

A propósito de dos importantes y recientes reformas de nuestra legislación mercantil: sociedades de capital y segunda oportunidad

About two major and recent reforms of our Commercial Law: corporations and second chance

Juan Carlos Sáenz G.^a de Albizu

Rafael Lara González

Catedráticos de Derecho Mercantil

Universidad Pública de Navarra

Fecha de recepción: 16 de marzo de 2015

Fecha de aceptación definitiva: 27 de marzo de 2015

1. PRELIMINAR

Probablemente nuestra presencia en esta Tribuna tiene una especial razón de ser, la cual obedece, más que a los concretos temas que trataremos de presentar o introducir, a la oportunidad que esta revista nos brinda al permitirnos rendir un merecido

homenaje a dos ilustres salmantinos, viejos alumnos ambos de esta Universidad y grandes juristas más tarde que, sin embargo, nos abandonaron de forma prematura.

Vaya así, en primer lugar, el recuerdo para nuestro querido Maestro el profesor D. Aníbal Sánchez Andrés, entusiasta cultivador del Derecho de Sociedades y pionero en la elaboración de nuestro moderno Derecho del Mercado de Valores, cuyas bases contribuyó decidida y definitivamente a establecer. Salmantino y destacado alumno de la Universidad de Salamanca lo fue también nuestro querido amigo y excelente compañero el profesor D. Emilio Beltrán Sánchez, de quien también son, sin duda, tributarios tanto nuestro Derecho de Sociedades como, sobre todo, nuestra más reciente Legislación Concursal.

Es a estos dos insignes mercantilistas salmantinos a quienes están dedicadas estas líneas que ahora siguen.

2. LA REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO

La Ley 31/2014 vio la luz el pasado 4 de diciembre de 2014, fecha en la que apareció publicada en el *Boletín Oficial del Estado*; como tiene ocasión de recordarnos el Preámbulo de la misma el antecedente de esta Ley hay que buscarlo en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013 por el que se creó una Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, destinada, por un lado, a proponer las reformas necesarias para garantizar el buen gobierno de las empresas y, por otro, a acometer la revisión y actualización del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas.

El texto de la ley se hace eco casi de forma literal del contenido del Informe que emitió dicha Comisión de Expertos, agrupándose su contenido en dos categorías: modificaciones referidas a la junta general y modificaciones que inciden en el órgano de administración, las cuales pueden ser de aplicación, a su vez, en sociedades cotizadas y en sociedades que no lo son.

Por lo que se refiere a las principales novedades que afectan a la Junta General y, por extensión, a los derechos del socio, habría que comenzar destacando que la Ley extiende a las sociedades anónimas la posibilidad anteriormente prevista para las sociedades de responsabilidad limitada de que la Junta pueda intervenir también en asuntos de gestión, al tiempo que se amplían las competencias de aquella tanto en las sociedades cotizadas como en las no cotizadas (arts. 160, 161 y 511 bis LSC).

Así mismo, el nuevo artículo 190 viene a aproximar el régimen de las sociedades anónimas en materia de prohibición del voto en caso de conflicto de intereses a lo establecido con anterioridad para las sociedades de responsabilidad limitada. En materia de acuerdos sociales, la novedad más significativa afecta a la redacción del artículo

201 de la LSC, la cual prevé que los acuerdos ordinarios de las sociedades anónimas se adoptarán por «mayoría simple», sin perjuicio de lo cual, se incide también en la necesidad de votación separada de determinados asuntos (art. 197 bis LSC), incluidos aquellos relativos a modificaciones estatutarias que supongan un trato discriminatorio respecto de algunos de los accionistas pertenecientes a una misma clase de acciones. También sufre algunas modificaciones el derecho de información del accionista como puede verse en los artículos 197, 518 y 520 LSC.

Otra importante novedad la encontramos cuando nos aproximamos al régimen de impugnación de acuerdos sociales (arts. 204 a 206, 251 y 495 LSC) en relación con los cuales desaparece la vieja distinción entre acuerdo nulos y acuerdos anulables, estableciéndose un plazo de impugnación de un año que se ve rebajado a tres meses cuando se trate de sociedades cotizadas. Por lo que se refiere a la legitimación de los socios a la hora de impugnar se exige ser titular de al menos un uno por ciento del capital social, porcentaje que se ve rebajado a un uno por mil si se trata de impugnar acuerdos de sociedades cotizadas.

Por último, también es preciso mencionar dos cuestiones que afectan a la Junta General pero exclusivamente en sede de sociedades cotizadas. En primer lugar, el concepto general de minoría cifrado en el cinco por ciento se ve rebajado al tres por ciento en el artículo 495 LSC y, en segundo término, las limitaciones estatutarias del derecho de asistencia a la Junta nunca podrán suponer la exigencia de una participación superior a las mil acciones (art. 521 bis LSC).

