

COMENTARIOS DE EMISORES ESPAÑOLES EN RELACIÓN CON EL ANTEPROYECTO DE LEY X/2014, DE XX, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO.

El pasado 16 de diciembre de 2013 se publicó el Anteproyecto de Ley X/2014, de modificación de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (el “Anteproyecto”). Dicho Anteproyecto recoge, con cambios mínimos el texto “Estudio sobre propuesta de modificaciones normativas” (EPMN) elaborado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, nombrada por acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, y que se publicó el pasado 14 de octubre.

En la Asociación Emisores Españoles mantenemos una importante preocupación por los temas relacionados con el gobierno corporativo de las sociedades y, en especial, por el de las sociedades cotizadas, siendo unos de nuestros objetivos contribuir al desarrollo de estándares elevados de gobierno corporativo y promover la comunicación entre las sociedades y sus accionistas. Por ello, desde la Asociación, siempre hemos mostrado interés por las mejoras que puedan producirse en estas materias y hemos colaborado con las diversas iniciativas que se han ido produciendo, como, recientemente, con las normas relativas a los Informes de gobierno corporativo y de retribuciones del Consejo de Administración, dictadas por la CNMV.

En este sentido, ya dimos la bienvenida al Estudio preparado por la Comisión de Expertos y quisimos destacar el extraordinario esfuerzo realizado por la misma en un plazo tan breve, habiendo producido un documento muy sólido, coherente, con explicaciones claras y unas propuestas normativas concretas, que suponen un importante avance en materia de gobierno corporativo, adaptando nuestra normativa y prácticas a los estándares más avanzados y, al mismo tiempo, introduciendo algunas mejoras relevantes y útiles para el funcionamiento de las sociedades mercantiles y, en especial, para las sociedades cotizadas.

Somos conscientes del breve plazo que ha fijado el Consejo de Ministros para el trámite de audiencia pública del Anteproyecto, 15 de enero de 2014, para su posterior vuelta al Consejo de Ministros e inicio de la correspondiente tramitación parlamentaria, pero deseamos tener la oportunidad de expresar nuestra inquietud respecto de algunas de las propuestas presentadas, así como de plantear algunas propuestas de mejora –entendemos- respecto de algunos de los textos normativos planteados.

Se incluyen, a continuación, algunas observaciones al Anteproyecto, que no se apartan de su contenido esencial.

- **Intervención de la Junta General en asuntos de gestión (propuesta Art. 161 LSC)**

No se considera necesaria la inclusión de este nuevo artículo, toda vez que el art. 160 LSC, en su redacción actual, ya prevé que los Estatutos puedan otorgar a la Junta General competencia para cualquier tipo de asuntos, incluidos, por tanto, los de gestión. La innecesariedad de este artículo 161 LSC en relación con el art. 160 LSC, se corrobora por el hecho de que ni siquiera la atribución de competencias a la Junta General en materia de gestión es obligatoria, dado que

el artículo 161 admite que los Estatutos excluyan los asuntos de gestión entre las competencias de la Junta General.

- **Conflicto de intereses del accionista en la Junta General (propuesta Art. 190 LSC)**

La nueva redacción del art. 190 LSC contenida en el EPMN establece por primera vez en nuestro Derecho la prohibición de que el accionista de la sociedad anónima ejercite el derecho de voto correspondiente a sus acciones en los supuestos en que se halle en conflicto de interés.

Así en el primer apartado de dicho nuevo precepto se impone esta solución normativa, con ligeras modulaciones, para las mismas situaciones de conflicto de interés para las que hasta ahora se prohibía al socio de las sociedades de responsabilidad limitada (autorización para transmitir acciones sujetas a restricción legal o estatutaria, exclusión de la sociedad, liberación de una obligación o concesión de un derecho y otorgamiento de asistencia financiera – incluidas garantías- y dispensación de las obligaciones derivadas del deber de lealtad acordada conforme a lo previsto en el art. 230 LSC en la redacción propuesta para el mismo por el EPMN).

