**APUNTES** 

# DERECHO MERCANTIL



Unión de Estudiantes de Ciencias Económicas | AECUC3M

## TEMA 1: INTRODUCCIÓN AL DERECHO MERCANTIL ESPAÑOL

# 1. Origen y evolución del Derecho mercantil español.

El derecho mercantil nació como derecho especial frente al derecho común, constituye una categoría histórica. En primer lugar, porque el derecho mercantil como disciplina autónoma no ha existido siempre, sino que su aparición se produce en un momento histórico determinado. En segundo lugar, porque nace como rama del derecho privado al lado del derecho civil. Y finalmente porque su transformación hasta alcanzar su contenido actual es el resultado de una serie de factores de gran relevancia.

La íntima conexión entre el derecho mercantil y los factores económicos y político-sociales de cada momento histórico explica la relatividad del contenido de la materia mercantil, porque al evolucionar y al transformarse aquellos factores, evolucionaba y se transformaba el contenido de nuestra disciplina. Esta evolución se caracteriza por los siguientes hechos:

- una corriente de extensión o ampliación del ámbito del derecho mercantil, ya que nació para el comercio y se ha extendido para la industria.
- Creciente utilización de ciertas instituciones que fueron exclusivas de los comerciantes por quienes no lo son.
- Se reduce el ámbito del derecho mercantil, porque la generalización de ciertas instituciones aconseja detraerlas del contenido del este derecho especial para someterlas al derecho civil.

Estos factores ayudan a explicar la relatividad del derecho mercantil, y ayuda a comprender por qué su ámbito actual no se corresponde exactamente con el e las diversas etapas de su evolución.

Ciertamente siempre ha existido un tipo de comercio, siendo los fenicios, los incipientes comerciales. En Roma, encontramos elementos definitorios de este comercio así como en Egipto. Con todo, no puede afirmarse que constituyera auténtico derecho mercantil entendido como cuerpo cerrado de disposiciones normativas. La existencia de sujetos que profesionalmente se dedican al comercio y la actividad que realizan, determinan el nacimiento de exigencias económicas que deben ser reguladas y resueltas por el derecho. Para ello surgen instituciones jurídicas nuevas. No obstante no surge un derecho especial para el comercio, distinto y separado del ius civile.

Si bien es cierto, cabe destacar la conjunción de una serie de factores en un momento histórico más o menos determinado: la Baja edad media. El surgimiento de una nueva economía urbana, la crisis del feudalismo, la aparición de un nuevo sujeto (el comerciante) el auge del comercio, son hechos todos ellos que propiciarán la aparición de un nuevo derecho, propio de la nueva clase social de los comerciantes (ius mercatorum). Al mismo momento van apareciendo unos entes jurisdiccionales que van a resolver los



conflictos que surjan entre comerciantes, y se denominan consulados.

A medida que avanza la baja edad media los estados empiezan a estatalizar todo lo que entra en sus fronteras porque el estado que ya es soberano quiere someter a su legislación todo lo que ocurra en sus fronteras, nacionalizándose por tanto e ius mercatorum siendo Francia la primera en todo ello. Esta nueva regulación surge tras la Revolución Industrial porque se pasa a una economía capitalista, de libre mercado y así a principios del siglo XIX empieza a haber en muchos países normas reguladoras de la actividad mercantil. De ese modo nos encontramos en 1829 el primer código de comercio.

# 2. Concepto de derecho mercantil.

El derecho mercantil se puede considerar como el derecho de los actos jurídicos en masa, así como también como el derecho de la empresa.

- Derecho mercantil como derecho de los actos jurídicos en masa: a comienzos del siglo XX una parte de la doctrina considera que el derecho mercantil es el destinado a regular los actos de producción en masa, y posteriormente el dirigido a regular a las empresas. Para comprender esa primera identificación se debe analizar la realidad económica como la producción y la distribución desde un punto de vista jurídico la conclusión masiva o en serie de contratos con el exterior. Por tanto, el derecho mercantil se encarga principalmente de la repetición en serie de actos jurídicos.
- Derecho mercantil como derecho de la empresa. La tesis de los actos en masa tuvo la virtud de acercar el derecho mercantil a la realidad económica, resaltando de nuevo su sentido profesional. Posteriormente, la teoría de la empresa trasladó el criterio central de nuestra disciplina de la actividad en masa a la organización que la realiza: la empresa.

Ahora bien, no se puede afirmar simplemente que el derecho mercantil es e derecho de la empresa, porque la regulación jurídica de ésta corresponde a varias disciplinas, y entre ellas al derecho del trabajo. No obstante, ello no significa que la empresa no sea relevante para el derecho mercantil, sino que, por el contrario, su importancia es esencial.

Una vez vista la distinción anterior es conveniente dilucidar qué es el derecho mercantil. Para ello conviene distinguir entre el derecho presente en nuestro vigente Código de Comercio de 1885 y el derecho mercantil presente en la realidad del tráfico.

- Según el Código de Comercio, el derecho mercantil no es un ordenamiento del tráfico profesional realizado por los comerciantes o empresarios, sino, por el contrario, un ordenamiento de actos objetivos de



comercio, a los que se aplican las prescripciones del código de comercio, sean o no comerciantes quienes los llevan a cabo (es el ordenamiento destinado a regular los actos objetivos de comercio).

- Según la propia realidad económica. La atenta observancia de la realidad económica a la que se aplica el derecho mercantil nos demuestra que su contenido se estructura, grosso modo, en torno a tres elementos o bloques esenciales: el empresario, la empresa y la actividad externa y conjunta de ambos. La especialidad de las exigencias que estos elementos hacen surgir justifica la singularidad de la disciplina:
- El empresario es el elemento personal especialmente relevante y se puede definir como la persona física o jurídica que en nombre propio y por sí o por medio de otro ejercita una actividad económica dirigida a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para el mercado.
- La empresa es el segundo elemento de la realidad económica que explica la especialidad y el fundamento del derecho mercantil. Se puede definir como la organización de capital y de trabajo destinada a la producción o mediación de bienes o de servicios para el mercado. Con lo cual se resalta que aquélla es un medio del que el empresario se sirve instrumentalmente para realizar una determinada actividad económica.
- La actividad económica del empresario realizada por medio de una empresa es el tercer criterio o elemento que justifica la especialidad del derecho mercantil y que delimita su contenido.

Así a modo de resumen se puede definir el derecho mercantil como el ordenamiento privado propio de los empresarios y de su estatuto, así como de la actividad externa que éstos realizan por medio de una empresa.

# 3. La CE y el derecho mercantil: la libertad de empresa.

La CE 1978 establece el conjunto de derechos y principios sobre los que debe desarrollarse la vida económica y la actividad empresarial en España. A este conjunto de principios y normas de origen básicamente constitucional que delimitan el marco o modelo económico de una nación se le conoce como "Constitución económica".

En este sentido han afirmado los mercantilistas españoles que la CE no es neutral ante la Economía y que, además, no pergeña un sistema económico sino un modelo económico, concretamente lo que se ha dado en llamar un modelo de economía social de mercado, el cual se caracteriza fundamentalmente por respetar la propiedad y la iniciativa privadas, aunque atemperadas y sometidas a las exigencias implícitas en la cláusula de Estado social y democrático de derecho que consagra la CE.

La CE consagra la vigencia de los siguientes principios fundamentales en materia económica:

1. la propiedad privada y, por tanto, también de los medios de producción.



- 2. libertad de empresa en el sistema de la economía de mercado, ello supone que los empresarios son libres de crear, dirigir y fijar las condiciones de desarrollo de su actividad y que los poderes públicos deben garantizar además que el mercado es el que fija o debe fijar las condiciones, precios, calidades, etc, de los productos y servicios, si bien respetando los límites legales que la propia CE invoca.
- las leyes deben desarrollar el derecho de fundación y de asociación para la realización y explotación de las actividades económicas que la ley declara lícitas.
- 4. le ley desarrollar el derecho a la libre elección de profesión.

Rige un modelo en que la libertad de iniciativa empresarial, la propiedad privada, la libertad de asociación y la libertad de competencia forman su soporte fundamental.

La CE contiene también ciertos principios y normas que actúan de límites o de freno de los principios enunciados y que junto con ellos constituyen, en su conjunto, el modelo económico de economía social de mercado que caracteriza el sistema español. Estos límites son los siguientes:

- 1. La fundación social de la propiedad.
- 2. La necesidad de que la libertad de empresa se someta a las exigencias de la economía general y de la planificación.
- 3. La posibilidad de que opere al lado de la iniciativa y de la empresa privadas, la iniciativa y la empresa públicas.
- 4. Fomento de las sociedades cooperativas.

Finalmente, se limitan todos los rasgos del modelo capitalista, mediante tres declaraciones que no siempre resultan de fácil desarrollo: toda la riqueza del país está subordinada al interés general; los poderes públicos promoverán las diversas formas de participación en la empresa; y la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado podrá ser limitada si el Estado mediante ley planifica la actividad económica general.

# 4. La CE y el estado de las autonomías: el mercado único español.

La CE 1978 configura lo que se ha denominado un Estado de las Autonomías, reconociendo y garantizando el derecho de diversas entidades territoriales a constituirse en Comunidades Autónomas. El reconocimiento a favor de las Comunidades Autónomas de la potestad legislativa deriva tanto de la CE como de cada uno de los Estatutos de Autonomía.

Es necesario partir de los artículos 148 y 149 CE. Los mismos no otorgan a las CCAA ninguna competencia en el ámbito del Derecho mercantil. Es más, el artículo 149.1.6° atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre lo que denomina legislación mercantil. Además se otorga al Estado competencia exclusiva en materia de legislación sobre propiedad industrial. Sin embargo, y



pese a ello, lo cierto es que son diversos los Estatutos de Autonomía que atribuyen a las CCAA determinadas competencias sobre materia propias del Derecho Mercantil.

Del estudio conjunto de la CE y de los diversos Estatutos de Autonomía pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- 1. en términos generales el contenido del derecho mercantil o la ley mercantil es competencia exclusiva del Estado.
- 2. En determinados sectores concretos y en virtud de lo dispuesto por los Estatutos de Autonomía aprobados, existe una potestad legislativa y de ejecución compartida sobre materias jurídico-mercantiles, ya que o bien deberán colaborar con el Estado, respetar la legislación general o respetar las leyes de bases o normas básicas del Estado.
- 3. En algunos sectores existe tan sólo a favor de las CCAA el reconocimiento de la potestad ejecutiva.
- 4. Es necesario tener en cuenta la posibilidad de leyes estatales que atribuyan a las CCAA potestades legislativas o potestades de ejecución, que afecten al ámbito del derecho mercantil.
- 5. algunas de las materias que son competencia exclusiva del estado según el artículo 149 no parecen hacer referencia al ámbito del derecho mercantil, sino que más bien se trata de materias propias del derecho administrativo.
- 6. El derecho mercantil o la ley mercantil del Estado deberán ser aplicables con preferencia en caso de conflicto con la normativa de las CCAA.

El TC se advierte que el límite infranqueable debe situarse en el principio de unidad de mercado en el interior del territorio español, que no debe en ningún caso distorsionarse, al tiempo que se advierte que las CCAA no podrían pretender introducir un novum en las relaciones de derecho privado, de forma que a través de las normas autonómicas no se deben introducir derechos y obligaciones en las relaciones contractuales privadas.

La complejidad de esta materia, así como su diferente regulación en los diversos Estatutos de Autonomía pueden hacer necesarias en el futuro las denominadas leyes de armonización porque así lo exijan el principio de unidad del mercado, los intereses generales e incluso e interés de los consumidores y de los agentes económicos.

## 5. Las fuentes del derecho mercantil.

No existe, en realidad, fuentes propias del derecho mercantil ni una jerarquía de las fuentes distinta de la establecida en el derecho común. El artículo 2 del Código de comercio no introduce una doctrina de fuentes, sino que trata un tema distinto; la primacía del derecho especial respecto del común en la regulación de la materia mercantil. Se trata de una jerarquía de ordenamiento,



conforme a la cual el especial precede al común. La aplicación preferente del derecho mercantil no altera el régimen común de las fuentes: la ley mercantil precede a la costumbre. En defecto de normas especiales, se aplica el derecho común.

#### LA LEY MERCANTIL

Desde un punto de vista jerárquico, la primera norma aplicable es la ley (mercantil) entendida en un sentido amplio (leyes estricto-sensu, decretos leyes, decretos y órdenes ministeriales)

La ley mercantil fundamental es el <u>Código de Comercio 1885</u> vigente. En el momento preciso de su entrada en vigor contenía la totalidad del régimen aplicable a la materia mercantil: comerciantes y actos de comercio. Contenía "casi", porque ni siquiera en el momento de su entrada en vigor regulaba íntegramente dicha materia. Parte del régimen del estatuto del comerciante, se hallaba contenido en el Código de Comercio de 1829. Por consiguiente no se puede hablar de un código que totalizara la normativa mercantil, sino de dos.

No obstante, pronto el régimen legal contenido en el código de comercio resultaba ampliado por normas de aplicación a la materia mercantil, no contenidas en el CCom, o que desarrollan la regulación escueta establecida en el mismo. Surgen así las leyes mercantiles complementarias del CCom, no destinadas a incluirse en el mismo.

El término de leyes especiales habría que reservar a aquellas regulaciones ajenas al CCom bien porque han sido extraídas del mismo o porque nunca estuvieron incluidas en aquél.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que recordar en este lugar la primacía de fuente legal que corresponde a la CE, así como a la jurisprudencia del TC en materia de inconstitucionalidad. A su vez, algunas leyes pueden tener su origen en tratados o convenios internacionales.

## USOS DE COMERCIO

El derecho mercantil posee un claro origen consuetudinario, al haber sido formado a partir de la inadecuación del derecho común, por los propios comerciantes, quienes con su conducta crearon las instituciones y las normas necesarias para regular convenientemente las exigencias y los intereses de su tráfico profesional. Posteriormente, el derecho mercantil se convierte en legislado, conllevando una progresiva pérdida de importancia del derecho consuetudinario. No obstante, en la actualidad se asiste a una importante revitalización de los usos de comercio en el plano internacional.

En el plano interno, el legislador español de 1885, al establecer el predominio jerárquico de las normas legales sobre los usos de comercio, no desconoció dos circunstancias de gran interés: la ley no puede recoger todo el derecho objetivo, y además se respeta el poder de formación autónoma de normas mercantiles por parte de los comerciantes o empresarios para regular instituciones o situaciones no previstas por la ley.



La función de los usos en virtud del CCom son las siguientes:

- 1. Establece normas que colman el total silencio de la ley, (en defecto de ley usos). Serían los llamados usos normativos, que son los únicos que han de considerarse fuente de derecho (en sentido estricto).
- 2. Concretan el mandato abstracto contenido en la ley.
- 3. Fijan el contenido del contrato, cuando ni las partes ni a ley lo hacen expresamente.
- 4. El uso, en fin, puede servir para resolver las dudas en la interpretación de los contratos.

La existencia y el alcance del uso habrá de probarse por la parte que lo invoque, como cuestión de hecho. Supone esto una excepción al principio iura novit curia, según el cual, el juez ha de conocer el derecho, que no precisa alegación ni prueba por las partes. La variedad y el carácter local de los usos de comercio justifican esta excepción. A facilitar la prueba contribuyen las recopilaciones escritas de usos. Compete esta tarea al Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España.

## LA LITERATURA JURÍDICA

La gran cantidad de leyes que en el ejercicio de sus funciones promulgan los Estados modernos, no puede ser asimilado con provecho por los encargados de ponerlo en práctica, sin la mediación del análisis y comentario de la literatura jurídica.

Sólo cuando la literatura jurídica se adapta a unas líneas maestras homogéneas podrá decirse de la correspondiente literatura que constituye una doctrina.

En España no existe una doctrina mercantil unitaria, sobre muchos puntos clave de nuestra disciplina.

En España no encontramos una doctrina claramente consolidada y ello impide una adecuada comunicación entre aquella y la jurisprudencia. El conflicto de interpretaciones provoca que en último término los Tribunales traten de fundamentar cualquier solución, bajo genéricas invocaciones a la doctrina, carentes de sentido. A su vez, de esta suerte resulta difícil la consolidación de una doctrina jurisprudencial pacífica.

# 6. Derecho mercantil español, Derecho europeo y Derecho internacional.

# El ordenamiento de la Unión Europea.

La firma por España del Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas y su incorporación como nuevo miembro de las mismas supuso un profundo cambio del ordenamiento jurídico español y especialmente en el ámbito regulado por el Derecho Mercantil. En virtud del Acta de Adhesión desde el momento de la adhesión las disposiciones de los Tratados originarios y los actos adoptados pro las instituciones de las Comunidades antes de la adhesión



obligarán a los nuevos Estados miembros y serán aplicables en dichos Estados en las condiciones previstas en estos Tratados y en la presente Acta.

La creación de la Unión Europea supone una nueva etapa en el proceso de integración europea iniciado con la constitución de las Comunidades Europeas. El contenido del Tratado de Maastrich se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico al tratarse de Derecho comunitario primario. Por lo que se refiere al Tratado de Ámsterdam, éste no hace sino profundizar en el objetivo de la creación de un mercado común e interior y de una unión económica y monetaria.

En lo que se refiere a la CEE para lograr la realización de los objetivos y principios enumerados en el Tratado de Roma se ha ido construyendo un acervo comunitario integrado no sólo por normas jurídicas escritas sino expresado también a través de la interpretación jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Todo ello ha conducido a la creación de un nuevo y autónomo ordenamiento jurídico comunitario, cuyas fuentes son los Tratados constitutivos de la CE, y por otro, los diversos actos jurídicos de sus instituciones que se caracteriza esencialmente por los siguientes principios fundamentales.

- 1. Primacía del derecho comunitario sobre disposiciones nacionales que le fueren contrarias.
- 2. Aplicabilidad directa en los Estados miembros de algunas de sus disposiciones y de ciertos dictados por las instituciones de la Comunidad. En principio esta aplicación directa se predica solo de los Reglamentos comunitarios. Por el contrario, las directivas se dirigen a los Estados Miembros que deberán adoptar las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento interno.
- 3. Reconocimiento del carácter vinculante de estas reglas, cuyo respeto es indispensable para garantizar la eficacia del Mercado Común y la unidad del Derecho comunitario para lo cual se prevén diversos medios coercitivos.

Por este motivo se habla ya a nivel doctrinal de la aparición de un derecho mercantil comunitario que afecta especialmente a determinados sectores de nuestra disciplina. Por el contrario, la incidencia del derecho comunitario en materia de contratos no ha sido tan significativa. No obstante, esto podría cambiar en un futuro no muy lejano.

Este derecho se encuentra ya integrado en nuestro ordenamiento jurídico bien por ser derecho primario u originario o bien por haber sido incorporado por Reglamentos que son de aplicación directa en los Estados Miembros, o que se ha integrado a consecuencia de la incorporación a nuestro derecho interno, por un acto normativo expreso del legislador español, de las directivas comunitarias, cuya finalidad es armonizar el derecho mercantil de los quince estados miembros en una misma dirección.



Respecto al <u>derecho del comercio internacional</u> entendemos que es el que versa sobre materia jurídico-mercantil privada en la que están afectados nacionales de distintos Estados. La importancia de esta materia radica en la ampliación sin precedentes del comercio internacional durante el presente siglo, en especial con posterioridad a la II Guerra Mundial.

Se asiste desde hace un tiempo a una unificación que reproduce por varias vías:

- una vía convencional, a través de convenios.