La segunda parte de la reforma operada por la Ley 31/2014 afecta directamente al órgano de administración de las sociedades de capital, teniendo parte de las novedades un alcance general, mientras que otro conjunto de normas se refiere únicamente a las sociedades cotizadas. Así, un alcance general tiene la reforma de los artículos 225 a 230 y 232 LSC en los cuales se incide principalmente en relación con los deberes de diligencia y lealtad que son algunos de los que integran el buen hacer de los administradores.

En relación con lo anterior, se introducen también algunas modificaciones en los artículos 236 y 239, añadiéndose un nuevo 241 bis a la Ley de Sociedades de Capital, novedades todas ellas que afectan al régimen de responsabilidad de los administradores, en relación con el cual se produce la extensión subjetiva de la responsabilidad, una flexibilización de los requisitos y supuestos de legitimación requeridos para interponer la acción social de responsabilidad –advíertase que en las sociedades cotizadas la legitimación se rebaja al tres por ciento– y, por último, se introduce también alguna variación significativa a propósito del cómputo de la prescripción de las acciones de responsabilidad.

Finalmente, la reforma afecta también a la retribución de los administradores como puede verse en los nuevos artículos 217 a 219 de la LSC, pero quizás la novedad más destacada en esta materia consiste en que junto a la remuneración ordinaria de

los administradores o consejeros, el nuevo artículo 249 viene a regular una remuneración adicional que percibirán los consejeros cuando desempeñen funciones ejecutivas como consecuencia de su nombramiento como consejeros delegados o bien, incluso, por otro título.

Por último, la reforma analizada se detiene ante ciertos aspectos importantes que afectan a la administración de las sociedades cotizadas, destacando en primer lugar el relativo a la retribución de los consejeros (arts. 529 sexdecies a novodécies y 540 y 541 LSC), materia esta que va a estar presidida por una serie de ideas o principios: 1) la transparencia de las remuneraciones por los consejeros; 2) la adecuación de tales remuneraciones a las prácticas del mercado, a la propia situación de la sociedad y a las concretas funciones y responsabilidades de cada uno de esos administradores; y finalmente 3) el establecimiento de un procedimiento que permita aprobar la retribución y que, al tiempo, ayude a prevenir posibles conflictos de intereses.

Tampoco cabe silenciar algunas otras modificaciones que afectan principalmente a la propia configuración del Consejo de Administración de las sociedades cotizadas, aspectos estos con los cuales daremos con concluida esta sucinta exposición sobre la materia societaria objeto de reforma. Así, en los artículos 529 bis y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital se introducen, entre otras, las siguientes novedades: 1) Se impone la estructura de Consejo de Administración como forma de administración que obligatoriamente habrán de adoptar las sociedades cotizadas; 2) se reduce la duración del cargo de consejero de seis años a cuatro a la vez que se facilita la elección de consejeros por cooptación al no exigirse que el designado reúna la condición de accionista; 3) se concretan y ordenan las funciones tanto del Presidente como del Secretario del Consejo; o 4) se introducen importantes novedades respecto de la composición de la Comisión de auditoría y de la Comisión de nombramientos y retribuciones.

3. EL RECONOCIMIENTO DEL BENEFICIO DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO AL DEUDOR PERSONA NATURAL DE BUENA FE (LA SEGUNDA OPORTUNIDAD)

El Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (BOE n.º 51, de 28 de febrero) ha venido a establecer de manera muy especial la denominada normativa sobre segunda oportunidad. Su objetivo no es otro que permitir lo que tan expresivamente describe esa expresiva denominación: el que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer.

Con el fin de abordar la llamada segunda oportunidad el legislador ha optado pues por modificar nuevamente la Ley Concursal asumiendo con ello el fracaso de reformas anteriores, en especial la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que habilitaba un procedimiento extrajudicial de pagos que permitía en circunstancias extraordinarias la exoneración o remisión de las deudas del concursado insolvente; esta norma, que ha sido ineficaz desde su entrada en vigor en octubre de 2013, sin embargo, ha servido como base para la nueva reforma (FERNÁNDEZ SEJO, J. M.^º. 2015: «Aspectos concursales de la Ley de segunda oportunidad». *Diario La Ley*, 13 de marzo de 2015, n.º 8500).