Para situaciones de conflicto de interés del accionista distintas de las señaladas en el apartado 1 del nuevo art. 190 LSC, el tercer apartado del mismo precepto permite el ejercicio del derecho de voto por parte del accionista afectado, si bien si el acuerdo de la Junta en que intervino decisivamente el accionista fuera impugnado, se presume que el acuerdo lesiona el interés social, correspondiendo a la sociedad o en su caso al accionista probar que el acuerdo fue conforme al interés social.

En relación con el apartado 1 del nuevo art. 190, parece discutible en primer lugar que dicho precepto debiera indicar expresamente si la prohibición de ejercitar el derecho de voto establecida en el mismo, comprende también la prohibición de otorgar representación sin instrucciones de voto a favor de representante para que éste vote en Junta General.

En relación con el apartado 3 del nuevo art. 190 no compartimos que en los supuestos generales de conflicto de interés (todos menos los enumerados en el primer apartado del artículo) deba existir una presunción de lesividad del acuerdo impugnado, que altera el régimen general que impone al demandante probar la lesividad del acuerdo adoptado para el interés social. Dicha alteración de la carga de la prueba no se justifica en modo alguno, siendo además totalmente inusual en nuestro Derecho de Sociedades que ni siquiera para el caso de sociedades de responsabilidad limitada establecía norma semejante pese a regular los conflictos de intereses del socio a la hora de ejercer el voto en Junta General.

Por otra parte la excepción (acuerdos *“en los que el conflicto de interés no sea transaccional, sino meramente posicional”*) que a dicha regla excepcional de presunción de lesividad pretende establecerse en la última frase de este apartado 3 del art. 190 es de imposible exégesis, al no definirse en la norma ni en ninguna otra de nuestro ordenamiento qué deba entenderse por conflicto transaccional o posicional. Por todo lo anteriormente comentado,

abogamos por la supresión del apartado 3 del art. 190 y por la aplicación a las sociedades anónimas de la regulación actual de los conflictos de interés en los socios de las sociedades de responsabilidad limitada, y en los mismos términos que en ésta.

- **Acción social de responsabilidad contra los administradores (propuesta Art. 239 LSC)**

La propuesta de redacción del nuevo artículo 239 LSC, amplía la legitimación activa para el ejercicio de la acción de responsabilidad frente a los administradores, a los accionistas que ostenten al menos el 3% del capital (nuevo concepto de minoría), permitiendo además que lo hagan directamente ante el juez sin pasar por la junta en los casos en que aquélla se fundamente en la infracción del deber de lealtad. Se considera esto último excesivo teniendo en cuenta que los accionistas que reúnen al menos el 3% del capital ya cuentan con legitimación para solicitar la convocatoria de la Junta y para complementar el orden del día de la misma. Por no decir que esta iniciativa puede promover una interposición exagerada de litigios en la materia.

Por otro lado, no se entiende la posibilidad de ejercitar directamente la acción social de responsabilidad por incumplimiento del deber de lealtad cuando existe la posibilidad de que la junta, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 230, pueda autorizar expresamente algunos supuestos que objetivamente pudieran suponer una transacción sujeta al deber de lealtad. En definitiva, el reconocimiento de este derecho a los accionistas minoritarios priva a la junta de la posibilidad de exceptuar el supuesto reclamado.

- **Frecuencia de las reuniones del Consejo de Administración (propuesta Art. 245 LSC)**

El Anteproyecto introduce un nuevo apartado 3 en el artículo 245 LSC relativo a la “Organización y funcionamiento del Consejo de Administración”. En particular, la literalidad de la propuesta establece que “el Consejo de Administración **deberá reunirse, al menos, una vez al trimestre**”.