A través de la unificación efectiva, a través de los operadores económicos, siendo estos los que se han encargado de ir instituyendo una serie de condiciones generales, desconectados de los ordenamientos nacionales, creando así una nueva lex mercatoria. Será un derecho universal, autónomo, tanto en el placo de las fuentes de producción, como en el de la jurisdicción: la función que en su día cumplían los Tribunales consulares hoy es llevada a cabo por las Cortes o Cámaras arbitrales de carácter privado.



### Tema 2 LA EMPRESA Y EL ESTABLECMIENTO MERCANTIL

# 1. CONCEPTOS DE EMPRESA Y DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL.

La empresa constituye un elemento fundamental de la economía moderna por haberse convertido en instrumento imprescindible para la realización de las actividades mercantiles e industriales en serie. La empresa es un elemento de la organización económica susceptible de regulación o tratamiento jurídico. Pero su régimen jurídico pertenece a varias disciplinas, ya que en la empresa concurren distintos elementos personales (cuya relación con el empresario es regulada por el Derecho laboral), elementos materiales o inmateriales (cuyo régimen corresponde a varios sectores del ordenamiento positivo) y porque en la empresa inciden diversos intereses, tanto públicos como privados.

Para el Derecho mercantil, la empresa resulta de interés porque la explotación de la misma confiere a su titular la condición de empresario mercantil y su actividad económica está sometida a esta disciplina.

# a. Concepto de empresa.

Aunque el Código de Comercio (C de c) no la defina (al fin y al cabo es un concepto de la Economía y no es necesario), la empresa se encentra mencionada en varios preceptos legales, incluso en el artículo 38 CE, además de ser una realidad evidente en el derecho vivo del tráfico y es objeto frecuente de negocios jurídicos.

Desde un punto de vista económico, la empresa puede definirse como un conjunto organizado de capital y de trabajo destinado a la producción o a la mediación de bienes o de servicio para el mercado (concepto defendido por la mayoría de economistas). Sin embargo, otro sector reserva el concepto de empresa para la empresa capitalista. No obstante, el gran número de empresas que no persiguen actualmente una finalidad lucrativa, hace que nos decantemos por la primera definición, al tratarse de un concepto más amplio.

Según Gondra, la empresa es una actividad de producción de bienes y servicios dirigida al mercado, planificada con arreglo a un criterio de economicidad. Es decir, se prescinde del fin lucrativo.

También podemos concluir que cuando el Derecho positivo se refiere a la empresa, debe hacerlo necesariamente a lo que ésta es en la realidad económica. Por lo que desde este punto de vista, la empresa es la organización de capital y de trabajo destinada a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para el mercado, planificada con arreglo a un criterio de



economicidad.

#### b. El establecimiento mercantil.

El Derecho mercantil considera establecimiento mercantil como el lugar físico de desarrollo de la actividad de comercio, sea parcial o totalmente. El domicilio social es el lugar que figura registrada la empresa y núcleo central de desarrollo de la actividad; puede coincidir o no con el establecimiento mercantil.

También hay que destacar que la denominación social es el nombre de la empresa que puede coincidir con el de los productos que oferte

#### 2. ELEMENTOS DE LA EMPRESA Y DEL ESTABLECIMIENTO.

La empresa contará con tres elementos clave: el capital, elementos personales y elementos inmateriales. La suma de estos tres elementos junto con el fondo de comercio (que es las expectativas de ganancia (la imagen de la empresa) junto con la clientela) determinará el valor de la empresa.

La empresa es un conjunto de elementos de variada condición y naturaleza que posee como finalidad la explotación de una determinada actividad económica. Es el resultado de una actividad creadora del empresario y, a su vez, instrumento por medio del cual realiza una determinada actividad mediante la utilización del trabajo ajeno. Los elementos personales, materiales e inmateriales que la integran están estrechamente unidos por la organización y la finalidad económica que se persigue.

Las relaciones laborales vinculan al empresario con los trabajadores y empleados que en ella prestan su trabajo, sin las que la empresa no sería un todo organizado en funcionamiento, y se rigen por el Derecho laboral. Los bienes muebles e inmuebles, así como ciertos derechos de propiedad industrial como patentes, modelos de empresa, *know-how...* se encuentran protegidos por el Derecho mercantil.

Todo este conjunto de bienes es lo que se denomina conjunto objetivo de la empresa es lo que se puede denominar aspecto objetivo de la empresa, a distinguir del aspecto subjetivo de la empresa (el empresario). Pero la empresa no es un conjunto inerte, es una unidad funcional, organizada y dinámica dotada de vida propia. La empresa es una organización productiva de todos aquellos elementos, hasta el punto de que la empresa posee un valor superior al de la suma de sus elementos integrantes. Esta organización o fondo de comercio es la que explica surjan la clientela y las expectativas de



ganancias o de beneficios que pueden obtenerse so la empresa mantiene su posición en el mercado frente a sus competidores.

Nuestro Derecho positivo permite la clasificación de las empresas atendiendo a la naturaleza de su actividad, por lo que serán: mercantiles, industriales, de servicios y agrícolas.

# 3. NEGOCIOS SOBRE LA EMPRESA Y EL ESTABLECIMIENTO.

La empresa es una organización de capital y de trabajo utilizada instrumentalmente por el empresario para realizar una actividad económica para el mercado y a menudo posee un valor superior al que resulta de la suma de sus simples elementos integrantes. Su transmisión inter vivos plantea tres problemas generales:

- Asunción de todas las deudas y cesión de créditos. La explotación de una empresa origina un haz de créditos y de deudas que convierten al empresario en acreedor y deudor frente a terceros. En cuanto a los créditos ostentados, no se transmitirán automáticamente con ella a su adquirente. Para ello es indispensable que la cesión de tales créditos sea expresamente convenida. Respecto a tales deudas, ante el silencio del Código de comercio, es necesario concluir que tampoco se transmiten automáticamente al adquirente de la empresa, sino que será indispensable que exista convenio entre las partes y además observar el requisito del artículo 1205 C. c., en virtud del cual para la novación que consiste en sustituir al deudor en lugar del primitivo, es necesario el consentimiento expreso del tercero acreedor. Sino tal pacto sólo producirá efectos entre las partes.
- <u>Cesión de contratos</u>. El empresario que transmite una empresa es normalmente parte en una pluralidad de contratos estipulados con terceros. Habrá que tener en cuenta si los contratos anteriormente estipulados por el transmitente se ceden o no automáticamente al adquirente de la empresa, problema que no resuelve el Derecho español, puesto que nuestro C. c. desconoce la figura de la cesión de contrato. Dicha cesión implica la subrogación de un tercero en la posición contractual del cedente, por lo que será necesario el consentimiento de la otra parte contratante, salvo que esté dispuesto en la Ley o se deduzca del propio contrato.

Existen algunos casos especiales en los que se produce una cesión automática: el caso del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores -(remisión a Laboral)-.

- <u>La prohibición de competencia</u>. Su transmitente está obligado -por definición- a transmitir los elementos esenciales que la componen y las dos situaciones de hecho que caracterizan a una empresa en funcionamiento: la clientela y sus expectativas. Estas situaciones no pueden transmitirse



directamente, se hará indirectamente estableciendo obligaciones positivas –obligaciones de dar- y accesorias –p.e. entregar listas de clientes...-.

En cuanto a las obligaciones negativas, las partes que lo convengan expresamente, el transmitente deberá abstenerse de competir con el adquirente. Aunque no lo pacten, esta obligación existe.

# a. Usufructo de empresa.

El usufructo es un derecho que se constituye sobre cosa ajena, permitiendo disfrutar de ella, pero con la obligación de conservar su forma y sustancia, artículo 467 C. c. La empresa no es una cosa susceptible de soportar unitariamente derechos reales, por lo que el usufructo de empresa será único en su momento constitutivo y se descompondrá en tantas relaciones de usufructo cuantas cosas o bienes componga la empresa.

Puede ser legal, el usufructo del cónyuge supérstite (834 C. c.) o convencional, que puede constituirse por contrato y por testamento. Según el 480 del C. c., el usufructuario posee la explotación personal de la empresa, por lo que será él quien adquiera la condición de empresario en perjuicio del nudo propietario.

# b. Hipoteca mobiliaria de la empresa.

La Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión se refiere expresamente y regula la denominada "hipoteca de establecimiento mercantil", no hay gravamen sobre toda la empresa, sino sobre algunos de sus elementos, básicamente ciertos bienes muebles. Así las diversas sucursales que pudieran formar parte de la empresa no quedan cubiertas por la hipoteca, sino que se tendría que proceder a constituir hipoteca sobre cada una de ellas.

Por otro lado, la hipoteca mobiliaria sobre la empresa o establecimiento mercantil debe distinguirse de la hipoteca inmobiliaria sobre el bien inmueble propiedad de empresario en que se asiente la empresa.

De acuerdo con la Ley, la hipoteca se ha de constituir necesariamente sobre un establecimiento mercantil instalado en el local de negocio del que el titular sea dueño o del que tenga derecho de traspaso, con la finalidad de que, en caso de que pueda ejecutarse la garantía hipotecaria, el adjudicatario pueda adquirir la condición de arrendatario del local y continuar la explotación de la empresa.

En cuanto a su extensión, la hipoteca mobiliaria debe comprender el derecho de arrendamiento del local y las instalaciones fijas de la empresa si



pertenecen al titular de ella. A menos que se pacte lo contrario se extiende igualmente al nombre comercial y a los demás derechos de propiedad industrial, así como a las máquinas, mobiliario, etc.

# c. Arrendamiento de empresa.

Constituye una forma de transmisión temporal y limitada, por la cual el titular cede el uso o explotación de la empresa a un tercero, por tiempo determinado y precio cierto. Mientras dure, la condición de empresario pasa al arrendatario y deja de ostentarla el arrendador, porque es aquél y no éste quien ejercitará la actividad empresarial.

El arrendamiento de empresa tampoco está regulado en nuestro Derecho positivo. Sólo el artículo 3.2 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos incluye el arrendamiento de empresa dentro de los arrendamientos para uso distinto del de vivienda, y ello a través de una serie de remisiones.

El contrato será como cualquier otro de arrendamiento, si bien con algunas de las especialidades impuestas por el objeto arrendado. Las obligaciones propias del arrendador consisten en entregar la cosa, realizar reparaciones necesarias y asegurar el goce pacífico. Y obligaciones nuevas:

- 1. El arrendador debe conferir al arrendatario un pode de disponer de las materias primas, enseres y mercancías.
- 2. El arrendador está obligado a presentar una especial colaboración al arrendatario.

En cuanto a las obligaciones del arrendatario, destacan:

- 1. Obligación de explotar la empresa.
- 2. Obligación de explotar la empresa con la diligencia propia de un ordenado comerciante.
- 3. Obligación de restituirla al término del arrendamiento en el mismo estado en el que fue recibida.

En cuanto a la extinción del contrato, tiene lugar por las causas generales de extinción de los contratos de arrendamiento: por el transcurso del término pactado (1581.2 C. c.) y la resolución por incumplimiento de las obligaciones por parte de alguno de los contratantes. Producida la extinción del contrato, se devolverá la empresa en el mismo estado en el que se recibió (obligación 3ª del arrendatario).

# d. Transmisión mortis causa de la empresa.

La empresa se coloca en una posición singular cuando fallece su titular, en el caso, poco frecuente a decir verdad, de que se trate de un empresario



individual. En estos casos, la empresa se expone a dos riesgos distintos: que se paralice su administración y funcionamiento hasta que se hagan cargo de ella, el sucesor o sucesores del titular fallecido o sus representantes; o que se disuelva, liquide o disgregue la empresa, al atribuir sus distintas partes integrantes a una pluralidad de sucesores.

La continuidad en la administración puede conseguirse de varias maneras:

- Porque el empresario fallecido hubiera nombrado antes de su muerte un factor o gerente, cuyos poderes se mantienen vivos a pesar de su fallecimiento (290 C. c.).
- Porque, la doctrina (Díez-Picazo) entiende que el llamado a la herencia, o los albaceas pueden y deben hacerse cargo de la gestión y administración de la empresa hasta que se aclare quién es su nuevo titular.

Si son varios los llamados a suceder al empresario fallecido, deberán ocuparse de la administración de la empresa formando una comunidad hereditaria, administración que si se realiza con carácter provisional no supone la aceptación de la herencia. Si los llamados a suceder son dos o más herederos, puede generarse una situación de comunidad incidental para la explotación de la misma de modo transitorio, pero de subsistir esta situación surgiría entre los herederos una relación que habría de ser calificada de sociedad irregular, a menos que formalizaran la aportación de sus derechos hereditarios a otros tipo específico de sociedad, mediante escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil.

Para evitar la disgregación y liquidación de la empresa cuando fallece su titular pueden seguirse algunas de estas vías:

- Atribuir a la empresa a una sola persona en condición de único heredero.
- O por la relación del artículo 1056 C. c. con otros precepto civiles, como los artículos 821, 829 o 1062 del C. c.

# 4. LA COMPRAVENTA DE LA EMPRESA Y DEL ESTABLECIMIENTO.

Su finalidad es transmitir al comprador de modo definitivo la titularidad de cada una de las relaciones jurídicas que ligan al empresario vendedor con cada uno de los elementos que integran la empresa, de forma que aquél pueda suceder a éste en su explotación.

En los supuestos en los que no se transmite una verdadera empresa, hay que tener en cuenta la STS de 16 de junio de 1995. Sólo existirá el contrato



cuando se transmite y adquiere un conjunto organizado de elementos en funcionamiento. No estaremos ante verdadera compraventa de empresa cuando lo que se compra y vende es un conjunto desorganizado de elementos de una empresa que dejó de funcionar o futura (que aún no ha sido explotada).

Resulta muy frecuente sustituir la compraventa de empresa por la transmisión al comprador de las acciones o participaciones de que fuera titular el vendedor. A través de la transmisión de la condición de socio, no hay cambio en la persona del empresario, y el resultado es muy similar, evitándose así algunos de los problemas de este contrato. En otras ocasiones se recurre a la fusión de las sociedades.

Será necesaria la estipulación de un único contrato, cuyo objeto sea la transmisión del negocio o empresa misma, sin que deban concluirse tantos contratos cuantos elementos individuales la compongan, porque según los criterios de 1089 y 1091 del C. c. Es necesario que se transmita la empresa en su conjunto. Para la traditio de cada elemento será indispensable respetar la ley de circulación propia de cada uno de ellos. Finalmente, para la perfección del contrato será aplicable el principio de libertad de forma, establecido en el artículo 51 del Código de comercio.

Del contrato de cv de empresa nacen las clásicas obligaciones de entregar la cosa y de pagar el precio, pero surgen otras sui generis:

- Obligación de entregar la cosa vendida. Respecto de los elementos que deben transmitirse, habrá que distinguir si se ha confeccionado o no un inventario. En el primer caso, deben entregarse todos los elementos mencionados en él. En su ausencia, los elementos esenciales de la empresa, de forma que el adquirente pueda continuar su explotación. La peculiaridad de esta organización y la particular naturaleza del objeto que se transmite hace que para entender bien entregada la empresa deban entregarse o realizarse una serie de prestaciones adicionales: es lo que ocurre con las listas de clientes o el deber de comunicarles la enajenación realizada.
- <u>Prohibición de competencia</u>. El vendedor debe abstenerse de frustrar la finalidad que persigue el contrato, que tendría lugar si el vendedor, transmitida y entregada la empresa en los términos vistos, se dedicase a una actividad concurrencial. Por lo que existe esta prohibición durante el tiempo y espacio geográfico necesario para que se consolide.



## TEMA 3 EL EMPRESARIO MERCANTIL

# 1. Concepto de empresario: comerciante, empresario, profesional y operadores económicos.

Empresario es una persona física o jurídica que se encuentra al frente de una empresa, adoptando las decisiones económicas concernientes a la organización en cuestión y beneficiándose, o padeciendo, en su propio peculio las consecuencias positivas o negativas derivadas de la explotación del negocio empresarial.

Este concepto no atiende a elementos puramente jurídicos, sino más bien económicos. Ello es así, tanto que en el propio Código de Comercio no encontramos las expresiones de empresario individual, empresario mercantil, o simplemente empresario, aunque si aparecen en algunas normas posteriores y secundarias.

Por ello, doctrina y jurisprudencia han sido las impulsoras de la incorporación al derecho mercantil del concepto de empresario.

Si bien, hemos iniciado dando un concepto de empresario como ya hemos mencionado atendiendo a elemento económicos. No obstante, no cabe afirmar que desde el punto de vista conceptual existan divergencias sustantivas entre la noción de empresario que usa la economía y la que opera en el capo jurídico.

Por todo ello, y atendiendo a las opiniones aceptadas, generalmente, por doctrina y jurisprudencia, ha de afirmarse que un empresario es aquella persona física o jurídica que con capacidad legal y de modo profesional combina capital y trabajo para la producción de bienes y/o servicios en orden a su colocación en el mercado y con ánimo ordinariamente de obtener una ganancia o beneficio.

En el Ccom en su artículo 1 y sus concordantes se habla de comerciante como destinatario del mismo y no de empresario. La discrepancia terminológica que esta diferencia encierra no supone una antinomia conceptual, el comerciante del texto codificado es sinónimo del empresario de la legislación especial contemporánea.

Ciertamente que la definición de empresario en sentido jurídico que se acaba de ofrecer es mucho mas amplia que el concepto de comerciante. Un comerciante es la persona que ejercita el comercio, a lo sumo podrá ser un empresario comercial quien explota una empresa dedicada a la mera intermediación en la circulación de la riqueza. Por el contrario, un comerciante nunca interviene en las otras dos grandes actividades económica humanas (que son la extracción de las riquezas que se encuentran en la



naturaleza y por otro lado tampoco participa en la transformación de las materias primas extraídas del mundo natural y en su conversión en productos derivados útiles para satisfacer las necesidades humanas. Sin embargo, empresario es cualquier persona que reúna los datos definitorios antes indicados, con independencia de que los bienes y servicios por él ofrecidos participen de la naturaleza intermediadora, extractiva o transformadora. Es por ello, el concepto de empresario más amplio que el de comerciante.

No obstante, la distinción realizada no tiene mucha importancia, ya que en el propio artículo 1 del C de c se dirige no sólo a las personas que llevan a cabo actividades de intermediación comercial sino también aquellas otras que efectúan actividades de transformación industrial o meramente extractivas.

Por ello, se debe afirmar la sinonimia definitiva de los términos legales de comerciante y empresario y, en particular, la desaparición del primero de ellos en la legislación mercantil contemporánea.

Del mismo modo que hemos diferenciado el concepto de empresario con el de comerciante que da el C de c, es necesaria la distinción entre el concepto de empresario y el de operador. En fechas recientes la legislación y el uso social han comenzado a emplear el término operador para referirse a quienes intervienen en el mercado demandando u ofertando bienes y servicios. En puridad no existen diferencias jurídicas de base entre el empresario y el operador: todo operador reúne los requisitos establecidos por el artículo 1 del C de c. para la atribución de la condición de comerciante. No obstante, podemos encontrar una diferencia ocasional referida a la eventual carencia por ciertos operadores del requisito jurisprudencial del comerciante de la actuación en nombre propio. En algunos sectores, los operadores son meros agentes de los auténticos empresarios. En estos casos, el término operador se usa en sentido reduccionista y meramente físico: es operador quien materialmente está en el mercado como un dependiente de su empresario. Sin embargo, en otros sectores, el término de operador se usa como sinónimo del de empresario.

Aclarado ya los diferentes términos que nos podemos encontrar como sinónimos del de empresario, aunque con las notas que se exigen destacar, tenemos que apuntar a la mercantilidad de los empresarios, puesto que no todos pueden ser considerados como empresarios mercantiles, aunque la mayoría de los empresarios deben calificase como mercantil.

