, "**LSC**") parte de la obligación de que la Junta General se celebre en una ubicación física a la que puedan asistir personalmente los socios de la sociedad. Dicha ubicación, salvo disposición contraria de los Estatutos, se encontrará radicada en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio.

Pero la LSC, partiendo del principio de asistencia personal de los socios a la Junta General, también recoge la posibilidad de que éstos asistan a las Juntas de manera telemática. En concreto, el artículo 182 de la LSC, referido a las Sociedades Anónimas, permite la posibilidad de los socios de asistir telemáticamente a la Junta General siempre que los Estatutos lo prevean y se garantice debidamente la identidad del socio.

Asimismo, la convocatoria de la Junta General deberá expresar los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los socios, de modo que permita el ordenado desarrollo de la Junta, debiendo a tal efecto determinar los administradores que las intervenciones y propuestas de acuerdos de quienes tengan intención de intervenir por medios telemáticos, se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de constitución de la Junta

Por su parte, el artículo 189.2 de la LSC, establece, también en relación con las Sociedades Anónimas, que los accionistas podrán delegar o ejercitar el voto mediante correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia, igualmente, siempre que se garantice debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto y esté previsto en los Estatutos.

Por ende, no existen dudas acerca de la posibilidad de asistir a la Junta General, votar o delegar el voto por cualquier medio de comunicación a distancia en sede de Sociedad Anónima, siempre y cuando se cumplan con los requisitos fijados por la LSC.



I. Comentarios Mercantiles

Por su parte, en relación con las Sociedades Limitadas, la ley no hace ninguna mención expresa sobre la posibilidad del uso de medios telemáticos para la asistencia a la Junta, el ejercicio o delegación de voto. Esta situación ha generado dudas sobre la posibilidad de aplicar estos mecanismos a las Sociedades Limitadas, si bien la doctrina registral ha resuelto esta cuestión considerando válidas estas previsiones también para las Sociedades Limitadas.

En este sentido, **la Dirección General de los Registros y del Notariado concluyó en la Resolución de 19 de diciembre de 2012** que también es posible incluir en los Estatutos de una Sociedad Limitada el empleo de estos medios para la asistencia y voto en la Junta General, por resultar más amplio el principio de la autonomía de la voluntad de los socios en este tipo social. Asimismo, en cuanto a la delegación del voto por medios telemáticos, determina que será válida siempre que quede registrado en algún tipo de soporte, película, banda magnética o informática que permita su ulterior prueba.

Así pues, tanto en las Sociedades Anónimas como en las Sociedades Limitadas, los accionistas o socios podrán asistir a la Junta de Socios, ejercer y delegar el voto mediante medios de comunicación a distancia y, en especial, mediante videoconferencia, siempre y cuando **i)** se establezca en los Estatutos la posibilidad de asistencia telemática **ii)** se garantice debidamente la identidad del accionista que asiste, ejerce o delega su voto y **iii)** únicamente para los casos de delegación de voto por medios electrónicos, quede constancia de dicha delegación en cualquier tipo de soporte, película, banda magnética o informática.

LA RETRIBUCIÓN DEL CONSEJERO DELEGADO: CONSIDERACIONES A LA LUZ DE LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 31 DE OCTUBRE DE 2018 Y DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2018

El pasado 26 de febrero de 2018 se dictó por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo una controvertida sentencia (la cual fue objeto de análisis específico en nuestra Newsletter correspondiente al primer cuatrimestre de 2018, disponible en nuestra web), por cuanto el Alto Tribunal se apartaba de la interpretación que se venía haciendo de manera generalizada sobre la remuneración de los administradores de las sociedades no cotizadas desde la reforma para la mejora del gobierno corporativo operada por la Ley 31/2014.



I. Comentarios Mercantiles

En esta sentencia, el Tribunal Supremo estimó que la retribución del consejero delegado en las sociedades no cotizadas está sujeta, de manera cumulativa, a los requisitos previstos en,

- a.- el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), esto es, reserva estatutaria y aprobación por la Junta General, y,
- b.- el artículo 249 LSC, que establece la necesidad de suscribir un contrato entre la sociedad y el consejero delegado, previamente aprobado por el consejo de administración, en el que se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de las funciones ejecutivas.