Así, el Real Decreto-Ley 1/2015 supone una nueva reforma de la Ley Concursal, que culmina –por ahora– el carrusel iniciado por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de reformas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal; al que siguió la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial; y la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal; la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que recibió el refrendo parlamentario mediante la Ley 17/2014, de 30 de septiembre –pendiente de desarrollo reglamentario, fundamentalmente, en el ámbito del estatuto de la administración concursal–; así como el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal –tramitándose en la actualidad como Proyecto de Ley– (cfr. CAMPUZANO, A. B. 2015: «El Derecho de la insolvencia». *e-Dictum*, marzo 2015, n.º 39).

La Exposición de Motivos de la nueva norma señala que la experiencia ha demostrado que cuando no existen mecanismos de segunda oportunidad se producen desincentivos claros a acometer nuevas actividades e incluso a permanecer en el circuito regular de la economía; y ello no favorece obviamente al propio deudor, pero tampoco a los acreedores ya sean públicos o privados. Al contrario, los mecanismos de segunda oportunidad son desincentivadores de la economía sumergida y favorecedores de una cultura empresarial que siempre redundará en beneficio del empleo.

La norma en su preámbulo lleva a cabo una curiosa justificación de la segunda oportunidad prevista para las personas físicas y que se halla destinada a modular el rigor de la aplicación del artículo 1911 del Código Civil. En efecto, desde un punto de vista jurídico, pone de relieve que el concepto de persona jurídica es una de las creaciones más relevantes del Derecho. La ficción consistente en equiparar una organización de bienes y personas a la persona natural ha tenido importantes y beneficiosos efectos en la realidad jurídica y económica. Mediante dicha ficción, las personas jurídicas, al igual que las naturales, nacen, crecen y mueren. Además, el principio de limitación de responsabilidad inherente a determinadas sociedades de capital hace que éstas puedan liquidarse y disolverse (o morir en sentido metafórico), extinguiéndose

las deudas que resultaren impagadas tras la liquidación, y sin que sus promotores o socios tengan que hacer frente a las eventuales deudas pendientes una vez liquidado todo el activo.

Se afirma también que el principio de limitación de responsabilidad propio de las sociedades de capital está en buena medida en el origen del desarrollo económico de los tres últimos siglos. En el fondo, este principio de limitación de la responsabilidad se configuró como un incentivo a la actividad empresarial y a la inversión. El legislador incentivaba la puesta en riesgo de determinados capitales garantizando que dichos capitales serían la pérdida máxima del inversor, sin posibilidad de contagio a su patrimonio personal. Pero la limitación de responsabilidad es una limitación de responsabilidad de los socios, que no de la sociedad, la cual habrá de responder de sus deudas con todo su patrimonio presente y futuro. La cuestión que se plantea entonces es el fundamento último para el diferente régimen de responsabilidad que se produce cuando una persona natural decide acometer una actividad empresarial a través de una persona jurídica interpuesta y cuando esa misma persona natural contrae obligaciones de forma directa. Si en el primer caso podrá beneficiarse de una limitación de responsabilidad, en el segundo quedará sujeta al principio de responsabilidad patrimonial universal recogido en el artículo 1911 del Código Civil.

Además, la norma expone que muchas situaciones de insolvencia son debidas a factores que escapan del control del deudor de buena fe, planteándose entonces el fundamento ético de que el ordenamiento jurídico no ofrezca salidas razonables a este tipo de deudores que, por una alteración totalmente sobrevenida e imprevista de sus circunstancias, no pueden cumplir los compromisos contraídos. No puede olvidarse con ello que cualquier consideración ética a este respecto debe cohonestarse siempre con la legítima protección que el ordenamiento jurídico debe ofrecer a los derechos del acreedor, así como con una premisa que aparece como difícilmente discutible: el deudor que cumple siempre debe ser de mejor condición que el que no lo hace.

En definitiva, el deudor persona natural «podrá» obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en los términos establecidos en artículo 178 bis LC, una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa. Es por ello que la segunda oportunidad se configura como una excepción a la regla general que sigue siendo la de la responsabilidad universal del deudor, pues el artículo 178.2 establece, sin lugar a duda, que «fuera de los supuestos previstos en el artículo siguiente, en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme».

El deudor para poder beneficiarse de la exoneración del pasivo insatisfecho deberá presentar su solicitud ante el Juez del concurso dentro del plazo de audiencia que se le haya conferido de conformidad con lo establecido en el artículo 152.3 LC. Ahora bien, solo se admitirá la solicitud de exoneración de pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe, entendiéndose que concurre buena fe en el deudor siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1.º Que el concurso no haya sido declarado culpable; 2.º Que el deudor no haya sido ni condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme; 3.º Que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 231, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos; 4.º Que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios; 5.º Que, alternativamente al número anterior: I) Acepte someterse al plan de pagos, II) No haya incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el artículo 42, III) No haya obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años, IV) No haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad, V) Acepte de forma expresa, en la solicitud de exoneración de pasivo insatisfecho, que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal con posibilidad de acceso público, por un plazo de cinco años.