En este sentido se excluye la naturaleza mercantil para los empresarios agrícolas y cooperativos, alegando la condición de empresarios civiles, siendo por tanto el derecho civil el que discipline a dichos sujetos así como a una parte de su actividad externa o empresarial.

Todo ello, lo venimos discutiendo por las consecuencias que tiene la



calificación como mercantil de cualquier empresario en aquellos sistema jurídicos como el continental europeo. Una de estas consecuencias es la que se refiere al sometimiento por parte del empresario mercantil a un peculiar estatuto jurídico compuesto por una serie de obligaciones profesionales. La otra se refiere a su relevancia en orden a la determinación de la rama del ordenamiento jurídico (civil o mercantil) aplicable a los actos de los que el empresario es parte y mediante los que se relaciona con terceros en el ejercicio de su empresa o negocio.

# 2. Clasificación de los empresarios.

Debido a la riqueza en la realidad del tráfico de empresarios, se opta por una clasificación mediante la utilización de tres criterios principales. La condición o estructura personal del empresario, la naturaleza del poder de decisión que el empresario ejerce, y por último la importancia o dimensión económica de los sujetos en cuestión. Según estos criterios los empresarios se clasifican en individuales y sociales<, privados, público y mixtos, pequeños y medianos empresarios y empresarios sin más o grandes empresarios, finalmente.

Empresarios individuales y empresarios sociales.

El empresario individual es aquella persona física que realiza en nombre propio y por medio de una empresa una actividad comercial, industrial o profesional.

Podemos decir de él, que carece de una regulación legal específica y que está sometido en su actividad empresarial a las disposiciones generales del C de c en materia mercantil y a lo dispuesto en el CC en materia de derechos y obligaciones.

Esta forma empresarial es idónea para el funcionamiento de empresas de muy reducido tamaño, así como es la que menos gestiones y trámites ha de hacer para la realización de su actividad, ya que no tienen que realizar ningún trámite de adquisición de la personalidad jurídica.

Frente a lo anterior nos encontramos con una serie de inconvenientes, ya que responde con su patrimonio personal de las deudas generadas en su actividad, y si el empresario o empresaria están casados puede que también respondan sus cónyuges. Esto se desarrollará en la parte concerniente al empresario casado.

Antes de pasar a hablar del empresario social, es conveniente hacer mención a los requisitos jurídicos que se exigen al empresario mercantil individual. Estos requisitos son:

- Capacidad legal para el ejercicio del comercio. Este requisitos se sustancia en la satisfacción de dos exigencias establecidas en el propio C de c, que son el ser mayor de edad y tener la libre disposición de sus bienes.



- Habitualidad en el ejercicio del comercio. Este requisito lo encontramos en el artículo 1.1 del C de c, y hace alusión al modo de indicar la necesidad de que el empresario se dedique profesionalmente a la explotación de su empresa. En este ámbito nos encontramos con una presunción iuris tantum de satisfacción del requisito del ejercicio habitual de comercio desde que la persona que se proponga para el ejercicio anunciare al público un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil.
- Ejercicio en nombre propio, este requisito no viene recogido en el C de c. Su satisfacción es imprescindible para distinguir al empresario propiamente dicho de quienes no son sino sus colaboradores, representantes, mandatarios o agentes. Este requisito supone que la persona adquiere derechos y contrae obligaciones derivadas de la explotación empresarial

Por otro lado, el empresario también puede ser social, siendo esta la forma más habitual principalmente por varios motivos, entre los que podemos hablar de un motivo económico referido a su vez a la responsabilidad del empresario social. En el supuesto de un empresario social encontramos una separación entre el patrimonio social y el patrimonio personal de los socios. Nace un ente jurídico con personalidad propia patrimonio propio y actividad independiente. Dicha separación es total o relativa en función de la forma social que se adopte (sociedades personalistas o capitalistas) Ahora bien, es en las sociedades capitalistas cuando los socios responden de forma limitada, aunque encontramos una excepción con la llamada teoría del levantamiento del velo, aplicada por los tribunales, siendo posible que los socios de estas sociedades capitalistas respondan personal e ilimitadamente de las deudas sociales.

# Empresarios públicos, privados y mixtos

En la redacción del C de c encontramos la definición de empresarios como ciudadanos particulares, privados, sin conexión alguna con los poderes públicos. No obstante las ideas políticas del siglo XX provocan una mayor intervención y presencia estatales en la economía; del mismo modo que los empresarios públicos se consagran como uno de los instrumentos operativos de dicha presencia e intervención en los concretos sectores productivos. Tales son el resultado de la adopción por parte del Estado de formas y tipos empresariales que en su concepción originaria estaban reservados para el desenvolvimiento de empresas mercantiles privadas y no para la actuación de políticas públicas; la agilidad de los instrumentos privados, su flexibilidad y adaptación a las cambiantes circunstancias sociales y económicas y su



desapego de enervantes trámites burocráticos han conducido a la creación de empresarios públicos.

Los empresarios se consideran públicos por cuanto que pública es su propiedad y públicos son el poder y control que sobre las actuaciones de la empresa explotada se ejercitan. El régimen legal aplicable a estos empresarios respecto de su actividad externa, será la jurídico mercantil. En sus restantes facetas habrá de apelarse a las normas administrativas. Ahora bien, tenemos que tener en cuenta la inadecuación al logro de los fines perseguidos por los propios empresarios públicos y por ello nos encontramos con un movimiento que tiende a la privatización de estos empresarios, ello significa que la participación estatal en el seno de los mismos es cedida a los particulares. Así el empresario público deja de serlo para convertirse en puro empresario privado o empresario mixto en cuyo seno conviven socios privados con el socio público.

# Empresarios y empresarios pequeños y medianos

Esta clasificación se realiza según la dimensión de la explotación llevada a cabo por el empresario. No obstante, esta clasificación no existe en términos jurídicos, puesto que según el C de c todos los empresarios son iguales y sus obligaciones profesionales le incumben con independencia de su dimensión económica.

Ahora bien, encontramos varias normas en las que se hace alusión a las pequeñas y a las medianas empresas, si bien los elementos cuantitativos que las caracterizan no son generalizados ni coincidentes con los que nuestro propio derecho acoge en las ramas laboral y fiscal o como los que aplican los distintos derechos comparados. Ante todo ello lo que haya de ser entendido por pequeña y mediana empresa (PYME) se ha intentado armonizar mediante la Recomendación de la Comisión Europea 2003/361 CE con estos criterios acumulativos:

- Menos de 250 personas empleadas; y un volumen de negocios anual inferior a 50 millones de euros y un balance general anual hasta 43 millones de euros para la mediana empresa
- Menos de 50 empleados y un volumen de ventas o un balance inferior a los 10 millones de euros para las pequeñas empresas.

Estos datos están recogidos, como ya hemos mencionado en una Recomendación, y por ello estos criterios sólo encontrarán uniformización cuando han sido asumidos por los Reglamentos comunitarios 68/2001 y 70/2001.

# 3. El empresario mercantil individual: requisitos para ser empresario.



Esto viene en el apartado anterior.

# 4. El empresario casado.

Antes de la Ley de 2 de Mayo de 1975, la posición de los cónyuges respecto del ejercicio del comercio era desigual. La mujer casada necesitaba la autorización de su marido para ejercer actividades comerciales (iniciar o continuar), tan sólo las solteras y viudas mayores de 21 años no tenían ningún tipo de restricción. Esto se debía a la necesidad de salvaguardar la unidad de dirección económica del matrimonio, que se atribuía al marido. Sin embargo, tras la promulgación de la citada Ley, se suprime esta autorización marital, y los efectos jurídicos que se derivaron fueron los siguientes:

- El marido y la mujer pasaron a ser libres e iguales a la hora de iniciar o continuar el ejercicio de actividad comercial.
- Pacto entre los cónyuges para disciplinar el régimen de pérdidas y ganancias, de garantías, y el de responsabilidad derivado del ejercicio de la actividad comercial, a través de las correspondientes capitulaciones matrimoniales (Art. 12 C de c).
- A falta de capitulaciones, los efectos patrimoniales de dicho ejercicio sobre los bienes del matrimonio se regirán por lo establecido en los Art. 6-11 C de c, conforme a los cuales el consentimiento del cónyuge no comerciante va a determinar los bienes que van a quedar afectos a la responsabilidad frente a terceros del ejercicio del comercio, aparte de los propios del cónyuge comerciante y de los obtenidos por el comercio (las resultas)

Podemos distinguir 3 regímenes distintos de afectación patrimonial: 1º. Responsabilidad de los bienes propios del cónyuge comerciante y las resultas, que podrán ser enajenados y gravados por el cónyuge comerciante por sí solo (Art.6Cc). 2º. Responsabilidad de los bienes propios del cónyuge comerciante y de todos los bienes gananciales del matrimonio, requiriéndose consentimiento del cónyuge no comerciante para los bienes gananciales. El consentimiento podrá ser tanto expreso como presunto (\*), si bien la oposición sólo podrá ser expresa. 3º. Responsabilidad de los bienes propios del cónyuge comerciante y de los bienes propios del cónyuge no comerciante, requiriéndose para estos últimos consentimiento expreso o formal. Estos actos de consentimiento y oposición podrán ser revocados, v esta revocación deberá ser expresa v cumplir con los requisitos formales de constar en escritura pública e inscripción de la misma en el RM para que pueda ser oponible a terceros. Los actos de revocación no podrán, en ningún caso, perjudicar derechos adquiridos con anterioridad.

(\*) Dos presunciones respecto del consentimiento. 1º. Art. 7 C de c: "se



presumirá otorgado el consentimiento cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo". 2°. Art. 8 C de c: "cuando al contraer matrimonio se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro. El consentimiento expreso requerirá ser otorgado en escritura pública ante Notario e inscrita en el Registro Mercantil

# 5. El empresario extranjero.

El Art. 15 del C de c reconoce la posibilidad de que un extranjero, sea persona física o jurídica, pueda ejercer el comercio en España. Según este precepto, el extranjero va a poder ejercer el comercio en España con sujeción a las leyes de su país en lo que se refiere a su capacidad para contratar, y a las disposiciones del C de c en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio nacional, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los tribunales de la nación ("ius soli" o Ley del suelo). Todo este régimen se entiende sin perjuicio de los establecido en los Convenios y Tratados internacionales sobre la materia suscritos y ratificados por España, en especial el Tratado Constitutivo de la CEE (Tratado de Roma) el cual establece: libre circulación de personas y su establecimiento, libre circulación de mercancías, prestación de servicios, y libre circulación de capitales.

El Art. 10.5 del Código Civil dice que "se aplicará a las obligaciones contractuales 1°. La Ley a la que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el contrato de que se trate. 2°. La Ley nacional común a las partes. 3°. La Ley de la residencia habitual común. 4°. La Ley del lugar de celebración del contrato"

# 6. La responsabilidad del empresario: el principio de la responsabilidad patrimonial universal.

El empresario mercantil responde, como cualquier persona, del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. Este régimen se aplica a cualquier empresario, sea persona física o jurídica. No existe una distinción entre lo que podría ser un patrimonio mercantil y un patrimonio familiar. Esta responsabilidad del empresario puede tener un doble origen. De una parte, incurre en responsabilidad por el fiel e íntegro cumplimiento de sus contratos a menos que frente a la parte con la que contrató demuestre que su incumplimiento se debió a caso fortuito o a fuerza mayor. De otra parte, y frente a los tercero con los que no estipuló contrato alguno y, por tanto, con quienes no le liga ninguna relación contractual, responderá el empresario si el tercero demuestra que el daño sufrido proviene de una acción u omisión del



empresario, interviniendo culpa o negligencia. Es igualmente tradicional afirmar que el empresario responde por lo realizado por sus empleados en el desempeño de sus funciones, tanto en el ámbito contractual como extracontractual.

Ahora bien, frente a estas reglas, modernamente se afirma que el empresario debe responder incluso objetivamente ante sus contratantes y aun frente a tercero, aunque no concurran las circunstancias anteriormente expuestas porque la simple explotación de su actividad económica con ánimo lucrativo crea un estado de riesgo del que debe responder el empresario, aun cuando no concurra ni su culpa ni su negligencia, ni le sea imputable el daño causado según las reglas del Derecho de responsabilidad clásico.

La ley 22/1994 pone de relieve otra de las modernas tendencias en materia de responsabilidad del empresario, como es su limitación. No obstante, el empleo de esta expresión puede prestarse a equívocos. En efecto, es cada vez más frecuente encontrarse con sectores en los que la responsabilidad del empresario se limita. En realidad, en muchos casos, lo que se limita es propiamente la cuantía de la indemnización a satisfacer por el empresario deudor. En otras ocasiones se emplea la expresión "limitación de responsabilidad" en un sentido distinto, para hacer referencia al deseo del empresario individual de salvaguardar en cierta medida su patrimonio personal o privado.

# 7. La representación mercantil.

Es difícil y a menudo imposible que el comerciante ejecute por sí mismo todos los actos, económicos y jurídicos de su tráfico profesional. Necesita la ayuda o cooperación de otras personas y de ahí la figura de los auxiliares. Estos para el derecho mercantil son personas naturales y jerárquicamente subordinadas al comerciante que colaboran permanentemente en su tráfico. Realizan siempre algunos actos jurídicos, en representación de su principal. La constante jurisprudencia del TS establece que no son dependientes de un comerciante quienes sólo ejecuten operaciones materiales o manuales. Clases.

1. Factor: es un apoderado general para la realización de los actos relativos al giro y tráfico del establecimiento mercantil. El factor es el auxiliar del empresario que depende directamente del principal, sin ningún intermediario jerárquicamente superior.

En cuanto a los deberes del factor hay que decir que tiene la obligación de cumplir su cometido con la diligencia de un buen comerciante, por lo que responderá frente al principal de cualquier perjuicio que le cause por haber procedido con malicia, negligencia o infracción de las órdenes o instrucciones que hubiere recibido. En especial, salvo consentimiento del principal, el factor no puede delegar en otros sus funciones.



La ley exige que el factor tenga poder de la persona por cuya cuenta haga el tráfico. Hay que referirse a la forma, duración y el contenido del apoderamiento. La atribución de las facultades representativas puede hacerse de forma verbal o por escrito, tanto en documento privado como público pero deberá constar en escritura pública e inscribirse en el Registro mercantil. El poder conferido a un factor no se extingue por la muerte de su principal, sino que subsiste mientras no sea expresamente revocado. En cuanto al ámbito del poder de representación del factor, hay que partir de la base de uqe el poder del factor ha de ser general, y se discute en torno a si la regulación legal se basa en una figura caracterizada por la extensión de su poder al tráfico de la empresa o se extiende a cualquier actividad que el ejercicio de la empresa lleve consigo y no puede ser eficazmente limitado frente a terceros. Un importante sector doctrinal estima que la ley proporciona base suficiente para estimar que la representación conferida al factor es voluntaria por su origen y legal por su contenido, sin que sean eficaces frente a terceros las limitaciones establecidas, aun cuando se encuentren inscritas en el RM.

Los efectos de los actos realizados por el factor no sólo dependen del ámbito de su apoderamiento sino también de la forma en que se ejercite su poder de representación. En este sentido, el factor puede actuar en nombre y por cuenta del principal (representación directa) o en nombre propio pero por cuenta del principal (indirecta). Del mismo modo hay que tener en cuenta la especialidad del factor notorio:

- Si el factor contrata a nombre de su principal, recaerán sobre éste todas las obligaciones que contraiga.
- Cuando el factor actúe en nombre propio pero por cuenta del principal los efectos de la actuación del factor son distintos de los que derivaría de la aplicación de las normas generales, ya que se establece expresamente que el tercero contratante podrá dirigir su acción contra el factor y contra el principal
- Respecto del factor notorio, la ley dispone que los contratos celebrados por éste y pertenezcan a una empresa o sociedad conocidas, se entenderán hecho por cuenta del propietario de dicha empresa o sociedad, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlo.
- 2. Dependiente: mandatario singular, a quien el comerciante encomienda sólo el desempeño de alguna o algunas gestiones del tráfico. No necesita poder consignado en escritura pública e inscrito en el RM, sino que basta con la existencia de un pacto escrito o verbal consignándolo en sus reglamentos las compañías y comunicándolo los particulares por avisos públicos o por medio recirculares a sus corresponsales.
- 3. Mancebo: es otro auxiliar del comerciante, que bajo las inmediatas órdenes del principal o del factor ejecuta ciertas operaciones de menor importancia



que las del dependiente.

4. Viajante: es otro mandatario singular, que se distingue del dependiente por el lugar en que desempeña sus funciones. El dependiente actúa dentro del establecimiento, es un agente sedentario, el viajante trabaja fuera de él, recorriendo los mercados y plazas comerciales.



## Tema 4 OBLIGACIONES PROFESIONALES DEL EMPRESARIO

# 1. EL ESTATUTO DEL EMPRESARIO: deber de contabilidad y deber de inscripción en el Registro Mercantil.

La condición de empresario mercantil se **adquiere** por la concurrencia de del ejercicio profesional por sí o por medio de otro, pero en nombre propio, de una actividad económica mercantil o industrial. En nuestro Derecho la adquisición de este status o depende de ningún dato formal, al menos en el caso de los empresarios individuales.

La inscripción en el Registro Mercantil o la certificación para contribuir o tributar por licencia fiscal, son medios de prueba que establecen una presunción iuris tantum de mercantilidad sobre un sujeto. Para empresarios personas jurídicas, se requerirán determinadas formalidades.

Las circunstancias que determinan la **desaparición** del estatuto en una persona física, son:

- Muerte. No determina la pérdida la simple incapacitación.
- La transmisión temporal o definitiva de la empresa, puesto que el transmitente cesa en su explotación.

En personas jurídicas, la pérdida de condición de empresario se produce con su extinción, tras la oportuna cancelación registral.

El empresario mercantil es un sujeto sometido a un especial régimen jurídico distinto del de los restantes sujetos sometidos al Derecho privado. La especialidad es económica (realiza una actividad mercantil) y jurídica (el ordenamiento positivo le confiere un status especial: derechos y deberes especiales). La existencia de dicho estatuto jurídico se justifica fundamentalmente por el hecho de que el empresario mercantil realiza en masa una actividad económica profesional.

## 3. EL DEBER DE LLEVANZA DE LA CONTABILIDAD.

Todo empresario está obligado a llevar una contabilidad ordenada y adecuada a la actividad de la empresa, que permita un seguimiento cronológico de sus operaciones mercantiles o industriales, así como la elaboración periódica de sus balances e inventarios y, especialmente, a que ello permita conocer con claridad la imagen fiel de su patrimonio, de su situación financiera y de los resultados de la empresa (art. 34.2 C. de c.). Dicha obligación se le exige en interés de una adecuada organización empresaria (interés propio), en el de terceros con los que mantener relaciones económicas (valorarán si conceden o no créditos) y en el del Estado,



interesado en conocer la verdadera situación y los resultados de la empresa y de la actividad del empresario.

El Código Penal sanciona a los empresarios que incumplen las obligaciones contables, en los supuestos que enumera: 290 CP (falsedad en cuentas anuales de la sociedad), 392 CP (falsedad en documento mercantil) y 310 CP (delito contable).

La contabilidad de todas las empresas españolas se rige por el Plan General de Contabilidad (PGC), aprobado por el RD 743/1990.