La justificación de dicha propuesta radica, según el EPMN, en la necesidad de que el Consejo de Administración mantenga una presencia constante en la vida de la sociedad, debiendo reunirse “con la frecuencia necesaria para desempeñar con eficacia sus funciones de administración y supervisión”. Además, se argumenta en el EPMN que el establecimiento con carácter legal e imperativo de un número mínimo anual de reuniones del consejo, suficientemente alto para el correcto desarrollo de sus funciones, supondría una rigidez excesiva que no permitiría adaptar el funcionamiento del consejo a las necesidades de cada sociedad en cada momento. Es precisamente esta argumentación la que consideramos que en cierto modo contradice la propuesta realizada en el artículo 245.3 LSC, puesto que, aunque no se fija por la norma un número determinado de reuniones a celebrar por el consejo, sí que indirectamente se establece un mínimo en el ámbito temporal, al requerirse una reunión del consejo, al menos, trimestralmente. Esta limitación, por tanto, no se adapta a las necesidades que en cada momento puede requerir una sociedad, que en determinados casos y circunstancias no requieren que el consejo de administración se reúna con la frecuencia que indica la propuesta de norma.

La propuesta está enmarcada en el ámbito de las sociedades de capital, siendo aplicable tanto a las sociedades anónimas como a las sociedades de responsabilidad limitada, cuya administración esté formada por un consejo de administración. Precisamente en la aplicación de la norma con carácter general a las sociedades de capital, es donde entendemos que da lugar a un régimen normativo excesivamente estricto, al no considerarse la diversa tipología de sociedades existente en el tráfico mercantil, principalmente en cuanto al tamaño estructural se refiere y a la actividad empresarial que éstas desarrollan. En particular, si nos referimos al ámbito de las sociedades cotizadas, la propuesta de norma no parece plantear problema alguno. Sin embargo, en sociedades cotizadas que a su vez son sociedad matriz de un grupo de sociedades, y que sus filiales están administradas por un consejo de administración, se da habitualmente la circunstancia que por el objeto social de la compañía filial (sociedades de mera tenencia de bienes o de cartera) o por la escasa actividad empresarial que desarrolla la filial en cuestión, no resulta necesario establecer, al menos, una reunión trimestral del consejo de administración, por la operativa que todo ello conlleva, y menos aún, establecerlo como un deber tal y como recoge la propia propuesta.

Además, sin perjuicio del supuesto anteriormente expuesto, la casuística en este sentido puede ser muy amplia, y por ello, estimamos conveniente la supresión de la propuesta contenida en el artículo 245.3 LSC, o limitarla a los Consejos de Administración de las sociedades cotizadas, incorporando la propuesta en el artículo 529 bis LSC.

- **Contratos con consejeros ejecutivos (propuesta Art. 249 apart. 3º y 4º LSC)**

Entendemos que la regulación incluida en la propuesta de redacción de nuevo artículo 249 LSC, excede del ámbito de la norma mercantil ya que entra a regular el contenido del contrato con el consejero ejecutivo.

Por otro lado, cabe la duda de si en caso de reelección del consejero ejecutivo habría que someter a la aprobación del Consejo dicho contrato con los requisitos establecidos en el mencionado artículo, aunque el mismo no se modifique, ya que siempre que se reelige al consejero hay que volver a delegar facultades.

- **Facultades indelegables (propuesta Art. 249 bis LSC)**

El Anteproyecto de Ley para la mejora del Gobierno Corporativo prevé que el nombramiento y la destitución de los directivos que tuvieran dependencia directa del Consejo de Administración o del primer ejecutivo de la compañía, así como el establecimiento de las condiciones básicas de sus contratos, incluyendo su retribución, sea una competencia indelegable del Consejo de Administración.

En el caso de los directivos que dependen directamente del primer ejecutivo, la reserva al Consejo de su nombramiento, destitución y establecimiento de las condiciones básicas de sus contratos, incluida la retribución, supone una excesiva rigidez, que podría conllevar dilaciones, retrasos o una sobrecarga de los Consejos de Administración en función de la compañía. Ello se evitaría reservando al Consejo de Administración una competencia de supervisión o de control

de esta cuestión. Este cambio de competencia determinaría una intervención ex post del Consejo de Administración, superándose así las dificultades que presenta la redacción propuesta del artículo 249 bis LSC.

Por ello, se propone la siguiente redacción para el apartado h, del artículo 249 bis LSC:

“El consejo de administración no podrá delegar en ningún caso las siguientes facultades:

h) El nombramiento y destitución de los directivos que tuvieran dependencia directa del Consejo o del primer ejecutivo de la compañía, así como el establecimiento de las condiciones básicas de sus contratos, incluyendo su retribución.”