El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho concedido a los deudores previstos en el número 5.º se extenderá a la parte insatisfecha de los siguientes créditos: 1.º Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, y exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos; 2.º Respecto a los créditos enumerados en el artículo 90.1, la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada salvo que quedara incluida, según su naturaleza, en alguna categoría distinta a crédito ordinario o subordinado.

Los acreedores cuyos créditos se extinguen no podrán iniciar ningún tipo de acción dirigida frente al deudor para el cobro de los mismos, quedando a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado. Si el concursado estuviera casado en régimen de gananciales u otro de comunidad (*v. gr.* régimen de conquistas en el régimen foral de Navarra) y no se hubiera procedido a la liquidación del régimen económico conyugal, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá

al cónyuge del concursado, aunque no hubiera sido declarado su propio concurso, respecto de las deudas anteriores a la declaración de concurso de las que debiera responder el patrimonio común.

De la solicitud del deudor se dará traslado por el Secretario Judicial a la Administración concursal y a los acreedores personados por un plazo de cinco días para que aleguen cuanto estimen oportuno en relación a la concesión del beneficio. Si la Administración concursal y los acreedores personados muestran su conformidad a la petición del deudor o no se oponen a la misma, el Juez del concurso concederá, con carácter provisional, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en la resolución declarando la conclusión del concurso por fin de la fase de liquidación. La oposición solo podrá fundarse en la inobservancia de alguno o algunos de los requisitos del apartado 3 del artículo 178 bis antes reproducido y se le dará el trámite del incidente concursal. No podrá dictarse auto de conclusión del concurso hasta que gane firmeza la resolución que recaiga en el incidente reconociendo o denegando el beneficio.

Las deudas que no queden exoneradas deberán ser satisfechas por el concursado dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior. Durante los cinco años siguientes a la conclusión del concurso las deudas pendientes no podrán devengar interés. A tal efecto, el deudor deberá presentar una propuesta de plan de pagos que, oídas las partes por plazo de 10 días, será aprobado por el Juez en los términos en que hubiera sido presentado o con las modificaciones que estime oportunas. Respecto a los créditos de derecho público, la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento se regirá por lo dispuesto en su normativa específica.

Ahora bien, cualquier acreedor concursal estará legitimado para solicitar del Juez del concurso la revocación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho cuando el deudor, durante los cinco años siguientes a su concesión: a) Incurriese en alguna de las circunstancias que conforme a lo establecido en el apartado 3 del artículo 178 bis hubiera impedido la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho; b) En su caso, incumpliese la obligación de pago de las deudas no exoneradas conforme a lo dispuesto en el plan de pagos; c) Mejorase sustancialmente la situación económica del deudor de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos; d) Se constatase la existencia de ingresos, bienes o derechos ocultados.

La solicitud se tramitará conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio verbal. En caso de que el Juez acuerde la revocación del beneficio, los acreedores recuperan la plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso.

Transcurrido el plazo de los cinco años siguientes a su concesión sin que se haya revocado el beneficio, el Juez del concurso, a petición del deudor concursado, dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el

concurso. También podrá, atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, declarar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante dicho plazo que no tuviesen la consideración de inembargables, entendiéndose a estos efectos por ingresos inembargables los previstos en el artículo 1 del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa. Contra dicha resolución, que se publicará en el Registro Público Concursal, no cabrá recurso alguno.

En conclusión, la exoneración del pasivo insatisfecho al deudor persona física no se encuentra configurada a modo de efecto automático de la liquidación concursal, sino que, partiendo del principio rogatorio del propio deudor, se establece un procedimiento contradictorio que puede dar lugar a una resolución judicial (auto) de exoneración provisional hasta alcanzar la definitiva, encontrándose además dicha exoneración en conexión con el acuerdo extrajudicial de pagos que debe haber fracasado, conduciendo con ello al deudor al concurso consecutivo.

El Real Decreto-Ley 1/2015 entró en vigor el pasado 1 de marzo (disposición final tercera), pudiéndose acoger al mecanismo de la segunda oportunidad los deudores personas físicas que se encuentren a esa fecha incursos en el trámite del concurso (disposición transitoria primera). Ahora bien, en los concursos concluidos por liquidación o por insuficiencia de masa activa antes de la entrada en vigor de la norma, el deudor también podrá beneficiarse de la exoneración si se instase de nuevo el concurso, voluntario o necesario; y durante el año siguiente a la entrada en vigor de la norma con rango de ley no será exigible que el deudor no haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad (asimismo, disposición transitoria primera).