Resumiendo, para el Tribunal Supremo no cabe remuneración que no esté expresamente determinada (en cuanto a su forma) en estatutos, cuando la doctrina entendía la reforma como que la remuneración recogida en el contrato del artículo 249 no necesitaba, adicionalmente, de la más rígida determinación estatutaria.

Aunque la sentencia “tiene algo más de miga” (y de cierto chascarrillo entre los profesionales), *grosso modo*, el Alto Tribunal, por tanto, establece un nuevo sistema que regula las retribuciones de los miembros del órgano de administración en el que se concatenan, por un lado, el régimen general contenido en los artículos 217 y ss. LSC aplicable a todos los administradores y, por otro, las especialidades propias del artículo 249 LSC aplicables a los consejeros delegados, quienes deberán firmar un contrato con la sociedad, tal y como avanzábamos con anterioridad, cuyo contenido habrá de ajustarse al marco estatutario previsto y al importe máximo anual de las retribuciones de los administradores fijado por acuerdo de la Junta General.

No obstante, este nuevo sistema *“ha de tener como consecuencia que la reserva estatutaria sea interpretada de un modo menos rígido”*, según reconoce el propio Tribunal, debido al ámbito de autonomía que se le reconoce al consejo de administración para, por una parte, distribuir la retribución entre los distintos administradores atendiendo a las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero y, por otra, designar un consejero delegado y aprobar el contrato donde se fije su remuneración.

Este ámbito de autonomía, continúa el Alto Tribunal, *“dentro de un marco estatutario entendido de una forma más flexible, debe permitir adecuar las retribuciones de los consejeros delegados o ejecutivos a las cambiantes exigencias de las propias sociedades y del tráfico económico en*



I. Comentarios Mercantiles

general, compaginándolos con las debidas garantías para los socios, que no deben verse sorprendidos por remuneraciones desproporcionadas, no previstas en los estatutos y por encima del importe máximo anual que la junta haya acordado para el conjunto de los administradores sociales.“

Este es el criterio adoptado por el Tribunal Supremo en la sentencia a que hacíamos referencia respecto de la remuneración de los consejeros delegados, cuestión que parecía pacífica hasta entonces y sobre la cual, en este momento, existe una gran confusión e incertidumbre.

En efecto, la ausencia de otros pronunciamientos que hayan refrendado dicho criterio (una sola sentencia no crea Jurisprudencia), la falta de concreción en cuanto a la supuesta menor rigidez exigida en la reserva estatutaria o la propia cláusula estatutaria enjuiciada por el Tribunal que excluía expresa y categóricamente toda reserva estatutaria o control de la Junta sobre la remuneración de los consejeros delegados invitan a pensar que, ni mucho menos, se trata de un asunto cerrado.

Mientras tanto, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) sí ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el particular mediante su Resolución de 31 de octubre de 2018. En ella, la DGRN acoge la tesis auspiciada por el Tribunal Supremo en la referida sentencia, pese a reconocer la ausencia de doctrina jurisprudencial en ese sentido y la particularísima redacción del clausula estatutaria que motivó el fallo del Alto Tribunal.

Dicha Resolución avala la inscripción de una cláusula estatutaria previamente denegada por el Registrador Mercantil de Madrid al no establecer el sistema o sistemas de retribución de los consejeros delegados. A juicio de la DGRN,

"de la lectura del párrafo cuarto del artículo 18 presentado a inscripción resulta que en él se incluye la eventual indemnización por cese anticipado de funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguros o de contribución a sistemas de ahorro, y del párrafo segundo del mismo artículo estatutario se desprende que también están incluidos los conceptos de dietas de asistencia y de indemnización por fallecimiento. Aun entendiendo que los conceptos retributivos de los consejeros retributivos deban constar necesariamente en los estatutos sociales, extremo que la sentencia no aclara si está afectado por la flexibilidad que patrocina, no puede apreciarse el mutismo que el Registrado aduce, por más que los criterios recogidos no coincidan con los percibidos como usuales en la práctica."