A continuación, en nuevo apartado del artículo 249 bis LSC, se incluiría la siguiente competencia indelegable del consejo de administración:

“La supervisión de los nombramientos y destituciones y de las condiciones básicas de los contratos, incluyendo su retribución, de los directivos que tengan dependencia directa del primer ejecutivo de la compañía.”

- **Competencias adicionales de la Junta General (propuesta Art. 511 bis LSC)**

La propuesta de nuevo art. 511 bis LSC reserva a la exclusiva competencia de la Junta General la decisión sobre la adquisición y enajenación de activos operativos esenciales, y la incorporación a entidades dependientes de actividades esenciales, presumiendo que son esenciales los activos y las actividades en que el volumen de operación o de la actividad sea superior al 25% del total de activos del balance. El precepto, sin embargo, no precisa ni aclara una serie de extremos que resultan fundamentales para su aplicación.

Así, en primer lugar, el nuevo precepto no determina si el total de activos que han de confrontarse, para determinar si el activo operativo (o la actividad) a adquirir o transmitir es o no esencial, son los que figuran en el balance individual de la sociedad cotizada o por el contrario en el balance del Grupo consolidado. Tampoco la propuesta aclara qué deba entenderse por volumen de la operación, de cuyo cálculo depende si el activo a adquirir o transmitir es esencial, y así por ejemplo, se desconoce si por volumen hay que atender al precio a abonar o percibir o por el contrario al valor contable del activo a adquirir o transmitir.

Hay que tener además en cuenta que, dada la complejidad de los negocios jurídicos de adquisición y transmisión de los activos de las sociedades cotizadas, es muy frecuente que, los mismos incluyan cláusulas por las que se pacten pagos adicionales, en el caso de que se cumplan en el futuro algunas condiciones generalmente ligadas a la evolución del activo tras la adquisición o enajenación de éste (ej. cláusulas *'earnout'*). Dado que dichos pagos son eventuales, por depender enteramente del cumplimiento incierto y futuro de unas determinadas condiciones, y teniendo en cuenta que la autorización de la Junta General debe ser en todo caso previa a la operación de adquisición o transmisión, consideramos que dicho

eventual mayor precio no debe ser tenido en cuenta a la hora del cálculo del “volumen de la operación”, a los efectos del art. 511 bis.

Otro extremo que no aclara la norma es de la Junta de qué sociedad (si de la Junta de la matriz cotizada o de la Junta de su filial) debe proceder la autorización cuando se trata de la venta de un activo operativo de una sociedad filial de una sociedad cotizada.

Por otro lado, debemos indicar que el término activo operativo no aparece si quiera mencionado en el Plan General Contable, y no nos consta que exista ninguna definición en ninguna normal contable ni legal. Es por ello, que abogamos bien por la inclusión de una definición al respecto, bien por su sustitución por otro término consolidado en la práctica contable en nuestro país.

Señalar finalmente que la expresión “*Se presumirá...*” debería ser sustituida por otra más precisa, como “*se considerará*” o “*se entenderá*”. Inclusive, desde el punto de vista de regulación, otorga mayor certeza una presunción absoluta de no esencialidad, que una presunción iuris tantum de esencialidad, por lo que pudiera ser preferible estipular en el art.511bis.2 que “No tendrán carácter esencial las actividades y los activos operativos cuando el volumen de la operación no supere el veinticinco por ciento del total de activos del balance”, en lugar de dejar abierta la duda de si lo es o no por el hecho de superar el indicado porcentaje.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, si nos referimos en particular a la propuesta de apartado b) del artículo 511 bis LSC, en el que se considera materia reservada de la Junta General “*la adquisición o enajenación de activos operativos esenciales*”, sería conveniente exceptuar en la propia norma la competencia de la Junta General en aquellos casos en los que la sociedad cotizada hubiera acordado su disolución, y por tanto, abierto el periodo de liquidación. El motivo no es otro que evitar que en sociedades cotizadas en disolución, dicha competencia de la Junta General entre en conflicto y/o contradicción con el vigente artículo 387 LSC, en el que se establece el deber de los liquidadores de enajenar los bienes sociales, es decir, sin que éstos requieran el consentimiento o la previa aprobación de la Junta General para proceder a su enajenación.

