



NOTA CRÍTICA DE ANA FERNÁNDEZ-TRESGUERRES

La Ley de Sociedades de Capital, en vigor

Este texto refundido nace con vocación de provisionalidad, aunque incluye un cambio muy importante en la forma en que hasta ahora se regulaban las sociedades. Plagada de novedades, algunas de las cuales exceden el mandato legal, genera muchas dudas de presente y de futuro.

El Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio (BOE de 3 de julio y corrección de errores en BOE de 30 de agosto) aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC).

Entró en vigor el 1 de septiembre, excepto en orden al artículo 515 relativo a la derogación blindajes en las sociedades cotizadas, que lo hará el 1 de julio de 2011.

El objeto de esta nota es destacar las novedades que incorpora, algunas de ellas, a mi juicio, excediendo el mandato legal y señalar la importancia que tales cambios presentan en la práctica jurídica societaria.

La habilitación legal, de acuerdo con lo previsto para los Decretos legislativos en el artículo 82.5 de la Constitución, se encuentra en la disposición final séptima de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles que faculta al Gobierno para refundir en un solo texto, en el plazo de un año, la Ley de sociedades anónimas, a su vez RD Legislativo, 1564/1989, de 22 de diciembre la Ley de sociedades limitadas 2/1995, de 23 de marzo, artículos 151 a 157 del Código de Comercio y el Título X de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores con excepción de determinados artículos regulatorios. Prevé además la regularización, aclaración y armonización de los textos refundidos.

Naturaleza provisional

1 Surge una reflexión inicial fundada en la política legislativa seguida. ¿Para qué publicar ahora este texto? Su naturaleza provisional, destacada en la Exposición de motivos y la clara dependencia del Derecho de sociedades al Derecho comunitario, muy crítico con el mismo concepto del capital, hace dudar de su oportunidad temporal, pues aún siendo el texto refundido una norma de gran valor, nace sin capacidad alguna de reforma más allá de lo novedoso del planteamiento. Acuñar legislativamente un Derecho de sociedades de capital no parece realista en el momento actual y la inclusión de los aspectos societarios de las sociedades cotizadas implicaría una rápida modificación. Constituye, en todo caso, un modelo distinto al *dumping* legislativo, desregularizador, del Derecho de sociedades comunitario en el que se busca la mayor simplicidad y la competencia entre legislaciones en ejercicio del libre establecimiento. El TRLSC, por su mero planteamiento introduce rigideces en las sociedades de capital.

Mayor Inseguridad jurídica

2 Por otra parte, en la práctica nacional, puede incrementarse la inseguridad jurídica por la inadecuación del texto al Reglamento del Registro Mercantil. La reforma realizada exige mucho más que la mera remuneración de los artículos legales en el Reglamento. También en su relación con los textos no refundidos, como la ley de sociedades profesionales o la ley de sociedades laborales va a crearse confusión.

Por no citar la normativa autonómica referente a sociedades públicas en las que el Estado, muy a menudo no ha ejercido su competencia –y pese a la DA 5º del TR- La precariedad del instrumento del RD Legislativo como ya indicó el Consejo de Estado al informar la Disposición final séptima de la ley 3/2009, debería haber conducido a una reforma legal –en el Parlamento- de nuestro sistema societario. El órgano consultivo destacó la dificultad de aclarar, regularizar, y armonizar a la que se enfrentaría el Gobierno.

Transposición ya expirada

3 El órgano consultivo destacó la dificultad de aclarar, regularizar, y armonizar a la que se enfrentaría el Gobierno por otra parte. ¿Qué ocurre con la transposición de la directiva de accionistas cuyo plazo expiró hace más de un año? El día en que se publique como es obligado, dejará sin una parte de actualidad el texto refundido.

Como puso de manifiesto la STS de 25 de junio de 1997 a propósito del TR sobre la Ley del Suelo, carecen de fuerza legal los preceptos del RD legislativo excedidos. La consecuencia será la consideración de dichas normas como reglamentarias y por tanto la posibilidad de ser recurridas ante los Tribunales de Justicia.

El exceso, además del que se pueda alegar en normas concretas, puede ser también genérico: la aplicación de normas creadas para la sociedad limitada a la anónima –por ejemplo el derecho de separación estatutario- o viceversa, –por ejemplo los requisitos de integridad de capital para las limitadas-, no pueden justificarse en la mera elusión de la analogía, pues en si el TRLSC innova y no refunde, en cuanto altera la conceptualización de los hasta ahora distintos tipos legales y crea rigideces en las pymes en un momento económico muy complicado.

También es dudosa la regulación de los

grupos que realiza el TRLSC: como destaca en su segundo informe del pasado 24 de junio el Consejo de Estado, en nuestro ordenamiento sólo existe una norma definitoria en el artículo 42 del Código de Comercio por lo que se excede en la definición el artículo 18 del TR.