I. Comentarios Mercantiles

Asimismo, dispone que,

"los dos párrafos cuya inscripción ha sido rechazada no incluyen mención alguna que contradiga la eventual reserva estatutaria para acoger ciertos extremos relacionados con los emolumentos de los consejeros ejecutivos o nieguen la competencia de la Junta General para delimitar algunos elementos de su cuantificación, limitándose a prever que tendrán derecho a percibir las retribuciones adicionales que correspondan por el desempeño de funciones ejecutivas y a reproducir sustancialmente los requerimientos establecidos en los apartados 3 y 4 del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital".

Conforme a lo anterior, observamos que la DGRN esgrime un doble argumento para revocar la calificación del Registrador. Por un lado, acoge aquella menor rigidez en la interpretación de la reserva estatutaria aducida por el Tribunal Supremo, de modo que entiende comprendidos en la cláusula estatutaria los sistemas de remuneración del consejero delegado, aunque se realice casi incidentalmente mediante la transcripción literal del artículo 249 LSC o éstos no sean los más usuales. Asimismo, dispone que la cláusula estatutaria no se opone a los requisitos del artículo 217 LSC en contraposición con la cláusula que motivó el fallo del Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de febrero de 2018.

Por otra parte, el pasado 8 de noviembre de 2018, la DGRN volvió a pronunciarse como consecuencia del recurso interpuesto contra la calificación de la Registradora Mercantil de Valencia por la que denegó el nombramiento de un consejero delegado. En este caso, la Registradora deniega la inscripción al presuponer que el cargo de Consejero Delegado es retribuido *"sin que se regule estatutariamente el sistema de retribución del Consejero Delegado conforme a la STS 26-II-2018"*. Y añade que el defecto se puede subsanar modificando la redacción del artículo 22 de los estatutos sociales inscritos, según el cual *"la actuación del Órgano de Administración no estará retribuida"*, de modo que se regule estatutariamente el sistema de retribución del Consejero Delegado.

Aunque el objeto de discusión del presente recurso no sea propiamente los concretos requisitos que ha de reunir la redacción de una cláusula estatutaria en relación con la remuneración de los consejeros delegados para su válida inscripción en el Registro Mercantil, la DGRN resuelve el asunto dejando algunas conclusiones interesantes, a saber:



I. Comentarios Mercantiles

- La posibilidad de celebrar el contrato entre la sociedad y el consejero delegado a que se refiere el artículo 249 LSC aunque el cargo sea gratuito. En cualquier caso, el examen del contrato para apreciar si contradice o no el carácter retribuido del cargo de administrador no compete al Registrador Mercantil por cuanto dicho contrato carece de publicidad registral alguna.
- Asimismo, recoge la argumentación esgrimida en la Resolución de 31 de octubre de 2018, reafirmando que serán inscribibles aquellas cláusulas estatutarias que se limiten *"a prever que tendrán derecho a percibir las retribuciones adicionales que correspondan por el desempeño de funciones ejecutivas y a reproducir sustancialmente los requerimientos establecidos en los apartados 3 y 4 del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital"* y no introduzcan mención alguna que contradiga la reserva estatutaria o nieguen la competencia de la Junta General para delimitar su cuantificación.

A pesar de las aludidas Resoluciones de la DGRN, el grado de incertidumbre en relación con el cumplimiento de los requisitos exigibles para la válida percepción de la retribución por el consejero delegado sigue latente en la actualidad y persistirá en el futuro en tanto no medie otro pronunciamiento del Tribunal Supremo o modificación legislativa que aclare el nuevo régimen legal aplicable.

En consecuencia, en la medida en que persista la presente situación, resultaría recomendable adoptar los acuerdos necesarios para adecuar, en el caso de que fuese preciso, los Estatutos Sociales de las sociedades a la nueva realidad impuesta por el Tribunal Supremo, toda vez que el incumplimiento de los requisitos exigibles puede tener consecuencias bastante perniciosas tanto desde el punto de vista de la responsabilidad del administrador que ha percibido indebidamente sus emolumentos como desde la óptica tributaria en lo relativo a la deducibilidad del gasto en el Impuesto sobre Sociedades.

4QUATRO

Boletín legal

Nº 2– 2019

S · U · M · M · A

4QUATRO

SUMMA 4 ASESORES LEGALES Y TRIBUTARIOS, S.L.P.

Calle Velázquez 51, 4º izquierda. 28001 Madrid

Teléfono 91 1102100 - Fax 91 3910082 – www.summa4.es