- **Remuneración de Consejeros (propuesta Arts. 217 y 529 septdecies, octodecies y novodecies)**

- Carácter retribuido del cargo:

En cuanto a la obligación de que el cargo de administrador de las sociedades cotizadas sea necesariamente retribuido (artículo 529 sexdecies), entendemos que la remuneración del Consejo debe de ser una decisión particular de cada empresa, al formar parte del principio fundamental de autonomía privada. Establecer la retribución obligatoria puede resultar restrictivo y no es necesario desde el punto de vista del buen gobierno. Por ello, a similitud del

artículo 217, proponemos que la redacción establezca que *“el cargo de consejero de sociedad cotizada será retribuido, a menos que los estatutos establezcan lo contrario.”*

- Distinción entre las funciones de los Consejeros como tales y las funciones ejecutivas:

Uno de los principales problemas jurídicos que se ha planteado a lo largo de los últimos años, ha sido la interpretación que han hecho las distintas Salas del Tribunal Supremo sobre el régimen de los Consejeros, al considerar que las funciones ejecutivas de los Consejeros son inherentes a sus funciones de Consejeros como tales (Teoría del Vínculo). Por ello, y aunque valoramos positivamente que los artículos 529 septdecies y 529 octodecies, distinguen implícitamente entre la remuneración que perciben los consejeros por su condición de tales, de aquella que perciben por el desempeño de funciones ejecutivas, creemos conveniente, en aras de una mayor seguridad jurídica, que la propuesta normativa vaya un paso más allá y especifique, tanto en el artículo 217.2 como en el artículo 529 septdecies, que las funciones de los Consejeros como tales, son las relativas a las labores de supervisión y decisión colegiada.

Igualmente, se valora de manera positiva que los artículos 529 septdecies y octodecies, faculden expresamente al propio Consejo de Administración para fijar, dentro del marco estatutario previsto y conforme a la “Política de Remuneraciones”, la remuneración de cada consejero tanto por el desempeño de sus funciones de supervisión y decisión colegiada, como por el desempeño de sus funciones ejecutivas.

- Sistema dual de la Política de Remuneraciones y del Informe Anual sobre Remuneraciones:

Nos suscita varias dudas la redacción propuesta del artículo 529 novodecies, en cuanto a la dualidad del sistema de “Política de Remuneraciones” e “Informe Anual sobre Remuneraciones”. Este artículo, distingue entre la mencionada “Política”, que debe ser aprobada con carácter vinculante por la Junta General de Accionistas, al menos cada tres años, e incluir *“la cuantía de la retribución fija anual y su variación en el periodo al que la política se refiera, los distintos parámetros para la fijación de los componentes variables y los términos y condiciones principales de los contratos”* y el “Informe Anual” que, como se recoge en el artículo 541, se somete, con carácter anual, al voto consultivo de la Junta General de Accionistas. Este Informe, según lo recogido en dicho artículo y conforme al modelo aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, debe contener la política de remuneraciones de la Sociedad para el ejercicio en curso, el ejercicio cerrado y los ejercicios futuros. Además, por su parte, el artículo 529 novodecies establece que en el caso de que este Informe *“sea rechazado en la votación consultiva de cualquier junta general ordinaria, la Política de Remuneraciones aplicable para el ejercicio siguiente, siempre que no hubiera sido aprobada en esa misma junta general ordinaria, deberá someterse a la aprobación de la junta general con carácter previo a su aplicación, aunque no hubiera transcurrido el plazo de tres años anteriormente mencionado”*.

Sería oportuno aclarar las razones que justifican el establecimiento de un sistema dual, que establece por un lado, la obligación de tener una Política de Remuneraciones que debe aprobarse de manera vinculante cada tres años y, a la vez, un Informe de Retribuciones (que contiene toda la información relativa a la Política) que debe aprobarse de manera consultiva con carácter anual, aunque si no se aprueba, el voto consultivo se convierte en una especie de voto vinculante pues se debería someter de nuevo a aprobación la Política de Remuneraciones, antes de su aplicación a no ser que se hubiera aprobado en esa misma Junta. Creemos que resultaría un tanto extraño que, los accionistas aprobaran en la Junta la Política y no el Informe, que a su vez desarrolla la Política o que incluso aprobaran el Informe pero no la Política.