### 4. EL SECRETO DE LA CONTABILIDAD Y SUS EXCEPCIONES.

La contabilidad de los empresarios es secreta (321 C. de c.). No obstante, la adecuada tutela de los intereses expuestos anteriormente permite comprender que no se trate de un secreto absoluto, sino fuertemente matizado por las excepciones legalmente previstas. El Ordenamiento jurídico se mueve entre la imposibilidad o inconveniencia de manifestar el carácter absoluto del secreto y los efectos perniciosos que derivarían de un acceso ilimitado a la contabilidad ajena (competencia). Por lo que las excepciones al secreto de contabilidad deberán interpretarse de forma restrictiva.

Los casos en los que el C. de c. permite solicitar judicialmente, con distinto alcance, el acceso a la contabilidad ajena son:

- Se permite solicitar la comunicación o reconocimiento general de la contabilidad en los casos de sucesión universal, concurso, liquidación de sociedades, expedientes de regulación de empresas...
- De oficio o a instancia de parte, podrá decretarse la exhibición (parcial) de los libros y documentos contables cuando el empresario a quien pertenezcan los libros tenga interés o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición (32.3 C. de c.). Tanto la comunicación como la exhibición habrán de llevarse a cabo en el establecimiento del empresario, evitando de esta forma que los libros de contabilidad puedan salir del establecimiento mercantil.

# 5. VALOR PROBATORIO DE LOS LIBROS Y DOCUMENTOS CONTABLES.

La contabilidad es llevada por los empresarios mercantiles mediante un conjunto de libros. Unos son comunes y obligatorios para todos los empresarios (el libro de inventarios y cuentas anuales y el Libro Diario, arts. 25 a 28 C. de c.) y otros, la Ley exige que existan también con carácter



necesario, pero sólo a determinados empresarios, una serie de libros adicionales (libros especiales). En definitiva, los empresarios pueden llevar otros libros voluntarios que estimen convenientes.

En cuanto a la función que cada libro desempeña, en el Libro Diario se registrarán día a día todas las operaciones relativas a la actividad de la empresa (28.2 C. de c.). En el libro de inventarios y cuentas anuales, que se abre con el balance inicial detallado de la empresa, han de transcribirse al menos trimestralmente los denominados balances de comprobación, así como el inventario de cierre de ejercicio y las cuentas anuales. Las sociedades, empresarios mercantiles colectivos o sociales, además deberán llevar otros libros propios: el libro de actas, recogerá los acuerdos tomados en Junta; el libro registro de acciones nominativas y el libro registro de socios.

Intereses protegidos con la llevanza de la contabilidad: La contabilidad es un elemento necesario para la organización de la empresa mercantil, porque por medio de ella el empresario individual o social no sólo puede ver la situación de su patrimonio, sino que puede proyectar su actuación y decisiones futuras. La contabilidad ordenada favorece también a los acreedores del empresario, tanto a los actuales como a los potenciales, pues, según sea la situación que la contabilidad refleja, concederán o no crédito al empresario. De la contabilidad dependerá el reparto de los beneficios y pérdidas sociales. E interesa también a los trabajadores, pues según sea la situación reflejada podrán pedir mejoras salariales.

(Enlazar con el secreto de contabilidad es una prueba en procesos penales de la situación de la empresa, a parte que en el libro venía todo seguido, lo he separado intentando encuadrar el tema).

# 6. LAS CUENTAS ANUALES, SU PUBLICACIÓN Y CUENTAS CONSOLIDADAS.

Se impone al empresario la obligación de redactar las denominadas cuentas anuales (artc. 34 y ss del C. de c.). Obligación para todo empresario. Sin embargo, existen diferencias a la hora de redactar las cuentas: la normativa de sociedades establece la posibilidad, en favor de las que no sobrepasen determinados límites, de redactar unas cuentas abreviadas.

Toda esta materia sufrirá un cambio muy profundo cuando se apruebe el proyecto de Ley de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la



UE.

# a. Documentos que integran las cuentas anuales.

Las cuentas se componen de un balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria, formando un todo único. El balance comprende y enumera el valor de los bienes y derechos que constituyen el activo de la empresa, y de las obligaciones que forman pasivo de ésta. Permite conocer la situación de la empresa en cada momento. Junto a este balance ordinario existen otros que son especiales, que se redactan en ocasiones determinadas y siguiendo unos principios distintos.

La cuenta de pérdidas y ganancias comprenderá los ingresos y gastos del ejercicio anual y su resultado (próspero o adverso). El balance muestra la imagen patrimonial de la empresa en un momento dado, mientras que la cuenta de pérdidas y ganancias ofrece una visión dinámica del ejercicio.

La memoria completa, amplia y comenta la información contenida en el balance y en la cuenta de pérdidas y ganancias. Es de importancia menor, es un documento accesorio. La función de la memoria es explicativa: sirve para facilitar una serie de datos o criterios que ayuden a interpretar correctamente los datos numéricos.

#### b. Redacción de las cuentas anuales.

Las cuentas anuales habrán de redactarse por el empresario. Deben ir firmadas por el empresario persona física o por todos los administradores si se trata de una sociedad de capitales, 37 C. de c.

Habrán de redactarse con claridad y tendrán que mostrar la imagen fiel del empresario, de la situación financiera y de los resultados de la empresa (at. 34.2 C. de c.).

Se garantiza que las cuentas de los distintos empresarios sean homogéneas y por tanto pueden ser comparados: para ello es necesario que los criterios o principios utilizados sean los mismos para todos.

# (Continúa en el epígrafe 7).

Las cuentas anuales deben ser firmadas pro el propio empresario individual, por los socios que ostenten responsabilidad ilimitada o por todos los administradores en las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada (art 37 C. de c.).



# c. Verificación y depósito de las cuentas. (Verificación: epígrafe 8 Auditoría.)

# Depósito de cuentas.

Una vez elaboradas las cuentas, el empresario tiene la obligación de depositarlas, incluyendo balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria, así como el informe de gestión y, en su caso, el de los auditores. La obligación abarca a todos los sujetos pasivos del impuesto de sociedades que vengan obligados a levar contabilidad, lo que incluye Uniones Temporales de Empresas, fondos de inversión, de pensiones...

Con ello se da publicidad a las cuentas. El incumplimiento del deber de depositar las cuentas lleva aparejado importantes consecuencias. Así, tiene lugar el "cierre registral", de forma que no puede inscribirse en el Registro Mercantil, en tanto persista el incumplimiento, documento o título alguno referido a dicha sociedad, salvo supuestos como el cese de administradores. De otra parte el incumplimiento dará lugar a la imposición de multa a la sociedad por parte del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) (art. 221 LSA).

# 7. LOS PRINCIPIOS CONTABLES.

Esta homogeneidad es lo que persigue el legislador cuando establece que "la valoración de los elementos integrantes de las distintas partidas que figuren en las cuentas anuales deberá realizarse conforme a los principios contables generalmente aceptados", los denominados GAAP de terminología inglesa, art. 38.1 del C. de c.

Debe mencionarse de que se trata de una materia (los principios) sometida a cambios: existe una tendencia unificar los GAAP y las Normas Internacionales de Contabilidad NIC.

De entre los principios contables, merecen destacarse:

- El de presunción de empresa en funcionamiento.
- La interdicción de variar los criterios de valoración de un ejercicio a otro.
- Principio de prudencia valorativa, que prevalece sobre cualquier otro en caso de conflicto. La reforma contable elimina este carácter prevalente.
- El principio de no compensación de partidas del activo al pasivo, ni de gastos a ingresos.
- Valoración de los elementos integrantes en las cuentas en la moneda



funcional, sin perjuicio de su presentación en euros, el principio de precio de adquisición o de producción ("precio histórico"). La aplicación del criterio de valoración razonable se limita, de momento, a ciertos instrumentos financieros (art. 38.bis del C. de c.).

# 8. LA AUDITORÍA DE CUENTAS: regla general y excepciones.

Regulada por la Ley de Auditorías de cuentas 19/1998. La actividad de auditoría puede ejercerse por aquella persona física o jurídica, que, reuniendo una serie de requisitos de capacitación, se encuentre inscrita en el Registro Oficia de Auditores de Cuentas del ICAC, arts. 6 y 7 de la Ley. La principal nota que caracteriza su actuación es la independencia respecto a la empresa auditada.

La Ley 44/2002 de Medidas de Reforma del Sistema Financiero impone rigurosas exigencias para que las empresas auditoras no presten servicios de asesoramiento a sus clientes: art. 8 LAC.

El objetivo de la auditoría es determinar si las cuentas anuales expresan la imagen fiel de patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, para lo cual el auditor emite un informe, art. 2 LAC. De este informe, lo básico es la opinión, que puede dar lugar a:

- Un informe favorable.
- Favorable pero con salvedades.
- Desfavorable o informe con reservas.
- Opinión denegada: abstención del auditor a emitir una opinión: sea por incertidumbres o por existir las llamadas limitaciones al alcance de la auditoría.

No todas las cuentas anuales han de se objeto de auditoría. La Ley establece una obligación de auditar en determinados casos: sociedades anónimas bursátiles o las de seguros, o las de capitales que deban presentar un balance ordinario.

El Juzgado puede acordar el sometimiento a auditoría de cuentas anuales de cualquier empresario cuando acoja la petición fundada de quien acredite un interés legítimo, art. 40.1 LAC.



# **TEMA 5: EL REGISTRO MERCANTIL**

# 1. Introducción al RM: sistema de la publicidad legal.

La extraordinaria importancia de la actividad que desarrollan los empresarios individuales y las sociedades mercantiles en el ámbito general de la actividad económica explica que la ley imponga a esos sujetos publicar determinados datos considerados relevantes. Esta publicidad se practica por declaraciones hechas en boletines o periódicos oficiales y sobre todo por inscripciones en los registros públicos.

La publicidad tiene diversos caracteres:

- que los terceros puedan conocer determinados datos relativos a los sujetos a que esa publicación se refieren. Se trata de una publicidad legal por el origen, pero que carece de efectos o consecuencias jurídicas para los terceros.
- Conocimiento jurídico: se trata de una publicidad legal no sólo por el origen, sino también por sus efectos, los datos publicados o inscritos son oponibles a los terceros, sin que estos puedan alegar ignorancia.

No todo registro público constituye instrumento técnico de la publicidad legal. Entre los registros públicos dotados de publicidad legal destaca en su caso, la identificación del Registro mercantil en que el sujeto figure inscrito, el Derecho español impone a los empresarios constar en toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas el domicilio y los datos identificadores de la inscripción.

El Registro Mercantil (RM a partir de ahora) es un registro público que tiene por objeto la publicidad de los empresarios, de las sociedades mercantiles y demás sujetos inscribibles, así como de determinados hechos y actos relativos a esos sujetos.

Es una institución dirigida a los terceros.

El <u>precedente</u> del RM se encuentra en las listas y matrículas de mercaderes de las corporaciones y gremios medievales, en las que era preciso figurar inscrito para el ejercicio del comercio.

La <u>aparición</u> del RM es obra del Código de Comercio de 1829, nace dividido en dos secciones: la matrícula general de comerciantes, y por otro lado el registro de documentos. Con todo, es preciso esperar a la promulgación del CCom de 1885 para que el Registro mercantil aparezca como instrumento técnico de publicidad legal. Aparece como el registro de personas, actos y de bienes. Así se convierte en un Registro mixto incorporando algunos de los principios que hasta entonces eran específicos del Registro de la Propiedad. El CCom 1885 establece un auténtico sistema de publicidad legal.

El RM experimentará una gran <u>transformación</u> por virtud de la ley 19/1989 de adaptación y reforma parcial de la legislación mercantil a las directivas de



la CEE, que obliga a modificar el momento de producción de efectos de la inscripción en relación con las sociedades anónimas, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada, ya que la oponibilidad de los actos inscritos tenía que producirse, o desde la inscripción sino desde la publicación de esa inscripción del acto inscribible en un boletín nacional designado por el estado miembro.

Esta ley <u>amplia los instrumentos técnicos de publicidad legal</u> se caracteriza por la dualidad de instrumentos técnicos de publicidad:

- registros mercantiles territoriales.
- Boletín oficial del registro mercantil.

Como órgano de conexión a ambas figuras figura el registro mercantil central, que tiene entre otras funciones la de ordenar los extractos de las inscripciones pactadas en los RM territoriales, la de reelaborar la información recibida y la de publicar esa información en citado Boletín.

Dicha ley provoca que el RM sea sólo de personas y de actos, eliminando por tanto a los bienes.

En tercer lugar los efectos de la publicidad registral se desplazan desde la inscripción misma hasta la publicación del extracto del acto inscrito

En cuarto lugar, se amplían las funciones del RM, al lado de las funciones registrales, asume otras nuevas que no son estrictamente registrales, como la legalización de los libros de empresarios, el nombramiento de expertos independientes y de auditores de cuentas....

La <u>configuración actual del RM</u> debe servir de base para una potenciación de este registro público, que tiene que orientarse en un triple sentido: ampliando los sujetos inscribibles, que se pase de soporte en papel al soporte informático, y que el acceso a la información sea gratuita.

# 2. Funciones del RM.

La legalización de los libros de los empresarios.

Los empresarios individuales y sociales están obligados a legalizar los libros de llevanza obligatoria. Se trata de una obligación legal con la que se intenta conseguir el mayor grado de autenticidad de la contabilidad y de las actas, evitando que se adapten a conveniencia en función de circunstancias posteriores.

La legalización consiste en la diligencia del Registrador mercantil bajo su firma, extendida en el primer folio del libro, y en el sello del Registro en todos los folios de que se compone. En la diligencia el registrador fundamentalmente identifica al empresario individual o social, expresa la clase de libro y el número de folios de que se compone y el sistema de sellado. La legalización es competencia del registro mercantil del lugar del domicilio del empresario o sociedad mercantil. El posterior cambio de domicilio no afecta a la legalización, esta una vez efectuada por el registro de origen antes

de ese traslado del domicilio conserva pleno valor. La legalización se practica a



solicitud del empresario o de la sociedad mercantil, acompañando los libros que pretendan legalizarse.

Nombramiento de expertos independientes por el registrador mercantil.

Se trata de una competencia que ejerce siempre a solicitud de legitimado cuya finalidad es la del nombramiento de un profesional independiente ajeno a la sociedad, para el desarrollo de una determinada actividad fijada por la Ley y no por el Registrador, con emisión de informe.

El nombramiento de experto independiente procede en dos casos determinados:

- 1. En caso de constitución o de aumento del capital de sociedades capitalistas para la elaboración de un informe sobre las aportaciones no dinerarias. Las técnicas usadas para asegurar la realidad y la valoración de las aportaciones no dinerarias varían dependiendo del tipo de sociedad en la que nos encontremos:
  - a. En las sociedades anónimas la técnica de tutela es el informe del experto independiente, en el que se describe cada una de las aportaciones y en el que se emite un dictamen profesional sobre los criterios de valoración adoptados por los fundadores o por los administradores.
  - b. En las sociedades de responsabilidad limitada, la técnica de tutela es la responsabilidad solidaria de los socios y de los administradores frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad y de la valoración de las aportaciones no dinerarias.
  - c. En las sociedades comanditarias por acciones, aunque existen socios personalmente responsables de las deudas sociales, el informe del experto independiente es igualmente obligatorio, como en las sociedades anónimas en razón del carácter ambulatorio y no permanente del a condición de socio colectivo.
  - El nombramiento del experto es competencia del Registrador mercantil del domicilio social. La solicitud de nombramiento debe estar suscrita por una de las personas que promuevan la constitución de la sociedad o por la propia sociedad si ya estuviera constituida.
- 2. En caso de fusión y escisión. Los administradores de cada una de las sociedades que se fusionan o de las sociedades beneficiarias de la escisión deben solicitar del registrador mercantil correspondiente al domicilio social de cada una de las sociedades que se fusionan o del domicilio de la sociedad que se escinde la designación de uno o varios expertos independientes y distintos para que en el caso de fusión, emitan informe sobre el proyecto de fusión, y en el caso de escisión,



emitan informe sobre el patrimonio no dinerario procedente de la sociedad que se escinde.

El nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador mercantil.

En relación con el nombramiento de auditor de cuentas, la competencia del registrador mercantil del lugar del domicilio social exige distinguir los casos de sociedades obligadas a la verificación de las cuentas anuales y del informe de gestión y sociedades no obligadas.

Si las cuentas anuales y el informe de gestión deben ser revisadas pro auditor de cuentas, el registrador mercantil tiene competencia para el nombramiento cuando la Junta general no hubiera nombrado al auditor antes de que finalice el ejercicio a auditar o cuando quienes ya hayan sido nombrados no acepten oportunamente el cargo o no puedan cumplir sus funciones.

Cuando no estuvieran obligadas a la revisión, el nombramiento de auditor por el registro mercantil exige la concurrencia de dos requisitos:

- Requisito de legitimación, que consiste en que el solicitante o los solicitantes deben ser titulares del cinco por ciento del capital social que figure inscrito en el registro en el momento de formular la solicitud.
- Requisito temporal, que supone que la solicitud de nombramiento de auditor se presente antes de que transcurran tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social a auditar.

EL sistema de nombramiento es idéntico en ambos casos. El registrador debe dar traslado a la sociedad de la instancia y de los documentos adjuntos a ella. La sociedad puede oponerse al nombramiento en el plazo de cinco días a contar desde la fecha de la notificación pero las causas de oposición están tasadas. Sólo cabe oposición si aporta prueba documental de que no procede el nombramiento o si niega legitimación al solicitante.

El estatuto jurídico del auditor nombrado por el registrador mercantil tiene algunas especialidades si se compara con el del auditor nombrado por la junta general. En primer lugar, por lo que se refiere al período de nombramiento del auditor nombrado por el registrador, la auditoria a realizar está limitada a las cuentas anuales y al informe de gestión correspondientes al último ejercicio; y en segundo lugar en lo relativo a la retribución del auditor, es el propio registrador mercantil quien debe fijar la retribución para el período de nombramiento o al menos los criterios para su cálculo.

El depósito y la publicidad de las cuentas anuales.

El RM del lugar del domicilio del depositante asume así la doble función de oficina en la que se archivan y conservan las cuentas anuales y demás documentos complementarios y de oficina encargada de la publicidad de las cuentas y de esos documentos. Se trata de una presentación de las cuentas y de esos otros documentos al RM, presentación que puede ser obligatoria o voluntaria. EL depósito puede ser documental o mediante soporte



informático.

La presentación obligatoria ha experimentado un acelerado proceso de expansión, Cada vez son más los sujetos obligados a depositar las cuentas anuales en el RM.

En cuanto a los documentos a depositar, la ley exige que se depositen una certificación de los acuerdos de la Junta general de aprobación de las cuentas anuales y de aplicación del resultado, un ejemplar de cada una de dichas cuentas y, en su caso, el informe de gestión y el informe de auditoria tanto cuando la sociedad está obligada a hacer auditar las cuentas anuales como cuando ésta se hubiera practicado a solicitud de la minoría.

La presentación de las cuentas debe realizarse en el RM del domicilio social dentro del mes siguiente al de la fecha en que hubieran sido aprobadas por la junta general. No puede practicarse el depósito cuando la persona o las personas que certifican el acuerdo de aprobación no figuren inscritas en el RM como administradores o liquidadores con poder certificante.

Para asegurar el cumplimiento de esta obligación legal de presentar a depósito las cuentas anuales una vez aprobadas, la ley cuenta con dos poderosos instrumentos técnicos, en primer lugar la multa administrativa que impondrá el instituto de contabilidad y auditoría de cuenta, previa instrucción de expediente, y en segundo lugar, el cierre parcial del registro transcurrido un año desde la fecha del cierre del ejercicio social sin que se haya practicado el depósito de las cuentas anuales debidamente aprobadas.