Los trazos que añade sobre la preferencia de la filial o la ley aplicable a la matriz en el ámbito internacional o la innecesidad de acuerdos de Junta general en algunos casos, perfilan un embrionario Derecho de grupos, en el que la bondad de la solución no evita el exceso legislativo.

Otras leyes sin derogar

4 Junto con los textos refundidos no se derogan ni la Ley sobre modificaciones estructurales ni la Ley de sociedades profesionales, en cuanto se refieren también a sociedades personalistas.

Tampoco se refunden las sociedades laborales, posiblemente por su carácter especial además de las cuestiones competenciales concurrentes. Ni se deroga la ley sobre sociedad anónima europea domiciliada en España ni la Ley de Nueva Empresa, en cuanto sus disposiciones finales y adicionales siguen en vigor. El RD Legislativo 1/2010, toma además normas de otras leyes como es el caso de la recientemente modificada Ley de auditoría (art. 107) o de la Ley Concursal.

Entrando, someramente, en su articulado el TRLSC modifica el capital social mínimo. Frente a la cifra de 60.101,21 o 3005,06 que resulta de la adecuación a euros y redondeo al alza según ley 46/1998, de 17 de diciembre, y en el caso de la anónima, además, de la segunda directiva, 77/91/CE, que se refiere a las unidades de cuenta del capital mínimo en su artículo 6, el TRLSC, redondea a la baja ambas cifras. Ello es totalmente lógico en cuanto evita difíciles encuadres y redondeos. Pero carece el Gobierno de habilitación legal para ello.

El redondeo además tendrá sus consecuencias, si bien testimoniales, en las reducciones de capital por pérdidas.