Es decir, al establecer este sistema dual de voto vinculante de, la Política por un lado y de voto consultivo del Informe pero vinculante si es rechazado por otro, se está abriendo la posibilidad de que se pueda aprobar uno de los documentos y no el otro, lo que en la práctica dificultaría el funcionamiento de la sociedad, obligándola a convocar juntas extraordinarias, únicamente para esta cuestión, con los costes que eso conlleva en una sociedad cotizada, generando además una gran incertidumbre en cuanto a la política retributiva que se debería aplicar a los Consejeros durante el periodo que medie entre la celebración de una Junta y otra. En consecuencia, sería conveniente establecer un único sistema de aprobación con un único documento, puesto que si el modelo de Informe de Remuneraciones ya prevé que se deba incluir la información relativa a la Política de Remuneraciones, tanto presente como futura, no vemos la necesidad de establecer esta Política en un documento separado, con un régimen de aprobación distinto.

Por último, podría resultar excesivamente rígido, tener que fijar con tres años de antelación las variaciones en la retribución fija y los parámetros de la retribución variable, pues limita la posibilidad de que cada compañía pueda ir ajustando cada año, según las condiciones del mercado y sus propias circunstancias, los importes y parámetros de la retribución de sus consejeros ejecutivos.

- **Consejeros independientes (propuesta Art. 529 undecies LSC)**

La propuesta de nuevo art. 529 undecies LSC contiene una definición de consejero independiente que no se aparta de lo dispuesto en el Art. 8 de la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo. Se considera por tanto que no pueden ser consejeros independientes quienes “hayan sido consejeros durante un periodo continuado superior a 12 años”.

No obstante, sería conveniente incorporar a la LSC el régimen transitorio contenido en la disposición transitoria segunda de la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo (en los términos establecidos en la Orden ECC/2515/2013).

- **Asociaciones de accionistas (propuesta Art. 539.4 LSC) y conocimiento de la identidad de los accionistas (Art. 497 LSC)**

Abogamos por introducir algunas modificaciones en la propuesta de arts. 539.4 LSC y 497 LSC, con objeto de:

- a) Que las sociedades emisoras puedan tener conocimiento en todo momento del número e identidad de los accionistas miembros de la asociación con la finalidad de conocer el capital social representado por ésta para facilitar el uso por la asociación de los derechos reconocidos al capital social que representa y los derechos reconocidos a los accionistas que la componen. Es por ello que proponemos que la letra e) del art. 539.4 LSC *in fine* sea redactada como sigue: *“El registro de representaciones estará a disposición de la Comisión Nacional del Mercado de Valores **y de la entidad emisora.**”*
- b) Igualmente, en el apartado 3 del artículo 497, al hacer referencia al desarrollo reglamentario, entendemos que este se debe referir únicamente al apartado correspondiente a la regulación del derecho de las Asociaciones a conocer la identidad de los accionistas porque entendemos que el derecho de la propia entidad emisora a conocer la identidad de sus accionistas está ya suficientemente regulado. Proponemos por consiguiente la modificación de dicho apartado para que quede redactado en la forma siguiente: *“3. Reglamentariamente se concretarán los aspectos técnicos y formales necesarios para el ejercicio del derecho a los datos conforme a lo establecido en el **apartado anterior.**”*

- **Nuevas competencias supervisoras de la CNMV. Disposición adicional séptima LSC.**

A diferencia del EPMN, el Anteproyecto amplía las competencias supervisoras de la CNMV a los arts. 514 (igualdad de trato [de los accionistas en relación a la Junta General]), 515 (plazo de convocatoria de las juntas generales extraordinarias), 516 (publicidad de la convocatoria [de la Junta General]), 517 (contenido del anuncio de convocatoria [de la Junta General]), y 529 (publicidad del reglamento [del Consejo de Administración]) de la LSC.