#### 3. Sujetos y actos inscribibles.

El RM se ha caracterizado por una continua ampliación de su contenido. Durante un largo período esa ampliación se ha limitado a los actos inscribibles. A esa expansión objetiva se ha añadido una expansión subjetiva: al lado de los empresarios individuales, herederos de los viejos comerciantes y al lado de las sociedades mercantiles, los sujetos inscribibles a otras entidades.

Así, el RM tiene por objeto la inscripción de los empresarios individuales, las sociedades mercantiles, cualesquiera entidades de crédito y de seguros, las sociedades de garantía recíproca, las sociedades y los fondos de inversión colectiva, los fondos de pensiones y las agrupaciones de interés económico, así como aquellos actos de los sujetos inscritos determinados legal o reglamentariamente. A este catálogo la ley de ordenación del comercio minorista ha añadido la inscripción de cualesquiera clase de entidades que se dediquen al comercio al por mayor o al por menor o a la realización de adquisiciones o presten servicios de intermediación para negociar las mismas por cuenta de comerciantes al por menor.

En cuanto los ACTOS INSCRIBIBLES estos están en función de la clase de sujeto de que se trate:



- El empresario individual, inscribirá los actos relativos a la capacidad del empresario y al régimen económico del matrimonio, así como los poderes generales, la apertura, el cierre y demás actos relativos a las sucursales, y la declaración judicial de concurso de acreedores, la intervención o la suspensión de las facultades de administración y disposición que hubiera decretado el juez y el nombramiento de los administradores concursales.
- En el caso de sociedades mercantiles y demás entidades inscribibles: el acto constitutivo y sus modificaciones, el nombramiento y cese de administradores, liquidadores y auditores, los poderes generales, la apertura, cierre y demás actos relativos a las sucursales, la rescisión, disolución, reactivación, transformación, fusión y escisión de la sociedad, así como la declaración judicial de concurso de acreedores de la sociedad, la intervención o la suspensión de las facultades de administración y disposición y el nombramiento de los administradores concursales.
- Las sociedades cotizadas deberán inscribir el reglamento de la junta general de accionistas y el reglamento del consejo de administración.

La inscripción de sujetos y de actos en el RM está sometida al llamado principio de tipicidad, existe un numerus clausus de sujetos y de actos inscribibles. Solamente son inscribibles en los RM territoriales aquellos sujetos y aquellos actos determinados por la ley y por el reglamento del RM. La limitación de los actos inscribibles es exigencia de la lógica de la propia finalidad del sistema registral mercantil. El Registro tiene por objeto publicar frente a terceros hechos relevantes.

Del mismo modo que nos encontramos con el principio de tipicidad, debemos hablar del principio de inscripción obligatoria. Los sujetos y los actos inscribibles deben inscribirse obligatoriamente en Registro mercantil, la ley no autoriza la inscripción, sino que la exige.

En relación con los <u>sujetos</u> este principio tiene dos importantes excepciones:

- La referida a los empresarios individuales: su inscripción no tiene carácter obligatorio. No obstante, existe una importante medida de fomento de la inscripción del empresario individual, nos referimos a la sanción impuesta a ese empresario no inscrito en el sentido de que no podrá pedir la inscripción de ningún documento en el Registro mercantil ni aprovecharse de sus efectos legales. Del mismo modo no todos los empresarios tienen una potestad y no una obligación de inscripción, excepto el empresario individual dedicado al comercio marítimo
- La segunda excepción se refiere a los fondos de inversión, cuya inscripción es meramente potestativa y también es meramente potestativa la inscripción de los fondos de capital-riesgo.



En relación con los actos también nos encontramos con dos excepciones:

- los poderes especiales y las delegaciones ocasionales o transitorias de facultades son de inscripción voluntaria.
- No será necesario el requisito de la escritura pública ni el de la inscripción de aquellas emisiones de obligaciones que vayan a ser objeto de una oferta pública de venta o de admisión a negociación en un mercado secundario oficial y respecto de las cuales se exija la elaboración de un folleto que esté sujeto a aprobación y registro por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

#### 4. El procedimiento de inscripción registral.

#### Los registros mercantiles territoriales

El sistema registral mercantil español pertenece a los denominados sistemas de Registro descentralizado. El RM es una oficina pública radicada en todas las capitales de provincia que está a cargo de los registradores de la propiedad y mercantiles y depende del Ministerio de Justicia a través de la dirección general de los registros y de notariado. La circunscripción territorial de los Registros mercantiles coincide con la provincia en cuya capital radica, salvo en el caso de los RM de Ceuta, Melilla y de las Islas.

Cada RM territorial tiene uno o varios titulares. En las provincias de mayor actividad económica, el RM cuenta con una pluralidad de Registradores mercantiles. En las provincias de menor actividad económica, el titular del RM suele tener también la titularidad de un Registro de la Propiedad.

#### El sistema de hoja personal: apertura y cierre

El RM se lleva por el sistema de hoja personal, y ello supone que al practicar la primera inscripción de in sujeto inscribible, ser abre una hoja numerada en el Registro en la que se practicaran todos los asientos posteriores relativos a ese sujeto.

Para la apertura de la hoja registral es competente el Registrador mercantil correspondiente al domicilio del sujeto inscribible.

En cuanto a la cancelación de los asientos, cuando el Registrador mercantil practica el asiento general de cancelación de todas las inscripciones realizadas en aquella hoja tiene lugar el llamado cierre definitivo de la hoja.

El cierre de la hoja puede ser provisional o no; así como puede ser parcial cuando se autoriza la práctica de algunas inscripciones que específicamente enumera la ley o el reglamento; o total cuando ya no cabe practicar inscripción alguna en la hoja abierta a ese sujeto en tanto no se regularice la situación que motivó el cierre de ese hoja.

Merece especial mención el cierre provisional del RM por impago de impuestos estatales. Cunado los debitos tributarios para con la Hacienda pública del Estado sean declarados fallidos, la Agencia Estatal de la administración tributaria, previa audiencia de los interesados, dictará acuerdo



de baja provisional que notificará al RM si la sociedad o entidad figura inscrita en dicho registro, procediendo el registrador al cierre provisional de la hoja mediante nota marginal en la que hará constar que no podrá realizarse ninguna inscripción que a dicha hoja concierna sin presentación de certificación de alta en el índice de entidades

El <u>proceso de inscripción</u> se inicia con la presentación de los documentos en los que constan las circunstancias de los sujetos que pretenden ser inscritos o los actos objeto de inscripción. En esta materia se rigen los denominados principios de rogación y de titulación pública.

El ppcio de rogación supone que el procedimiento dirigido a la práctica de los asientos registrales se inicia a instancia de parte legitimada y no de oficio. Existen algunos casos excepcionales en los que el registrador procede de oficio a la práctica de determinados asientos, sin previa solicitud de interesado.

El ppcio de titulación pública significa que la inscripción tiene que practicarse en virtud de documento público; también se podrán realizar en documento privado en los casos expresamente prevenidos en las leyes y en el reglamento del registro mercantil.

La <u>presentación</u> debe hacerse en el registro territorial del domicilio del sujeto inscribible o inscrito. La presentación puede ser directa, y siempre por persona legitimada o por su representante. Al presentar cualquier documento que pueda provocar alguna operación registral se extenderá en el Diario correspondiente oportuno asiento de presentación.

Presentado a inscripción un documento, rigen los principios de prioridad y de tracto sucesivo. El primero supone que no podrá inscribirse o anotarse ningún cualquier título de igual o anterior fecha que resulte opuesto o incompatible con el título ya inscrito. El documento que acceda primeramente al Registro es preferente sobre los que accedan con posterioridad.

El principio de tracto sucesivo supone que para inscribir actos o contratos relativos a un sujeto inscribible será preciso la previa inscripción del sujeto.

Una vez presentado el documento, el registrador mercantil debe proceder a la <u>calificación</u> de los mismos. Consiste en un examen que se realiza para comprobar la legalidad de los títulos o documentos presentados a los meros efectos de extender, suspender o denegar el asiento solicitado. Es un control obligatorio, personalísimo (el registrador mercantil) e independiente.

Por lo que se refiere a la calificación de la representación legal, voluntaria u orgánica del otorgante de un instrumento público presentado a inscripción, las facultades del Registrador han sido recientemente cercenadas. Al autorizar un documento público otorgado por representante, el Notario debe emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades de ese representante para formalizar el acto o negocio jurídico de que se trate. La existencia y la suficiencia del poder de representación deben acreditarse al Notario y este realizará un juicio de suficiencia.



En relación con la representación orgánica, el Registrador no puede exigir que conste en el documento manifestación alguna sobre la vigencia del cargo del administrador ya que no existe ninguna norma legal que imponga esa manifestación, la cual, en todo caso, debe entenderse implícita en la afirmación, que hace el otorgante en el momento mismo del otorgamiento de la escritura, de que ostentan la condición de administrador con poder de representación.

El <u>plazo para calificar e inscribir</u> es de 15 días contados desde la fecha del asiento de presentación. Si la calificación no se hubiera realizado dentro del plazo señalado, el interesado puede optar entre instar del registrador que la practique en el término improrrogable de tres días o solicitar la aplicación del cuadro de sustituciones.

Aunque la calificación ha de ser global y unitaria, se permite la inscripción parcial del título cunado los defectos atribuidos por el registrador afectan solo a una parte del título y no impiden la inscripción del resto.

Dentro de los 3 días siguientes al asiento correspondiente, el registrador mercantil territorial remitirá al registrador mercantil central los datos esenciales de dicho asiento haciendo constar la remisión por nota al margen del asiento practicado.

Si la <u>calificación es negativa</u> el interesado puede instar que el título sea calificado por otro registrador, esto es, puede recurrir ante la dirección general de los registros y del notariado.

La dirección ha de resolver y notificar el recurso en el plazo de 3 meses, transcurrido este plazo sin que hubiera recaído resolución, se entenderá desestimado el recurso, quedando expedita la vía jurisdiccional.

Cuando un Registro estuviese a cargo de dos o más registradores, la ley establece el deber de procurar la uniformidad de los criterios de clasificación.

#### 5. Los asientos registrales

#### Las inscripciones y sus clases

En los libros del RM se practican asientos, que son todas y cada una de las inscripciones que se practican con la firma del registrador en los libros del RM. La inscripción es el asiento de mayor importancia, un asiento principal que se practica en el libro de inscripciones, es definitivo y positivo.

Las inscripciones se clasifican en primeras (las que abren hoja registral) y posteriores (se refieren a aquellos actos posteriores de ese empresario o de esa sociedad o entidad que la ley o el reglamento consideran inscribibles)

La eficacia de las inscripciones se clasifican en:

- Constitutiva: el acto no produce los efectos que le son propios en tanto no se inscriba en el RM.
- Declarativa.

La publicidad de los asientos registrales: certificados y notas informativas.



El RM es público, y por tanto cualquier persona tiene acceso a él para adquirir conocimiento de cuantos asientos registrales o de cuantos documentos archivados o depositados en el RM puedan interesarle. No se exige al solicitante acreditar un interés legítimo para acceder al contenido del RM. Según el soporte físico hablamos de:

- publicidad en soporte de papel.
- Publicidad telemática.

En la actualidad los dos únicos medios para hacer efectiva la publicidad son las certificaciones y las notas informativas o copias. Las certificaciones son el único medio de acreditar fehacientemente el contenido de los asientos del RM o de los documentos archivados o depositados en él. Las copias tienen que expedirse en el plazo máximo de tres días desde la solicitud y no cumplen la función de acreditar el contenido del RM.

Los terceros pueden conocer los datos esenciales de los asientos practicados en los registros territoriales, a través del RM central y a través del Boletín Oficial del RM.

#### 6. La publicidad registral formal.

Esta publicidad formal hace referencia al conocimiento de las personas de todo aquello que esta inscrito. Esto es, que las personas deben conocer lo inscrito, y se presume que es así aunque no lo conozcan, ya que el registro es público y pueden acceder todas las personas, considerando por ello la presunción del conocimiento de lo inscrito.

El contenido del RM se presume exacto y válido. Ahora bien, la inscripción no tiene eficacia convalidante o sanatoria, es decir, no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. De ahí que la presunción de exactitud pueda ser destruida mediante resolución judicial; pero en tanto esa resolución no acceda al registro la presunción continúa desplegando sus efectos. Esa declaración de inexactitud o de nulidad de los asientos registrales no perjudica los derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme a Derecho.

#### 7. La publicidad registral material.

Hace referencia a la oponibilidad del acto inscrito. Los efectos de la inscripción se producían en 1885 frente a tercero desde la fecha en que ésta se practicaba. Se presumía el contenido de los asientos era conocido por todos desde la fecha de la inscripción.

Tras la ley de 25 de julio de 1989 el momento de producción de efectos de la inscripción y de los asientos registrales en general frente a terceros se desplaza a un elemento externo al registro territorial en que se practica el correspondiente asiento y correlativamente se desplaza en el tiempo: los actos sujetos a inscripción sólo son oponibles a terceros de buena fe desde que se



publican en el Boletín Oficial del registro mercantil los datos esenciales del asiento practicado.

La oponibilidad presenta dos excepciones:

- durante los quince días siguientes a la publicación de los datos esenciales del acto inscrito en el boletín oficial del registro mercantil, ese acto inscrito y publicado no será oponible a aquel tercero que pruebe que no pudo conocerlo, prueba que como en la mayoría de los casos, será extraordinariamente difícil.
- El acto es oponible al tercero antes de la publicación si se prueba que ese tercero lo conocía. La ley presume que el tercero desconoce el acto sujeto a inscripción y no inscrito, del mismo modo que también presume que ese tercero desconocía el acto inscrito y no publicado. Significa ello que la oponibilidad desde la publicación tiene como presupuesto la buena fe del tercero, esto es, el desconocimiento real del acto antes de la publicación.

#### 8. Discordancia entre inscripción y publicación.

La dualidad de instrumentos técnicos de publicidad plantea el problema de la eventual discordancia entre lo inscrito y lo publicado. En tales casos, el tercero tiene derecho de elección, puede optar entre el registro o el boletín. Si no coincide el contenido, el tercero de buena fe puede invocar la publicación si le fuera favorable. Quien alegue que el tercero conocía la discordancia entre inscripción y publicación debe probarlo. Si esa prueba se aporta entonces prevalece el contenido del registro sobre lo que inexactamente se hubiese publicado en el boletín oficial del registro mercantil. Si esa discordancia hubiese causado un daño al tercero de buena fe, quien haya ocasionado la discordancia estará obligado a resarcir al perjudicado.

#### 9. El RM central.

La ley 19/1989 creó el registro mercantil central, al que asignó un carácter meramente informativo. La principal función es la de ser el instrumento técnico de conexión entre los registros mercantiles territoriales y el boletín oficial del RM.

Este registro coordina, articula y da unidad al sistema en sí. Por ello el reglamento mercantil regula minuciosamente la remisión y el tratamiento de datos al RM central.

Pero, al lado de esa función básica, el RM Central cumple con una función informativa en la medida en que esos datos remitidos por los distintos registros territoriales son accesibles al público. La publicidad formal del RM Central está limitada a las notas informativas, no pudiendo expedir certificaciones. En esas notas nos encontramos la obligación de advertir acerca de las limitaciones relativas a la información que se facilita.



Además de estas dos funciones esenciales, el RM Central se ocupa del archivo y de la publicidad de las denominaciones y demás entidades jurídicas. Para el desarrollo de esta función el antiguo registro general de sociedades, dependiente de la dirección general de los registros y del notariado, se ha convertido en la sección de denominaciones del RM Central.

Por último, se atribuye al RM Central la llevanza del registro relativo a las sociedades y entidades originariamente inscritas en un Registro Mercantil Territorial que hubieren trasladado su domicilio al extranjero sin pérdida de la nacionalidad jurídica.

No obstante, es preciso advertir que hasta el momento no existe convenio internacional vigente en España que prevea el cambio de domicilio al extranjero de una sociedad o de una entidad inscrita con mantenimiento de la nacionalidad española.

#### 10. Boletín Oficial del RM.

Constituye una pieza fundamental por cuanto que la oponibilidad de los actos sujetos a inscripción a los terceros de buena fe tiene como presupuesto que los datos esenciales de dichos actos, una vez inscritos, sean objeto de publicación en este periódico oficial. El registrador mercantil central entregará diariamente al organismo autónomo boletín oficial del Estado un soporte informático conteniendo los datos objeto de publicación. Estos datos se publican en la sección 1º del RM que se compone de dos apartados: actos inscritos y otros actos publicados en el RM.

El boletín oficial del RM cuenta con una sección 2ª, en la que se publican anuncios y avisos legales correspondientes a aquellos actos de los sujetos inscritos y que no causen operación en el RM y cuya publicación resulte impuesta por la ley.

La directiva 2003/58/CE autoriza a los Estados miembros a sustituir la publicación del boletín por otra medida de efecto equivalente que implique, como mínimo, la utilización de un sistema que permita consultar las informaciones publicadas en orden cronológico a través de una plataforma electrónica central, en un futuro próximo el legislador español debe afrontar la sustitución de esta publicación en papel por una publicación electrónica, facilitando así la posibilidad de conocimiento real y efectivo de los datos esenciales del contenido del Registro.

### 11. La sección de denominaciones del registro mercantil central.

Concepto, clases y régimen jurídico de las denominaciones.

Las personas tienen un derecho subjetivo a la propia identidad personal y a que les sea reconocida esa individualidad en las relaciones económicas, sociales y jurídicas. Esa identificación personal se realiza fundamentalmente a través del nombre. Del mismo modo que las personas físicas o naturales



tienen un nombre que las identifica, las personas jurídicas tienen una denominación. Se llama denominación al nombre de las personas jurídicas. Pero, además de esta función de información de la forma social de la sociedad a la que identifica y, por consiguiente, de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales.

En esta materia rige el principio de unidad de la denominación, cada persona jurídica tiene un nombre, y sólo uno. No son admisibles sociedades o entidades con dos o más denominaciones. Pero rige para las personas jurídicas el principio de la modificabilidad de la denominación, de tal modo que una persona jurídica puede modificar la denominación originaria o la ya modificada, aunque la elegida no guarde relación alguna con la anterior.

La denominación puede ser subjetiva u objetiva. Es denominación subjetiva (o razón social) la que se integra con el nombre de los socios o de alguno de ellos; es denominación objetiva la que hace referencia a una o varias actividades económicas incluidas en el objeto social o la que es de fantasía.

En el caso de las denominaciones subjetivas, el régimen es distinto según cual sea la forma social que adopten.

En el derecho español coexisten dos grupos de normas en relación con las denominaciones: las que establece el CCom, así como las normas establecidas en el Reglamento del Registro Mercantil, aunque este último hace referencia exclusivamente a las denominaciones de las sociedades mercantiles y demás entidades jurídicas inscribibles en el RM.

#### Composición de la denominación.

La composición de la denominación está regida por le principio de la libre elección. No se trata de un principio absoluto, además de las limitaciones ya conocidas según se trate de denominaciones subjetivas o de denominaciones objetivas, existen otras importantes limitaciones a la autonomía de elección.

- Las limitaciones relativas al contenido, se refieren tanto a los signos que se pueden utilizar en la composición como al significado de esos signos. En cuanto a los signos, las denominaciones deberán estar formadas por letras del alfabeto de cualquiera de las lenguas oficiales españolas. No se permite crear denominaciones unicamente con números, pero si es posible incluir en la denominación letras, expresiones numéricas en guarismos árabes o números romanos.