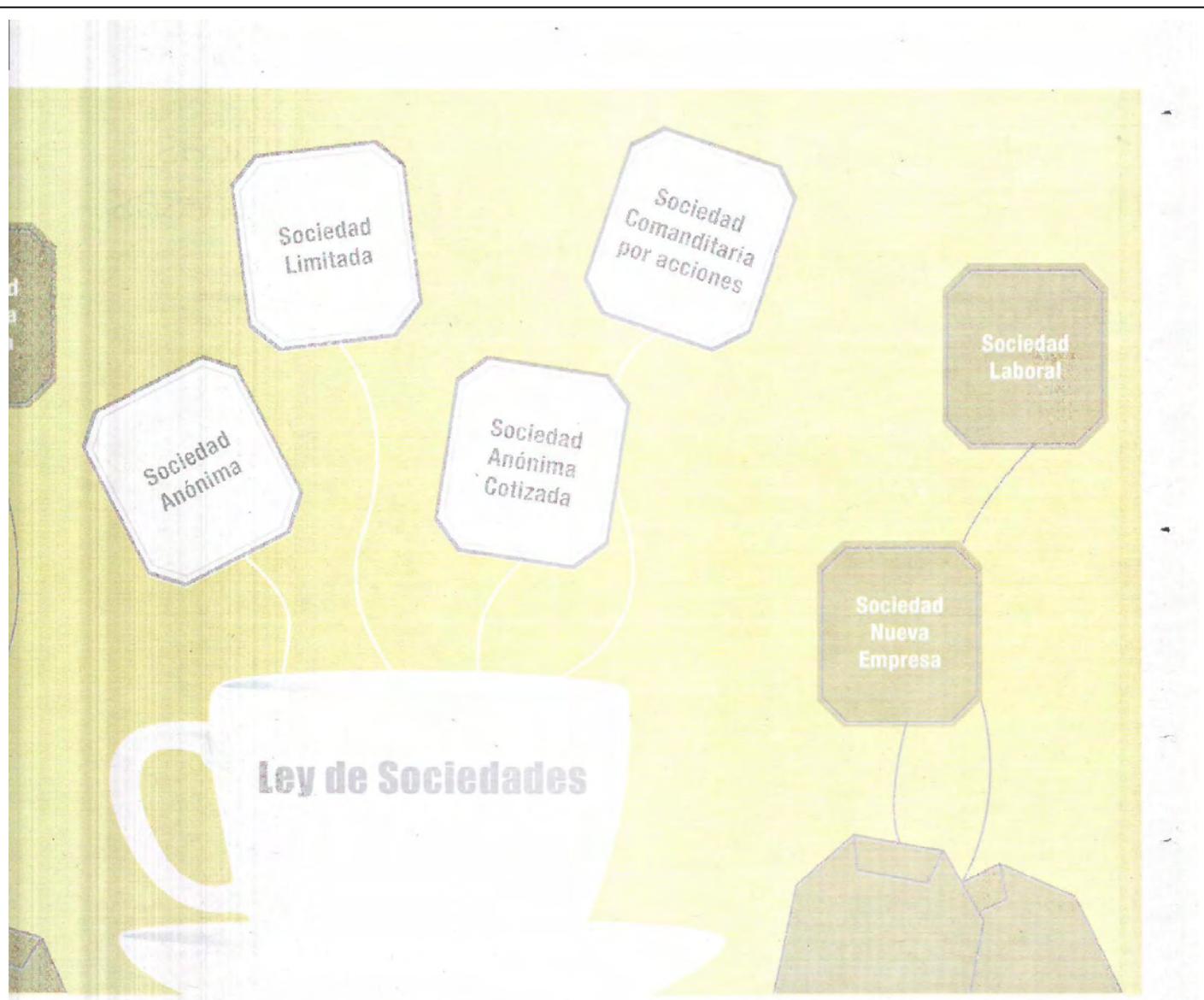
Nulidad de una sociedad

5 Cuestión llamativa es la regulación de la nulidad de la sociedad. Si bien el artículo 4 de la Directiva 77/91/CE se refiere indistintamente, a la carencia de determinadas menciones en la escritura de constitución o en los estatutos, ahora el artículo puntualiza en qué parte del contrato



constitutivo debe figurar cada extremo duplicando la situación de las aportaciones, en cuanto habrán de expresarse en la escritura y en los estatutos.

Significa esta novedad que puede ser calificada negativamente una escritura de constitución de sociedad de capital que indique, como es lo usual que el capital se integra por las aportaciones que describe, señalando su numeración?



RE: EN ESPAÑOL

La consecuencia es inaceptable. Más aún si se tiene en cuenta que implicaría una modificación estatutaria, con sus correspondientes rigideces, cualquier alteración objetiva de las mismas. Por otra parte, y aunque parecía un error, su no constancia en la corrección publicada el día 30 de septiembre, hace pensar que realmente el Gobierno añade un requisito más a los aumentos de capital de las pymes.

En adelante en los aumentos en el capital de la SL, se exigirán si se realizan con cargo a reservas o beneficios, un informe de auditor y de no estar obligada la sociedad a ello, uno designado por el Registro Mercantil. Mas costes -no negociables- donde la DGRN había sido flexible rechazando su exigencia.

Usufructo de participaciones

6 En las complicadas relaciones competenciales civiles que rigen en España no parece prudente cambiar el criterio regulador del usufructo de participa-

SE EXIGIRÁ PARA LOS AUMENTOS DE CAPITAL A RESERVAS O BENEFICIOS UN INFORME DE AUDITOR

LA CONCURRENCIA DE LA NORMATIVA CON JURISPRUDENCIA PREVIA CREA PROBLEMAS

paciones sociales. Además de modificar, injustificadamente su prelación asimilando a la SA -y cambiando las reglas de liquidación de los ya constituidos- la norma de cierre es ahora el Código Civil y no la legislación civil aplicable -por ejemplo un usufructo testamentario catalán, navarro o aragonés-. Además de la trascendencia que para las sociedades familiares tiene este cambio normativo, se considera que el Gobierno carece de com-

petencia con base al artículo 82 CE y 149.1.8 para dicho cambio.

La concurrencia de la norma refundida con criterios jurisprudenciales anteriores, crea asimismo problemas ¿puede nuevamente constituirse una SL con cuatro administradores mancomunados? ¿Una SA cerrada o unipersonal ya no puede por unanimidad en junta universal, evitar la subasta pública, claramente antieconómica, de sus bienes en liquidación?

Sin lugar de celebración

7 Máss aceptable resulta que de no establecerse en la convocatoria el lugar de celebración, se entienda celebrada la junta en el domicilio social, norma previamente inexistente pero sobre el que existe jurisprudencia reiterada. Dado que nada ha de innovar, el Real Decreto legislativo no posee, en cuanto su mismo texto, Disposiciones Transitorias. ¿Qué

ocurre con las SA que ahora están en liquidación? El arbitraje o transacción sobre cuestiones liquidatorias no exigirá la actuación de la Junta general sino sólo la decisión de los administradores como indica *ex novo* el TRLSC.

Muchas más novedades presenta el texto: en las prestaciones accesorias; en la cancelación del depósito bancario vigente la certificación del artículo 62, obligación dirigida a las Entidades de crédito; la modificación del régimen sancionador a empresas y administradores; en el establecimiento de plazos en los procedimientos judiciales de impugnación; sobre el valor del libro registro ya iniciado en la Ley 13/2009 y que ahora se extiende; en la relación entre Junta y administradores; clases de juntas en SL; la posibilidad de privilegios de las cuotas de liquidación en SA...

Una norma capital, en su doble sentido, que presenta muchas incertidumbres.

©Notaria Registradora de la Propiedad y Mercantil excedente