El otorgamiento a la CNMV de competencias supervisoras, en relación con el régimen de convocatoria de la Junta General de una sociedad mercantil (hasta el punto de que de acuerdo con la propuesta, la CNMV debería velar incluso por que en la información, participación y ejercicio del derecho de voto del accionista, la sociedad cotizada hubiera respetado la igualdad de trato de todos los accionistas), excede a nuestro juicio de las competencias naturales del organismo supervisor de los mercados, al “invadir”, asimismo, las competencias propias de Registradores Mercantiles y Tribunales. Así, por ejemplo, los Registradores Mercantiles de nuestro país, tanto a la hora del depósito de cuentas, como a la hora de calificar los acuerdos inscribibles adoptados por la Junta General, llevan a cabo un análisis de legalidad de la convocatoria de dicha Junta General, denegando la inscripción, en caso de no haberse realizado aquélla en la forma exigida por la normativa

vigente. Es por ello, por lo que, proponemos la supresión de dichas nuevas competencias del texto de la disposición adicional séptima LSC, introducido por el Anteproyecto.

En línea con la propuesta anterior, debería también modificarse la disposición final primera del Anteproyecto para suprimir las referencias a los arts. 514, 515, 516 y 517.

- **Régimen transitorio. Disposición transitoria única del Anteproyecto.**

El Anteproyecto incluye en el apartado 1 de la disposición transitoria única, como novedad frente al EPMN, el establecimiento de un régimen transitorio especial para los arts. 217 (remuneración de los administradores), 218 (remuneración mediante participación en beneficios), 219 (remuneración vinculada a las acciones de la sociedad), 529 ter (facultades indelegables [del Consejo de Administración]), 529 nonies (Evaluación del desempeño [del Consejo de Administración]), 529 terdecies (Comisiones del Consejo de Administración), 529 quaterdecies (Comisión de Auditoría), 529 quinquedecies (Comisión de Nombramientos y Retribuciones), 529 septdecies (Remuneración de los consejeros por su condición de tal), 529 octodecies (Remuneración de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas). El Anteproyecto indica que las modificaciones introducidas en dichos preceptos entrarán en vigor a partir del 1 de enero de 2015 “y deberán acordarse en la primera junta general que se celebre con posterioridad a esta fecha”.

Se valora muy positivamente la introducción de un régimen transitorio que permita a las sociedades cotizadas contar con un tiempo razonable para adaptar su normativa interna y funcionamiento a la nueva legislación. Sin embargo con referencia a algunos de los artículos mencionados en la disposición transitoria única se considera que debe completarse el régimen transitorio previsto para que éste sea eficaz. Así por ejemplo el proyectado nuevo art. 529 octodecies en su apartado 2 establece que *“corresponde al consejo de administración fijar la retribución de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas y los términos y condiciones de sus contratos con la sociedad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 249.3 y de conformidad con la política de remuneraciones de los consejeros aprobada por la junta general”*.

Para que la entrada en vigor de las previsiones de este artículo se demore hasta 2015 – como es la intención del legislador en el Anteproyecto conforme al texto de la disposición transitoria- es preciso también retrasar expresamente la entrada en vigor del proyectado nuevo art. 249.3 citado en el art. 529 octodecies, ya que conforme a dicho art. 249.3 *“cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado, de conformidad con lo previsto en el artículo 229, deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión”*. Para que el régimen transitorio

contemplado para el art. 529 octodecimos sea efectivo es preciso extender dicho régimen transitorio al art. 249.3, de forma que la entrada en vigor de ambas disposiciones coincida en el tiempo.