Se prohíbe la inclusión en la denominación de términos o expresiones que resulten contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres, así como la inclusión de denominaciones oficiales. El contenido de la denominación está sometido al principio de veracidad, se prohíbe la inclusión en la denominación de cualquier término o expresión que pueda inducir a error.

- Las limitaciones de la estructura son las relativas a la indicación de la forma social. En la denominación debe figurar la indicación de la forma social



de que se trate o abreviatura. Mientras que si la indicación es completa puede incluirse en cualquier lugar de la denominación, si se trata de abreviatura.

- La delimitación relativa a la disponibilidad hace referencia al hecho de que la denominación este disponible, es decir, no sea idéntica a otra que ya figure registrada. Se entiende que existe identidad no sólo en caso de coincidencia total y absoluta, sino también cuando aun faltando esa coincidencia, se utilicen las mismas palabras en diferente orden, género o número; cuando se utilicen las mismas palabras con la adición o supresión de expresiones o de términos genéricos o accesorios, o de artículos, adverbios, preposiciones, conjunciones, acentos....En los casos de coincidencia de las denominaciones existe identidad absoluta, cuando concurre otra circunstancia se puede hablar de identidad relativa.

Son admisibles denominaciones con identidad relativa cuando la persona que solicite una denominación relativamente idéntica a otra ya registrada sea la titular de esta denominación o acompañe a la solicitud la autorización de la sociedad afectada por la nueva denominación que pretende la solicitante.

- Junto a las limitaciones, nos encontramos la prohibición de que la denominación coincida con otra que sea notoria aunque no figure en la sección de denominaciones del RM Central.

#### La sección de denominaciones.

La finalidad es impedir que se pueda inscribir en el RM una sociedad, en general, un sujeto inscribible con una denominación idéntica al de otro sujeto ya inscrito.

Aun así, los problemas de la homonimia de personas jurídicas no se evitan por completo con la prohibición de la identidad. La sección de denominaciones del RM Central sólo es operativa respecto de las sociedades y de los demás sujetos inscribibles en el RM, y no respecto de las personas jurídicas, societarias o no, inscribibles en otros Registros, como las sociedades cooperativas.

El legislador deberá solventar dicho problema, de momento, para tratar de paliar los efectos negativos de la homonimia, se ha permitido la inclusión en la sección de denominaciones del Registro Mercantil central de las denominaciones de otras entidades no inscribibles en el RM que se encuentran inscritas en otros registros públicos se así se solicita por representante legítimo.

La sección de denominaciones funciona a base de certificaciones, positivas o negativas, que a solicitud del interesado emite el registrados mercantil central. La relación entre denominación y signos distintivos registrados.

La denominación en el nombre de una persona jurídica. Ello cumple una función de identificar a esa sociedad o persona jurídica del mismo modo que el nombre de una persona natural., y al identificar distingue a esa persona de otras que operen en el mercado. Pero la denominación no es un bien inmaterial sobre el que esa sociedad o esa entidad tengan un derecho de



exclusiva. De ahí que sea recomendable que una vez inscrita, la sociedad registre la denominación social. De este modo, la sociedad titular de ese nombre comercial o de esa marca tiene el derecho a usarlos en exclusiva en el tráfico mercantil y el derecho a impedir que un tercero no autorizado use esa denominación u otra confundible.



#### Tema 6 TEORÍA GENERAL DE SOCIEDADES

## 1. INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE SOCIEDADES: concepto de sociedad. El problema del fin lucrativo.

En cuanto al concepto clásico de sociedad, hay que distinguir dentro del fenómeno asociativo, los conceptos de asociación, de sociedad, de comunidad y de cooperativa. La asociación es la unión duradera, voluntaria y organizada de personas que ponen sus fuerzas en común para alcanzar un fin de carácter ideal o extraeconómico, un fin único y unitario. Único, porque no limita su vigencia al Derecho comercial, sino que es común a todo el Derecho privado; y unitario porque se aplica a cualquier forma social, desde la más sencilla a la más sofisticada. Por lo demás, tres son los elementos del concepto de sociedad: origen negocial, fin común y contribución de todos los socios a su realización.

La sociedad es un contrato por el que dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria para realizar la actividad con el fin de repartirse entre sí las ganancias que de ella se obtengan (1665 C. c. y 116 C. de c.). Por tanto la distinción entre asociación y sociedad residirá en el ánimo de lucro.

En cuanto a la comunidad, mientras ésta presupone que una cosa o un derecho pertenece pro indiviso a varias personas para su uso o disfrute común, la sociedad excluye la cotitularidad de los socios. Desde una perspectiva tradicional, la distinción entre sociedad y cooperativa es que ésta tiene un número de socios y capital variable, y no ostenta ni persigue una finalidad lucrativa, al contrario que la sociedad.

Visiones doctrinales modernas hablan de sí el ánimo de lucro es esencial o no al contrato de sociedad, para ello hay varios tipos de conceptos: un concepto <u>amplio</u> —que requiere la existencia de un acuerdo entre los socios y la existencia de un ánimo o no de lucro- y el concepto <u>restringido</u> de sociedad, que abarcaría solamente a aquellas sociedades que contasen efectivamente con ánimo de lucro.

### 2. EL CONTRATO DE SOCIEDAD: elementos, vicios. La doctrina de la sociedad de hecho.

La válida celebración del contrato de sociedad requiere de la concurrencia de los elementos generales de formación del contrato: consentimiento, objeto, causa y, en su caso, forma (art. 1261 C. c.):



#### - El consentimiento.

Ha de tratar sobre el fin común y sobre las aportaciones, que son los demás elementos del contrato de sociedad. En segundo lugar, es necesario que se haya formado y expresado libremente, es decir, sin vicios de la voluntad. Y, finalmente, es preciso que el consentimiento se haya prestado por personas con capacidad suficiente para obligarse. Como sabemos, de tal capacidad gozan los mayores de edad que no hayan sido incapacitados judicialmente (arts. 322, 199 y 200 C. c.). Desde este punto de vista, no puede discutirse la aptitud del menor emancipado para prestar su consentimiento en el contrato de sociedad (art. 323 C. c.), ni menos aún de un persona jurídica como tal (art. 38 C. c.).

#### - El objeto.

El objeto del contrato de sociedad consiste en las aportaciones prometidas por los socios para la promoción del fin social. La obligación de aportar puede consistir en cualquier prestación de carácter patrimonial y de interés para la consecución del fon común. La prestación podrá configurarse como un dar, un hacer o un no hacer (art. 1088 C. c.). Pueden ser objeto de aportación cualquier prestación, aunque represente un activo poco sólido: por ejemplo, la nuda propiedad (STS 10 de marzo de 1949), la garantía de solvencia, la lista de clientes o de proveedores...

#### - La causa.

En la sociedad la causa es el fin común que persiguen las partes. Este fin común encarna el elemento comunitario que diferencia el contrato de sociedad de los demás contratos y lo cohesiona tanto en su dimensión obligatoria como en su dimensión organizativa. El fin común se compone de dos subelementos: el fin común último o abstracto y el próximo o concreto. El fin común último es normalmente el ánimo de lucro. El fin próximo es el objeto social, esto es, la actividad que se ha establecido para conseguir ese fin común. Ambos elementos son inseparables, pues ninguno por sí mismo es capaz de llenar la causa del contrato de sociedad.

#### - La forma.

De acuerdo con el principio general de libertad de forma (art. 1278 C. c.), en principio, el contrato de sociedad no precisa de ninguna forma especial. La forma sólo será necesaria para la validez del contrato cuando la Ley lo exija para algún tipo especial (por ejemplo: para las SA y las SRL, arts. 7 LSA y 11 LSRL).

### a. Vicios del contrato de sociedad. La doctrina de la sociedad de hecho.



La doble vertiente organizativa y obligacional del contrato de sociedad tiene un extraordinario interés a la hora de analizar la problemática de su nulidad. En las sociedades internas, el tratamiento de los vicios del contrato puede confiarse a las reglas generales de nulidad (arts. 1300 y ss. C. c.), pero en las sociedades externas la aplicación de esas reglas plantea dificultades. El problema principal reside en que el ordenamiento no puede desentenderse de los hechos producidos y de los intereses surgidos al amparo de la sociedad viciada que de facto ha venido funcionando en el tráfico. Para hacer frente a tales cuestiones se elabora la doctrina de la sociedad de hecho: una vez puesta e inserta en el tráfico, la sociedad no puede ser extraída retroactivamente del ambiente en el que ha actuado mediante el ejercicio de la acción de nulidad. En esos casos, la sociedad nula o anulable será tratada mediante técnicas que surtan efectos desde ahora (ex nunc). A tal fin, hay que considerar el motivo de nulidad como causa de disolución. Entonces, la sociedad viciada será, en principio, válida tanto ad extra como ad intra, pero podrá solicitarse su disolución por cualquiera que se hale legitimado para interesar su nulidad. Instada ésta, se procederá a liquidar la sociedad viciada de conformidad con las normas generales sobre liquidación y ésta la hará desaparecer del tráfico.

### 3. MERCANTILIDAD DE LA SOCIEDAD: Sociedades civiles y sociedades mercantiles.

La existencia de una doble regulación del contrato de sociedad obliga a señalar las diferencias entre las sociedades civiles y mercantiles. Sin embargo, en lo que se refiere a las sociedades personalistas, nuestro Derecho positivo no establece con suficiente claridad cuál es el criterio del que depende su naturaleza mercantil o civil. Es una cuestión importante, puesto que su resolución en uno u otro sentido dependerá que las sociedades personalistas sean sometidas al Código de comercio o al Código civil y determinará el carácter mercantil o no de la sociedad. Para ello habrá que actuar sobre tres fases:

1. Al promulgarse el Código de comercio en 1885, el artículo 116 señala que "...será mercantil cualquier que fuese su clase siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código", lo que dio lugar a que se interpretase en el sentido de que sería mercantil cuando cumpliera las formalidades a que alude el artc. 119.1 del mismo. Por tanto, las sociedades que faltaban a estos requisitos eran irregulares y, por tanto, civiles. Sin embargo, hoy las sociedades irregulares son mercantiles y no civiles, art. 16 LSA y además el 119 presupone la existencia de la sociedad mercantil y luego pide su inscripción en el Registro Mercantil (si no es inscrita sí es irregular).

Atendiendo al criterio de la forma, la mercantilidad de las sociedades



dependerá, de la forma o clase elegida para ellas. De este modo sería siempre mercantiles las sociedades colectivas, comanditarias y las anónimas. Junto con la forma, se requiere la realización de una actividad mercantil. Por lo que serán mercantiles las sociedades que adopten tal forma o en su defecto se dediquen a lo mercantil.

- 2. Este criterio se alteró al promulgarse el Código civil de 1889, que en su artículo 1670 establece que "las sociedades, por el objeto al que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de comercio". Permitiendo que existan sociedades civiles con forma mercantil, para ellas será necesario distinguir entre mercantilidad objetiva (estructuras) y subjetiva (no status de comerciantes).
- 3. Respecto de las sociedades capitalistas (anónima y limitada), el art. 3 de sus Leyes respectivas afirma que tales sociedades serán siempre mercantiles, cualesquiera que sea su objeto. Respecto de ellas, ha prevalecido el criterio de la mercantilizad por razón de la forma, que hace desaparecer la posibilidad de crear sociedades civiles con forma de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada.

#### a. Las sociedades civiles con forma mercantil.

Son, según el artículo 1670 del C. c., aquellas sociedades civiles por el objeto que se consagren, que revistan alguna de las formas reconocidas por el C. de c. En teoría pueden constituirse sociedades civiles adoptando la forma de una sociedad mercantil colectiva o comanditaria, pero no la de SA ni la de SRL, que son siempre mercantiles cualquiera que sea su objeto.

Les será de aplicación las disposiciones del C. de c. para la forma social elegida, en cuanto no se opongan a las del C. c. Pero continúan siendo sujetos civiles, por lo que no les será aplicable el estatuto del comerciante, no se inscribiría, en principio, en el Registro Mercantil y no estarán sometidas al deber de contabilidad.

#### b. Las sociedades mercantiles con forma civil.

Esta posibilidad no puede ser admitida, pues el rigor que exige el tráfico mercantil no se compagina el tipo de sociedad civil. Las asociaciones que desarrollan actividades mercantiles, desde el punto de vista de la mercantilidad objetiva, esa asociación no será mercantil (objeto de la sociedad =mec. objetiva) y desde el punto de vista de la mercantilidad subjetiva, estaremos ante un sujeto comerciante al que se le aplicará el estatuto del empresario, con deber de contabilidad pero no de inscripción en el RM.



# 4. LA CLASIFICACIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES. La atipicidad en el Derecho de sociedades: asociaciones y comunidad de bienes.

El ordenamiento también recoge la agrupación de interés económico, la sociedad de garantía recíproca, la sociedad cooperativa y la mutua, que son tipos sociales previstos por el legislador en Leyes especiales.

Se puede plantear la existencia de sociedades mercantiles atípicas, distintas a las previstas por el legislador. En realidad, pese a lo dispuesto en el artc. 122 del C. de c. se puede dar a entender que existe dicha libertad en nuestro Derecho, ello no es posible. La atipicidad del Derecho de sociedades tan sólo puede admitirse respecto de la posibilidad de apartarse del régimen legal dispositivo previsto para cada sociedad, siempre que ello no suponga desvirtuar el tipo. Pero la atipicidad no puede llegar hasta el punto de crear, por la voluntad de las partes, tipos sociales que no estén previstos por el legislador (principio de numerus clausus, por razones de orden público y protección de los terceros). Además, una sociedad que no se adecue a ninguno de los tipos previstos en la Ley, y que persiga un objeto mercantil, será una sociedad colectiva y si no, civil. Por ello la llamada comunidad de bienes, que constituye una actividad mercantil es una sociedad colectiva.

## 5. FORMALIDADES DE LA CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD. Las sociedades irregulares.

Llamamos sociedad irregular a la que no cumple con la obligación de constituirse en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil, tal y como se establece en el artículo 119 del Código de comercio. El problema que plantea este tipo de sociedad está en determinar si tiene personalidad jurídica o no. Y sí que la tiene (como se recoge en la Resolución de la DGRN de 14 de febrero de 2001). Ya vimos que la publicidad no tiene virtualidad para atribuir personalidad jurídica a ninguna sociedad, incluidas las mercantiles. Ésta depende de la voluntad de los socios manifestada en el contrato.

Negar la personalidad jurídica perjudica a los terceros. Si se mantiene que los actos celebrados entre la sociedad y los terceros serían nulos (art. 118 C. c.) y que sólo se podría exigir responsabilidad a los administradores por lo actuado, pues la sociedad no tendría patrimonio propio con el que responder (art. 120 C. de c.). El artículo 116 del C. de c. avala esta solución: la sociedad mercantil tendrá personalidad jurídica. Sin embargo, la legislación especial en materia de SA, SRL y agrupaciones de interés económico no inscritas, ha seguido el concepto de constitución social con arreglo a las disposiciones del C.



de c.: en el 119 C. de c. no se hace referencia a la observancia de las formalidades contempladas en él, sino a la adopción de uno de los tipos societarios previstos en el mismo.

La no inscripción en el Registro Mercantil conlleva un problema de falta de publicidad, y tiene unas consecuencias particulares vinculadas a esa falta de publicidad:

- Inoponibilidad de los pactos sociales. Esto se debe por el juego del principio de publicidad negativa: los actos sujetos a inscripción no inscritos, no serán oponibles a los terceros de buena fe. En el caso concreto de las sociedades irregulares, no será oponibles a los terceros de buena fe los contenidos del contrato que se deriven del régimen impositivo del tipo social.
- El régimen de responsabilidad de los gestores se hace más riguroso en las sociedades irregulares. La no inscripción de la sociedad activa la responsabilidad solidaria de los administradores por la actuación de la sociedad en el tráfico (120 C. de c.).

#### 6. LA NULIDAD DE LA SOCIEDAD.

La LSA regula el **régimen de la nulidad** contempla el supuesto de una sociedad constituida e inscrita. El art. 34 LSA recoge de forma taxativa las causas de nulidad, reconociendo expresamente que fuera de dichos supuestos no cabe la declaración de nulidad ni la de anulación. Por nuestra experiencia podemos decir que las causas de nulidad que enumera el art. 34 parecen más bien teóricas que reales. Hay que recordar que en el proceso de constitución de una Sociedad Anónima intervienen, cuanto menos, dos profesionales a los que incumbe velar por el cumplimiento de los requisitos necesarios para que la sociedad llegue a adquirir personalidad jurídica: el Notario autorizante y el Registrador Mercantil. Difícilmente, pues podrán darse esas causas de nulidad que enumera la ley.

La nulidad de la sociedad debe declararse judicialmente, siendo por tanto, la consecuencia de la acción ejercitada por quien ostente la **legitimación activa**, que corresponde:

- Los accionistas, incluso los titulares de las acciones sin voto.
- Los administradores, que podrán iniciar el procedimiento a título individual o como órgano colegiado de forma unánime.
  - Los terceros que acrediten interés legítimo

En lo que respecta al plazo para la interposición de esta acción ni la ley ni la doctrina dan una respuesta clara. Hay autores que defienden el plazo de cuatro años, que rige en materia de nulidad de contratos (C.C. art. 1300 y ss).



Otros defienden el plazo de un año, similar al que rige en materia de impugnación de acuerdos sociales nulos, y según otro sector la acción de nulidad es imprescriptible.

La declaración judicial de nulidad de una sociedad inscrita tiene los siguientes **efectos** (artículo 35 de la LSA):

- Abre el proceso de liquidación, que seguirá el procedimiento previsto por la ley para la disolución. Mientras este proceso se realiza la sociedad mantiene su personalidad jurídica.
- La nulidad no afecto a la validez de las obligaciones o de los créditos de la sociedad frente a terceros ni a la de los contraídos por éstos frente a la sociedad, sometiéndose unos y otros al régimen de la liquidación.
- Cuando el pago a terceros de las obligaciones contraídas por la sociedad declarada nula así lo exija, los socios estarán obligados a desembolsar sus dividendos pasivos.

### 7. LA PERSONALIDAD JURÍDICA: adquisición, atributos, límites y abuso. Las cuentas en participación.

Como ya se vio, el contrato de sociedad tiene una doble vertiente: la estrictamente contractual y la corporativa o institucional. Una vez estipulado el negocio jurídico y cumplidas las formalidades legales, nace una persona jurídica nueva distinta a la de los socios.

#### a. Adquisición.

Tradicionalmente se ha admitido que la sociedad mercantil adquiere personalidad jurídica una vez cumplidos los requisitos del otorgamiento del contrato en escritura pública y su posterior inscripción en el RM. Pero, para que la sociedad mercantil obtenga cierto grado de personalidad jurídica basta con la era exteriorización de la sociedad en el tráfico (publicidad de hecho), aunque no exista aún publicidad registral. Que la sociedad no inscrita es una sociedad personificada lo confirman preceptos como el artículo 16.2 de la LSA y el 7 de la LAIE. Sólo adquirirán la personalidad con la inscripción las SA y SRL.

Por tanto, la constitución de una sociedad implica su adquisición de personalidad jurídica distinta e independiente de la de los socios, dando lugar a la creación de una esfera patrimonial más o menos separada de las de los socios, que genera una unidad de imputación jurídica.

#### b. Atributos.

El primer atributo de la personalidad jurídica es la denominación



**social**. Tiene una función identificadora y habilitadora: permite identificar al grupo y le permite actuar como tal en el tráfico externo. La regulación detallada de los requisitos formales y materiales que han de reunir las denominaciones sociales se encuentra en el Reglamento del RM.

Los requisitos formales: para garantizar su función de identificación, la denominación se somete a tres principios: unidad, visibilidad y novedad. La sociedad sólo puede tener un nombre compuesto por letras y números para que sea susceptible de expresión en el lenguaje oral o escrito.

Los requisitos materiales: de la denominación social varían según estemos ante una denominación objetiva o subjetiva. La composición de las denominaciones subjetiva se rige por el principio de voluntariedad. Lo que significa que el nombre o sobrenombre de una persona natural solo puede pasar a formar parte de una denominación social cuando aquélla lo haya consentido. El consentimiento se presume prestado cuando la persona natural es miembro de la sociedad. Si ésta fuera personalista, la pérdida de la condición de socio exige retirar el nombre. Si es sociedad de capitales, la retirada del nombre sólo será posible cuando el socio saliente se haya reservado el derecho.

#### c. Límites y abuso.

El argumento de que los socios son terceros extraños respecto de la sociedad al gozar ésta de personalidad jurídica independiente o puede servir de pretexto para la consumación de ningún fraude. Por ello, doctrina y jurisprudencia han reconocido la necesidad en esos casos de levantar el velo o desconocer la personalidad jurídica. Bastará, sin embargo, analizar la finalidad de la regla objeto de aplicación para concluir que resulta extensible a la sociedad (1258 Cc). Esto es lo que se llama *extensión de la imputación*.

En otros casos, habrá que extender a los socios de las sociedades de capital la responsabilidad por deudas sociales. Entonces, habrá que acudir a los fundamentos autónomos de responsabilidad. Esto es lo que se llama *extensión de la responsabilidad*. Esos fundamentos en los que se basa esta extensión son:

- Infracapitalización.
- Confusión de patrimonios.
- Confusión de esferas.
- Dirección externa o dominación.

#### d. Las cuentas en participación.

Las cuentas en participación es un tipo mercantil, no por razón de la



materia, sino de los sujetos. El artículo 239 del C. de c. recoge que las cuentas en participación son mercantiles y, por tanto, sujetas a la disciplina del Código de comercio, siempre que se constituyan entre comerciantes. No hay, sin embargo, dificultad para recurrir a ellas en el tráfico civil, creando una forma análoga, usando de la libertad contractual o utilizando las mismas cuentas para posibilitar que un tercero no comerciante se interese en la actividad de un profesional liberal, por ejemplo.

Su condición de sociedad no ofrece dudas: el fin común perseguido es la obtención de ganancias mediante la explotación del negocio del gestor y ambas partes contribuyen a su consecución.

#### 8. NACIONALIDAD DE LAS SOCIEDADES.

La nacionalidad en el ámbito de las personas jurídicas tiene un significado particular: actúa como mecanismo de selección de normas aplicables al contrato de sociedad. La nacionalidad no es propiamente un atributo de la personalidad jurídica.

El criterio para la atribución de la nacionalidad a las sociedades es el de la constitución: la sujeción a la Ley española viene determinada por la constitución de una sociedad con arreglo a las norma españolas (28 Cc y 15 C de c). La exigencia de que una sociedad tenga domicilio en España, es una mera exigencia material de validez o regularidad de la constitución. Aunque la mayor parte de la doctrina atribuye a las SA y SRL el criterio de nacionalidad en función del domicilio social o sede real, sin embargo choca con lo anteriormente expuesto y con los principios del Derecho comunitario.

Por lo que, los artículos 5 de la LSA y 6 de la LSRL, han de ser releídos en función del criterio de constitución y reservados a aquellos excepcionales en los que estas sociedades realizan todas sus actividades en nuestro país y, por tanto, carezcan de todo rasgo de internacionalidad.



### TEMA 7 LA SOCIEDAD ANÓNIMA: INTRODUCCIÓN, FUNDACIÓN Y APORTACIONES

#### 1. Introducción: antecedentes históricos y regulación legal.

El <u>origen</u> de la sociedad anónima se encuentra en las Compañías Indias que surgen en el siglo XVII al servicio del expansionismo ligado a la actividad y comercio coloniales. Aquí aparecen rasgos característicos de la sociedad anónima: responsabilidad limitada de sus miembros a la cifra de la aportación y la división del capital social en títulos que incorporan la condición de socio.

El maquinismo y la revolución industrial trajeron consigo una profunda transformación económica en el siglo XIX. Estos factores determinaron la consagración del capitalismo industrial y financiero.

La concepción capitalista de la sociedad anónima no alcanza su máximo apogeo hasta la primera década del siglo XX, hasta el punto de considerar a la SA como un capital dotado de personalidad jurídica.

Después de la primera guerra mundial se inicia una paulatina transformación de esta concepción que podría denominarse "radical-capitalista" a consecuencia de las conmociones políticas y sociales que engendró el conflicto bélico y por las reivindicaciones de los partidos socialistas y de los movimientos obreros europeos. Las transformaciones se manifiestan en el hecho de que sobre la estructura jurídica de la sociedad repercuten las reivindicaciones del trabajo. Todo ello permite hablar de un proceso de socialización de la SA. Sin embargo, la evolución mas reciente muestra en todas las economías occidentales un proceso de signo inverso.

No obstante, no cabe duda de la importancia que la SA ha tenido en el desarrollo capitalista.

En la actualidad existen dos tipos básicos de sociedades anónimas. El primero sería el de la gran sociedad anónima abierta, de elevada cifra de capital, con sus acciones difundidas entre miles de accionistas. Normalmente se trata de sociedades bursátiles o cotizadas, cuyas acciones cotizan en un mercado secundario oficial, cuyos socios, con excepción del grupo o grupos que la controlan, no poseen la tradicional affectio societatis.

El segundo tipo de SA suele estar representado por sociedades de mediano tamaño y cifra de capital, no cotizadas en Bolsa, con acciones repartidas entre un número reducido de accionistas que no suelen transmitir sus títulos con finalidad especulativa y que acostumbran a ejercitar todos sus derechos sociales (sociedades cerradas)En buena parte de los casos se tratará de sociedades donde predominan los vínculos familiares, o de sociedades financieras ligadas y, a veces, dependientes de las del primer tipo, por medio de recíprocas participaciones de capital y con administradores designados por aquéllas.

En relación con la regulación legal, nuestro viejo CCOm contenía un



defectuoso concepto y un insuficiente régimen jurídico para la SA de carácter dispositivo. Se comprende pensando en una concepción liberal por parte del legislador que dejaba a la voluntad de los fundadores la determinación en los estatutos del régimen jurídico de la SA.

Por ello se promulgó la LEY de 17 de julio de 1951, sobre el régimen jurídico de las SA. Sin embargo, la doctrina exigía su modificación por varias razones. La primera es la adecuación del régimen jurídico de la SA a las circunstancias económico-sociales del momento. La segunda se basaba en el hecho de que en la realidad económica era cada vez más numeroso el grupo de las grandes SA. La tercera procedía de la imperiosa necesidad que tenía España, desde su incorporación a la CE de armonizar su legislación interna en materia de sociedades mercantiles (especialmente las anónimas) al contenido de las directivas comunitarias en esta materia.

Todo ello, ocasionó la redacción y promulgación de la ley 19/1989 de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE en materia de Sociedades, que provocó una profunda modificación y puesta al día de muchos de los aspectos de la ley de 1951.

La ley 19/1989 ordenaba al Gobierno redactar y aprobar un Texto refundido de la LSA. En cumplimiento de aquel mandato, se procedió a aprobar un Relegislativo por el que se aprueba el texto refundido de la ley de sociedades anónimas (LSA)

#### 2. Concepto y elementos fundamentales de caracterización.

La ley española no contiene en sentido estricto un concepto de SA. Recoge una descripción en su artículo1, a partir del cual se pueden extraer los requisitos esenciales a toda SA, y a partir de ahí puede inducirse un concepto. Estos requisitos son:

- tener dividido el capital en acciones, ello pone de manifiesto que nos encontramos ante una sociedad capitalista, esto es que las aportaciones de los socios sólo pueden consistir en dinero, bienes o en derechos valorables en dinero.
- 2. Que el capital se forme o integre necesariamente por las aportaciones de los socios. La SA es una institución que sirve para cumular el capital aportado por los socios a fin de explotar una actividad; aportación que permite una fácil transmisión de la condición de socio.
- 3. Que los socios no respondan personalmente de las deudas sociales. Toda SA responde frente a sus acreedores ilimitadamente con todos sus bienes presentes y futuros. La responsabilidad de los accionistas se caracteriza por los siguientes principios: por estar limitada a la cuantía prometida en el momentos constitutivo; por responder frente a la sociedad en cumplimiento de su limitada obligación con todos sus



bienes presentes y futuros y por no responder directamente frente a los terceros acreedores de la sociedad.

### 3. El capital social: capital y patrimonio. Funciones del capital social.

La ley 1989 establece que el capital social no podrá ser inferior a 10 millones de pesetas (60100€) con lo que atiende al mandato de las directivas comunitarias. La SA es el prototipo de las sociedades de de capitales. Sin duda, porque permite reunir y organizar ingentes masas de capital que se destinan a la explotación de una actividad económica determinada. Conviene distinguir el capital social del patrimonio.

El <u>capital</u> es la cifra contable expuesta que figura como primera partida del pasivo del balance para impedir que se repartan beneficios cuando realmente no existen.

Por otro lado, el <u>patrimonio</u> es el conjunto efectivo de bienes e la SA en un momento determinado. De tal forma, en el momento inicial ambos pueden coincidir, no obstante, en cualquier momento posterior a la fundación es seguro que el valor patrimonial será mayor o menos que la cifra del capital. Por ello, mientras el capital social fluctúa, la cifra del capital se mantiene invariable, salvo que se aumento o se reduzca mediante la correspondiente modificación estatutaria.

Desde el punto de vista <u>jurídico</u> el capital es una cifra de retención, que cumple una importante función de garantía de los terceros.

#### 4. Principios rectores del capital social.

- Capital social mínimo: la finalidad es una especie de garantía frete a terceros y se trata de preservar determinadas figuras para sólo unos tipos sociales. STS 12 de junio de 1995 nos habla de sociedades infracapitalizadas, que son sociedades que la actividad que desarrollan es un riesgo demasiado elevado para el capital social que se tiene.
- Principio de determinación, el capital social ha de estar determinado en los estatutos.
- Principio de integridad, el capital social ha de estar completamente suscrito.
- Principio de desembolso, el capital social deberá estar entregado en la proporción exigida por la ley. A la parte no desembolsada se denomina dividendo pasivo.
- Principio de estabilidad, el capital social se mantiene invariable, salvo modificación estatutaria. Este principio no rige en las sociedades de garantía recíproca y en las sociedades de capital variable.
- Principio de realidad, el capital social expresado efectivamente existe y ha sido aportado por los socios en el momento fundacional.



#### 5. Denominación de la sociedad anónima.

La SA necesita poseer un nombre que la distinga de las restantes personas jurídicas. Esta denominación social es para la sociedad lo que el nombre y los apellidos para la persona física. La LSA instaura un principio de amplia libertad para elegir la composición de la denominación de la SA, pudiendo ser subjetiva u objetiva.

Ahora bien, la amplia libertad de principio para la elección de la denominación, se limita por dos declaraciones de carácter imperativo. En virtud de la primera, en la denominación deberá necesariamente hacerse constar la indicación "sociedad anónima" o "SA" En segundo lugar no se puede adoptar una denominación idéntica a la de otra sociedad preexistente. Reglamentariamente se ha perfilado esta prohibición en un doble sentido: de una parte, el objeto de ampliarla a cualquiera de las denominaciones que figuren incluidas en la sección de denominaciones del registro mercantil central; de otra, el objeto de perfilar el concepto de identidad, extendiéndolo también a ciertos casos de semejanza. En efecto, se entiende que concurre la identidad no sólo en los casos de coincidencia total y absoluta, sino también cuando se dé una utilización de las mismas palabras en distinto orden, o incluyendo otras de escasa importancia o utilizando palabras distintas pero que presenten la misma o notoria semejanza.

Por ello debe solicitarse al registrador mercantil central una certificación acreditativa de que no figura registrada la denominación elegida antes de otorgarse escritura de constitución.

Para terminar puede tener interés la descoordinación existente entre el régimen previsto para las denominaciones sociales en la LSA y en el RRM, y la normativa prevista en la Ley de Marcas para el nombre comercial. Ello en teoría no debe extrañar pues tampoco tiene que existir coordinación al tratarse de figuras distintas. No obstante, en la práctica son bastantes los conflictos entre las denominaciones sociales y los signos distintivos. Normalmente, el conflicto se plantea entre el derecho de una sociedad a usar su denominación social y el derecho de otra a usar su nombre comercial, cuando una y otro coinciden o se asemejan mucho. La ley de marcas trata de ofrecer una solución al tema, prohibiendo el otorgamiento de denominaciones sociales que puedan crear confusión con una marca o nombre comercial notorio o renombrado.

#### 6. Nacionalidad, domicilio y sucursales.

El texto refundido de la LSA afirma que serán españolas y se regirán pro la presente ley todas las sociedades anónimas que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que fuese el lugar en que se hubieren constituido.



El sistema de determinación de la nacionalidad de la sociedad se completa con una importante norma, según la cual, deberán tener su domicilio en España las sociedades anónimas cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro de su territorio.

Desde una visión más global, probablemente sea la cuestión de la nacionalidad de las sociedades uno de los grandes temas pendientes en el derecho de la unión europea, en particular a efectos de garantizar la libre circulación y libertad de establecimiento de las personas jurídicas dentro de la unión sin perder por ello si condición de nacional del Estado de origen.

Por otro lado <u>el domicilio</u> constituye una mención obligatoria de los estatutos. No obstante, la sociedad no es enteramente libre de fijarlo donde estime oportuno. A tal efecto, para fijar el domicilio de la sociedad, la LSA ordena que la sociedad anónima fije su domicilio dentro del territorio español en le lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección o en que radique su principal establecimiento o explotación.

Muy frecuentemente la sociedad necesita <u>sucursales</u> y delegaciones distintas del domicilio principal para realizar en ellas su actividad económica o para descentralizar su dirección y administración. La sucursal ha de entenderse todo establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión, a través del cual se desarrollen, total o parcialmente, las actividades de la sociedad.

Desde una perspectiva económica la sucursal pertenece a la sociedad y está subordinada al establecimiento principal cuyas instrucciones debe respetar. Desde una perspectiva jurídica la sucursal goza de cierta independencia pro el hecho de que en ella pueden automáticamente estipularse los mismos contratos que en el establecimiento principal, contratos a través de los cuales se explota o realiza el objeto social.

#### 7. Normas comunes a toda fundación: forma y publicidad.

Los requisitos constitutivos genéricos a toda sociedad son la necesidad de otorgar en escritura pública el consentimiento de todos aquellos sujetos que deseen crear la sociedad, y la inscripción en el RM de esta escritura de constitución.

La <u>escritura</u> es el documento público otorgado ante Notario que fundamentalmente contiene la declaración de voluntad de los socios dirigida a constituir una sociedad anónima. La escritura posee un contenido mínimo inderogable:

- Datos identificativos de los otorgantes.
- La voluntad de éstos de fundar una sociedad anónima.
- Las aportaciones de cada uno de ellos
- Número de acciones recibidas en pago
- Los estatutos sociales



- Datos identificativos de los primeros administradores
- Cualesquiera pactos lícitos y condiciones especiales que los socios fundadores estimen conveniente incluir en la escritura.

Los estatutos constituyen la norma básica que ha de regir el funcionamiento de la sociedad. En los estatutos ha de constar necesariamente una serie de menciones, sin perjuicio de la posibilidad de ampliar ese contenido mínimo de forma necesaria:

- La denominación de la sociedad
- Objeto social
- Duración de la sociedad
- Fecha de comienzo de las operaciones
- Domicilio social
- Capital social
- Número de acciones en que se divide el capital social
- Forma de representación
- Estructura del órgano de administración
- Número de administradores
- Fecha de cierre del ejercicio social

Hay que hacer referencia de los pactos parasociales, que son aquellos que no son objeto de publicidad registral, y que alcanzan los socios para si, y que por ello no producen efectos para la sociedad, sino solo para los socios que adoptan ese acuerdo. (es muy breve pero la profesora ni siquiera los mencionó, los pongo aquí para tener una noción, pero no son importantes)

Para la válida constitución de cualquier sociedad anónima exija la integra suscripción de su capital social y el desembolso mínimo de una cuarta parte del mismo. La ley exige que este desembolso se refiera al valor de cada una de las acciones y no meramente a su valor nominal conjunto. Ello significa que los suscriptores de acciones pueden aportar en el momento constitutivo la totalidad del capital social, o bien una parte no inferior al 25% del valor nominal de sus acciones, siempre que se hayan comprometido a desembolsar el resto en un momento posterior. La parte no desembolsada inicialmente constituye lo que se denominan los dividendos pasivos.

La sociedad anónima adquiere su personalidad jurídica con la inscripción de la escritura pública de constitución en el RM. Por ello el proceso fundacional termina cuando la escritura pública queda inscrita, momento en que al sociedad adquiere personalidad jurídica plena.

#### 8. Sociedad en formación y sociedad anónima irregular.

La sociedad en formación, es aquella situación jurídica de interinidad que surge desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución hasta que,



transcurrido como máximo un año desde ese momento, se inscribe la sociedad en el RM. Para los actos y contratos realizados en nombre de la sociedad dentro de este período de tiempo, establece la LSA los siguientes criterios y soluciones:

- de sus efectos responderán solidariamente quienes hayan estipulado tales actos o contratos, a no ser que la eficacia de los mismos se hubiera condicionado expresamente a la inscripción y, en su caso, posterior asunción por parte de la sociedad.
- Sin embargo, hay determinados casos en que se produce una asunción automática por la propia sociedad en formación. En efecto, responderá directamente la sociedad cuando se trate de actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad; así como de los contratos realizados por los administradores dentro de las facultades por la escritura para la fase anterior a la inscripción en el RM.
- Si se alcanza la inscripción en el RM, la sociedad asume ope legis para sí la eficacia y la responsabilidad de los actos y contratos a que se refiere el apartado anterior. En realidad, la sociedad ya estaba obligada antes como sociedad en formación.

La <u>sociedad irregular</u>, si la sociedad en formación supone una fase necesaria en toda sociedad a partir de un determinado momento la situación deja de ser normal para pasar a ser patológica. En efecto, la experiencia pone de manifiesto que son frecuentes los casos de iniciativas societarias que deciden prolongar y permanecer en esa interinidad de forma más o menos indefinida. Se puede afirmar que se encuentra en situación de irregularidad aquella sociedad en la que es posible verificar la voluntad de no inscribirse. Es obvio que ello tropieza con innumerables problemas de prueba, por lo que el propio precepto suministra un criterio residual, consistente en considerar irregular a la sociedad transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción.

En tales casos, por la frustración del fin del negocio, cualquier socio podrá instar de la sociedad y del juez la disolución de la sociedad hasta entonces en formación y exigir, previa liquidación, la restitución de sus aportaciones.

#### 9. Las clases de fundación de la sociedad anónima.

La SA puede constituirse siguiendo dos procedimientos distintos, el de fundación simultanea o en un solo acto y el procedimiento de fundación sucesiva.