Igual ocurre con el art. 529 ter respecto del nuevo art. 249 bis, ya que ambos regulan facultades indelegables del Consejo (en un caso con carácter general para cualquier sociedad de capital y en otro caso específicamente para sociedades cotizadas), coincidiendo algunas de ellas en ambos artículos. Así sucede con el régimen de dispensa de prohibiciones del deber de lealtad por el Consejo, regulado tanto en el art. 249.bis.c) como en el art. 529 ter. h). Si no se extiende al art. 249 bis el régimen transitorio previsto para el art. 529 ter., las disposiciones de éste, por vía del art. 249 bis, entrarían “de facto” en vigor a los 20 días de la publicación de la Ley y no en 2015 (así por ejemplo con carácter inmediato tras la promulgación de la Ley sería indelegable por el Consejo el régimen de dispensa de las prohibiciones del deber de lealtad por el art. 249 bis c), lo cual entendemos es contrario al objetivo perseguido, que no es otro que hasta 2015 puedan seguir operativas las delegaciones que con respecto a determinados asuntos haya realizado el consejo de administración.

Por otra parte consideramos que la redacción del apartado 1 de la disposición transitoria no es del todo precisa al señalar que:

“Las modificaciones introducidas por esta ley en los artículos 217 a 219, 529 ter, 529 nonies, 529 terdecies., 529 quaterdecies, 529 quinquedecies, 529 septdecies y 529 octodecies de la Ley de Sociedades de Capital entrarán en vigor a partir del 1 de enero de 2015 y deberán acordarse en la primera junta general que se celebre con posterioridad a esta fecha”

Entendemos que no es del todo correcto indicar que “las modificaciones de la ley” deben acordarse en Junta, por cuanto algunas no precisan de dicha aprobación. Además el texto es algo confuso en cuanto a la fecha en que debe considerarse que entran en vigor los preceptos que cita, pues si por una parte señala al 1 de enero de 2015, por otra parte indica que “deben acordarse” en la primera junta que se celebre con posterioridad a dicha fecha.

Por todo lo anterior proponemos la sustitución del texto del Anteproyecto por el siguiente que recoge también la extensión del régimen transitorio a determinadas disposiciones íntimamente conectadas o dependientes de las inicialmente citadas en la disposición transitoria, conforme a lo comentado más arriba:

“Las modificaciones introducidas por esta ley en los artículos 217 a 219, 249.3 y 249.4. 249 bis, 529 ter, 529 nonies, 529 terdecies, 529 quaterdecies, 529 quinquedecies, 529 septdecies y 529 octodecies de la Ley de Sociedades de Capital serán de aplicación a las sociedades de capital a partir de la primera junta general que celebren con posterioridad a 1 de enero de 2015.”

- **Términos no definidos en el Anteproyecto**

La inclusión en determinados artículos de la propuesta de reforma de la LSC de términos inéditos en nuestro ordenamiento jurídico exige aclaraciones, precisiones o modificaciones normativas que hagan posible su adecuada aplicación. En algunos casos, además, se aboga preferentemente por la supresión del término.

1º.- “Actividades esenciales” y “Activos operativos esenciales”. Artículo 511 bis, relativo a Competencias adicionales de la junta general.

Se solicita aclaración sobre qué actividades y activos operativos deberán considerarse esenciales, en línea con lo expuesto anteriormente en nuestros comentarios al art. 511 bis LSC.

2º.- “Conflicto de interés referente exclusivamente a la posición que ostenta el socio en la sociedad”. Artículo 190.3 LSC relativo al conflicto de intereses del socio.

Ver nuestros comentarios anteriores al Art. 190. 3 LSC

3º.- “Accionista/socio medio”. Artículo 204.3 b) LSC, relativo a los Acuerdos impugnables.

Se solicita explicación del significado de “accionista/socio medio”.

4º.- “Formulación” de la información financiera. Artículo 529 ter LSC relativo a las facultades indelegables del Consejo de Administración.

El término “formulación” debe reservarse para referirse a la obligación de los administradores respecto a las cuentas anuales y al informe de gestión (individual y/o consolidado).

Sin embargo, la propuesta relativa al artículo 529 ter. (Facultades indelegables) utiliza en su apartado 1d) este término referido a la “información financiera que, por su condición de cotizada, la sociedad deba hacer pública periódicamente”.

Debería sustituirse en ese artículo el término “formulación” por aprobación de la información financiera que por su condición de cotizada la sociedad deba hacer pública periódicamente, y este precepto debería referirse sólo a los supuestos en los que la normativa de mercado de valores establece la responsabilidad del Consejo de Administración sobre su contenido.