La <u>fundación simultanea</u> se presenta cuando la escritura de constitución se otorga en un solo acto por todos los fundadores, suscribiendo entre todos ellos la totalidad de las acciones representativas del capital social. Precisamente este hecho es lo que hace que sea el sistema preferido de fundación, incluso para grandes iniciativas societarias. De la fundación simultánea es necesario



resaltar los siguientes extremos:

- los fundadores son quienes otorgan la escritura social y suscriben todas las acciones en el momento constitutivo. Son los accionistas originarios que intervienen por sí o por medio de representante, pero en nombre propio, en la escritura de constitución.
- El legislador ha puesto un especial cuidado en el régimen de las obligaciones y de la responsabilidad que soportan los fundadores. Estos vienen obligados a realizar todo lo necesario para obtener sin demora la inscripción de la sociead en el RM en el plazo de dos meses. EN cuanto a la responsabilidad de los fundadores, será solidaria.
- Por otro lado, es normal que los fundadores de una SA se reserven ventajas económicas especiales, que se añaden a las que les corresponden por su estricta condición de accionistas. Estas ventajas tienen por finalidad retribuir la idea organizativa, el trabajo o las gestiones que toda fundación de una sociedad lleva consigo.

Junto al procedimiento de fundación simultánea, la ley contempla otro sistema, cuya aplicación se declara imperativa para aquellos supuestos en que con anterioridad al otorgamiento de la escritura de constitución se haga una promoción pública de la suscripción de las acciones por cualquier medio de publicidad o por la actuación de intermediarios financieros. Este procedimiento consta de cuatro fases, que son las siguientes:

- Redacción, depósito y publicidad del programa fundacional. Los promotores deberán redactar el programa de fundación, e el que expondrán los datos de la sociedad que se propone.
- La suscripción de acciones y el desembolso mínimo de un 25% es el paso siguiente para este tipo de fundación. Consiste en que el público que desee aceptar la oferta que el programa fundacional contiene, lo acepta suscribiendo el correspondiente boletín de suscripción por el número de acciones que se deciden asumir y desembolsando el valor de las acciones depositando su importe a nombre de la sociedad en entidades de crédito previamente designadas al efecto.
- La convocatoria y la celebración de la Junta general constituyente es el momento destinado, por un lado, a ratificar la voluntad constitutiva de los promotores y del os suscriptores de la sociedad y, por otro, a aprobar el conjunto de datos que integran el contenido esencial de la sociedad.
- El proceso fundacional termina con el otorgamiento y la inscripción de la escritura pública de constitución en el RM, lo que deberán hacer las personas para ello designadas en la junta general constituyente dentro de unos plazos establecidos.

Por otro lado, hay que hablar en la fundación sucesiva, de los promotores, que son las personas que redactan el programa de fundación. A ellos impone la ley



numerosas obligaciones, entre las que destacan las siguientes: redactar el programa de fundación: depositar el programa en el RM, convocar junta general constituyente y presidir la mismas...

Además, la ley les somete a un severo régimen de responsabilidad, al obligarles a responder solidariamente frente a la sociedad y frente a terceros de la realidad y de la exactitud de las listas de suscripción, de los desembolsos iniciales y su adecuada inversión, y de la realidad de las aportaciones no dinerarias realizadas por los suscriptores. Asimismo responderán solidariamente de las obligaciones asumidas frente a terceros.

### 10. Sociedad anónima abierta y sociedad anónima cerrada: las sociedades cotizadas.

Aparecen mencionadas y definidas en el primer apartado, ella en clase se ha referido a ellas pero no mas de lo que he puesto.

Respecto a las sociedades cotizadas, se ve en el tema 14 de forma mas detallada, por eso remito a ese tema

#### 11. Las aportaciones sociales.

Los socios de la SA aportan en el momento de su incorporación a la sociedad o se comprometen a aportar a ella dinero, bienes o derechos patrimoniales de muy diversa naturaleza. El dinero o los bienes aportados por los socios constituyen el patrimonio de la sociedad anónima, que se invierte, gestiona, administra y dirige para explotar su objeto e intentar así alcanzar sus fines.

Sólo podrán ser objeto de aportación el dinero en moneda nacional o extranjera, los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica, de tal modo que en ningún caso podrán ser objeto de aportación el trabajo o los servicios. No obstante, se admite expresamente para la sociedad anónima la licitud de las prestaciones accesorias, distintas de las aportaciones de capital que puedan hacer todos o varios socios siempre que así s establezca en los estatutos de la sociedad.

Por ello son dos las grandes clases de aportaciones: dinerarias y no dinerarias. Ningún problema presentan las primeras dada su fácil cuantificación e identificación y su simple cumplimiento por el aportante.

Las aportaciones no dinerarias son aquellas cuyo objeto es distinto del dinero. Pueden ser de muy variada naturaleza.

Estas aportaciones pueden plantear delicados problemas, al integrarse en el patrimonio de la sociedad y afectar su valoración y su buen fin tanto a la sociedad como a los socios e incluso a los terceros acreedores de la sociedad. Cuando se realizan aportaciones no dinerarias, surgen dos clases fundamentales de problemas:

- Valoración económica de toda aportación no dineraria. Al proceder a esta valoración, se puede producir una de estas tres situaciones: que la



valoración sea justa o adecuada, que sea inferior o superior a l valor real de lo aportado. Para que la valoración sea adecuada, la LSA exige que las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su naturaleza, sean objeto de un informe elaborado por uno ovarios expertos designados por el registrador mercantil, a fin de fijar el valor de los bienes o derechos aportados y el número y el valor de las acciones recibidas como contrapartida.

- El segundo problema afecta al buen fin de las aportaciones no dinerarias efectuadas, en el sentido de que no sea la sociedad que las recibe la que tenga que soportar la evicción o el saneamiento de los bienes o derechos aportados, porque lo contrario perjudicaría a la sociedad, a los restantes socios y a los terceros acreedores. La ley establece tres reglas fundamentales: en la aportación de bienes muebles o inmuebles el aportante estará obligado a la entrega y al saneamiento conforma a las reglas del CC para la compraventa y se aplicará el régimen de la transmisión de riesgos previsto en el CCom para la compraventa mercantil; en la aportación de un crédito, el aportante responderá de la legitimidad de éste y de la solvencia del deudor; en la aportación de una empresa el aportante quedará obligado al saneamiento de su conjunto.

#### 12.Los dividendos pasivos.

La ley no exige el íntegro desembolso del valor nominal de todas las acciones en el momento inicial, sino que permite que la sociedad se constituya habiendo desembolsado al menos el 25% del valor nominal de cada una de sus acciones. EN caso de haber optado por esta posibilidad, la sociedad será acreedora de sus accionistas, y éstos, deudores de ella, pro el valor de la parte no desembolsada de las acciones suscritas. El importe de esta deuda son los denominados dividendos pasivos.

La ley se preocupa de que quede constancia en los estatutos constitutivos de la parte del capital suscrito y no desembolsado, esto es, el importe de los dividendos pasivos; de la forma y el plazo máximo en que éstos han de satisfacerse a la sociedad por los accionistas deudores en las condiciones establecidas en los estatutos o, en su defecto, por decisión de los administradores.

Ahora bien, si el accionista deudor no paga en el plazo fijado pro los estatutos o por los administradores, incurre en mora, situación que lleva aparejados graves efectos: no puede ejercitar el derecho de voto, ni podrá percibir los dividendos que la sociedad acuerde repartir, ni ejercitar el derecho de suscripción preferente. Pero al margen de estos efectos, en caso de mora la sociedad puede optar entre reclamar del socio moroso el desembolso debido más el interés legal y los daños y perjuicios causados, o enajenar las acciones



por el procedimiento señalado por la ley o, si la acción o acciones no pudiera llegar a efectuarse la acción o acciones serán amortizadas con la consiguiente reducción de capital.

#### 13.La nulidad

La SA está en situación de disolución cuando se encuentra en alguno de los supuestos descritos por la Ley o por los estatutos como causa de apertura del proceso de su propia extinción.

Las causas de disolución con:

- por acuerdo de la junta gneral, los socios son libres en principio, de acordar la disolución de la sociedad, además, por acuerdo mayoritario aunque con una serie de requisitos reforzados.
- Por tanscurso del término de duración de la sociedad fijado en los estatutos. Se presenta en las sociedades constituidas por tiempo determinado y opera ipso iure por el transcurso del tiempo de vida fijado en los estatutos.
- Por conclusión de la empresa que constituye el objeto de la sociedad.
- La imposibilidad manifiesta de realizar el fin social.
- La paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento, dicha paralización ha de ser permanente, definitiva e insuperable.
- Como consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no resulte procedente solicitar la declaración de concurso.
- Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal.
- Por fusión de la sociedad.
- Por cualquier otra causa establecida en los estatutos.

Para que una sociedad se encuentre legalmente en estado de disolución, será necesaria la concurrencia de los requisitos siguientes:

- que la junta sea convocada por los administradores, mencionando en el orden del día que se proyecta acordar la disolución de la sociedad.
- Que la junta se constituya con el quórum establecido al efecto, y que el acuerdo se adopte por la mayoria preestablecida.
- Que el acuerdo de disolución se otorgue en escritura pública, se inscriba en el RM y se publique en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un periódico de gran circulación del domicilio social.

#### 14.La liquidación.

La disolución no tiene como efecto la extinción de la sociedad, sino la apertura del procedimiento de liquidación. La misma comprende la serie de actos que conducen al pago total o parcial de las deudas sociales y en su caso al reparto



del sobrante del patrimonio social entre los accionistas en la forma prevista en los estatutos o, en su defecto, en proporción a su participación en el capital social desembolsado o liberado, desembocando en la extinción de la sociedad. Fases del procedimiento de liquidación.: en primer lugar los liquidadores en unión con los administradores habrán de redactar un balance y un inventario referidos al momento inicial de la liquidación. Habrán de proceder a realizar el activo, vendiendo los bienes de la sociedad y cobrando de los créditos de que fuera titular la sociedad. Reviste una especial importancia la realización del pasivo, es decir, la satisfacción o pago a los acreedores sociales, como paso previo para pagar a los accionistas su cuota de liquidación si queda remanente.

Como paso previo para el reparto entre los socios del remanente, los liquidores habrán de redactar el balance final de liquidación, que ha de ser objeto de censura por los interventores en caso de existir, y aprobado por la junta general. Tras su aprobación, deberá publicarse en el BORME y en uno de os diarios de mayor circulación en el lugar del domicilio social. El balance es susceptible de impugnación por el socio que se sienta agraviado.

El patrimonio remanente ha de distribuirse entre los socios de acuerdo con una serie de nombras que establece la ley. De esta forma, ha de estarse en primer lugar a lo que establezcan los estatutos y si los estatutos nada señalan, la regla supletoria es el reparto en proporción al importe nominal de las acciones.



### TEMA 8 LA ACCIÓN, LA SOCIEDAD COMANDITARIA POR ACCIONES

#### 1. INTRODUCCION

La ultima conexión entre acción y S.A. se descubre cuando la Ley afirma que aquel es una parte alícuota del capital de esta (art.47 LSA) La acción ha sido tradicionalmente, además, un titulo al que se incorpora la condición de accionista, representando de tal forma su participación en el capital, legitimándole para el ejercicio de los derechos que la Ley y los Estatutos le conceden. Precisamente en ello reside, sin duda, uno de los grandes secretos del éxito de la SA como es la enorme facilidad para transmitir la condición de socio y con ello la participación en el capital. Sin embargo, en la actualidad la situación de l acción es distinta, puesto que se ha procedido a una parcial desmaterialización de l acción al admitirse de la acción también mediante anotaciones en cuenta (art.51 LSA)

#### 2. LA ACCIÓN COMO PARTE DEL CAPITAL

#### A) La división del capital en acciones:

La sociedad anónima es necesariamente una sociedad de acciones. Su capital esta dividido en acciones. Existe una estrecha relación entre el capital social y la acción, tanto en lo que se refiere a su valor como respecto de su función de integración.

#### B) El valor de la acción:

La acción tiene un valor que corresponde a su proporción dentro del capital social. La suma del valor de acción debe ser igual a la cifra del capital. Esto es el valor nominal. Esto debe venir indicado en los estatutos, en el titulo acción (art 53 LSA), en las anotaciones en cuenta (art. 6 LMV) o en los resguardos provisionales (art. 54 LSA). Normalmente se expresa numéricamente en dinero pero también se admite como una parte del capital que representan. La elección del valor nominal es libre sin límites máximos ni mínimos. Pueden existir acciones de distinto valor nominal siempre que sean de distinta series, misma serie igual valor nominal (art. 49) Distinto valor nominal es el valor real o valor razonable de la acción. El valor real de la acción es cambiante, se trata del valor patrimonial de la sociedad que corresponde a la acción según el porcentaje que esta tenga en relación con el capital social. Hay que distinguir:

- <u>Valor real</u>: el verdadero valor patrimonial de la acción.



- <u>Valor contable o valor "neto patrimonial"</u>: el valor contable.

Estos dos pueden ser distintos como consecuencia de la aplicación de criterios contables prudentes o de la existencia de reservas contables. Además distinguimos:

- <u>Valor real</u>: el verdadero valor patrimonial de la acción
- <u>Valor de mercado</u>: difícil de determinar si existen pocas transacciones y fácil si hay un mercado organizado como el de la Bolsa.

### C) Correspondencia entre el valor nominal y aportación patrimonial:

A cada una de la acciones le debe corresponder una efectiva aportación patrimonial a la sociedad, el valor nominal (art 47.1 LSA). La acción no puede emitirse por una cifra inferior a su valor nominal (art 47.2 LSA) pero no existe problemas para que la aportación sea superior. El art 47.3 LSA permite emisión acciones con prima, la finalidad de garantías queda atendida. La prima debe satisfacerse integramente en el momento de la suscripción (no aplicación régimen dividendos pasivos). Donde más sentido puede tener la prima es en el aumento de capital (art 166.2.3º y 166.4.2° RRM), con ello se consigue que las antiguas acciones y las nuevas conserven un valor similar. Su importe formara una reserva (art 178 LSA) que se debe considerar de "libre disposición" salvo que los estatutos lo hagan indisponible. Se admite la prima por representar una mayor garantía patrimonial pero no obliga a mantener la reserva. No se admiten las acciones liberadas o gratuitas, pues no existe un efectivo que corresponda a ellas, ni las acciones de industria o trabajo, aquellas a cambio de prestación o servicio (art 36 LSA). Es distinto cuando el término liberadas se emplea para referirlo a las acciones completamente desembolsadas o para describir a las acciones que se emiten sin necesidad de desembolso en todo o en parte, pues ya existe un patrimonio efectivo en la sociedad como contrapartida de las nuevas acciones (ampliación de capital con cargo a reservas o a beneficios). Por otro lado, no es necesario que se emitan acciones a cambio de servicios, destinadas a los propios empleados, estos reciben acciones liberadas. Ni siguiera en las "sociedades laborales" se admite el trabajo como contraprestación de las acciones (art 5 Ley Sociedades Laborales).

### 3. LA ACCIÓN COMO VALOR: TITULOS Y ANOTACIONES EN CUENTA



### A) La representación de la acción : el titulo-acción y la anotación en cuenta:

La posibilidad e incorporar los derechos de socios a documentos especiales que facilitaban su ejercicio y transmisión contribuyo decisivamente al éxito y desarrollo de la sociedad anónima. Los derechos y obligación que integran la posición de socio se "incorporan" en acciones, y estas pueden representarse tanto por medio de títulos como por medio de anotaciones en cuenta. El titulo-acción es considerado como documento especial y entra en la categoría de los títulos valores. Las anotaciones en cuenta de aparición reciente (trascendente Ley del Mercado de Valores de 1988) surgen tras el proceso de "desmaterialización" de los títulos. Ambos son equiparables, art 51 LSA, en el sentido de que ambos son considerados valores mobiliarios y son instrumentos que facilitan la transmisión y el ejercicio de los derechos de los accionistas. Su régimen jurídico sí que presenta algunas diferencias.

#### B) La acción representada por medio de títulos.

- 1. La acción entra en el concepto de titulo-valor, documento caracterizado porque en él se produce una especial conexión entre el titulo y los derechos de su titular que se explica con la metáfora de la incorporación con la que se quiere indicar que es necesaria la transmisión o la posesión del titulo para la transmisión o el ejercicio del derecho. La naturaleza titulo-valor que tiene la acción resulta apropiada el carácter capitalista de la sociedad anónima, en la que es irrelevante, en principio, quién sea el titular de esos derechos. (Aunque es frecuente que los estatutos restrinjan la libre transmisibilidad)
- 2. Las acciones representadas como titulo pueden ser nominativas, designan a su titular en el documento, o la portador, no consta su identificación, (art 52.1 LSA), según la forma de designar al titular. No caben acciones "a la orden" (el art 56.2 permite la transmisión por "endoso" pero no es "a la orden" porque su endoso no es suficiente para legitimar al adquiriente frente a la sociedad).

La legitimación frente a la sociedad opera de manera distinta. Si las acciones son nominativas el titular debe estar inscrito en el libro de acciones nominativas (art 55 LSA), debe ser efectuada por los administradores cuando les sea acreditada la transmisión (art 56.1 LSA)



sin que necesariamente tenga que existir los títulos. Mientras no se hayan impreso y entregado los accionistas tienen derecho a obtener la certificación de las acciones inscritas a su nombre (art 5.5 LSA). Si existen la exhibición es precisa para obtener la inscripción (art 58 LSA). En cambio, en las acciones al portador para el ejercicio de los derechos de accionista basta la exhibición del titulo o certificado (art 58 LSA). La Ley exige que las acciones revistan la forma nominativa en cuatro supuestos (art 52.1 LSA):

- 1. No estén totalmente desembolsadas, (responsabilidad art 46 LSA)
  - 2. Su trasmisibilidad este sujeta a restricciones (art 63.1 LSA)
  - 3. Lleven aparejadas prestaciones accesorias
  - 4. Lo exijan disposiciones especiales (muy común)
- 3. El art 79 permite que existan distintas clases y distintas series de acciones. Las que tengan el mismo contenido de derechos han de constituir una misma clase y todos las que integren una serie deben tener el mismo valor nominal. Las acciones deben numerarse correlativamente (art 53.1 LSA) y extenderse en libros talonarios con cuya matriz se queda la sociedad. Las acciones nominativas deben inscribirse en el libro correspondiente. El titulo acción debe contener una serie de menciones referentes a datos de la sociedad o del propio titulo (art 53 LSA). La firma del administrador podrá hacerse por reproducción mecánica siempre que cumpla los requisitos contenidos en el art. En caso de títulos especiales la Ley exige constancia destacada.
- 4. Es frecuente que se emitan resguardos provisionales que reconocen al socio la titularidad de acciones todavía no emitidas. El art 54 les impone la forma nominativa y exige los mismos requisitos que las acciones. La LSA reconoce en el art 52.2 el derecho de los socios a recibir los títulos que le correspondan, libre de gastos. EL art 59 regula el procedimiento para la sustitución de títulos.

# C) La acción representada por medio de anotaciones en cuenta.

La LSA va más lejos que la LMV (Ley del Mercado de Valores) al exigir en su disposición adicional 1.5ª que se represente necesariamente de ese modo si pretenden acceder o mantenerse admitidas a cotización en el mercado secundario oficial. Con la anotación en cuenta, se sustituye el documento por un registro contable. El régimen jurídico de las notaciones



en cuenta es el establecido en la normativa reguladora el mercado de valores por expresar remisión del art 60 LSA., contenido en los art 5 a 12 LMV (modificados el 6,8 y 9 por el Real Decreto de 11 de marzo de 2005). En ellos se regula su constitución, que opera en virtud de la inscripción en el "registro contable" y que requiere la previa elaboración de un documento en el que deben constar los datos relativos a los valores, su transmisión, la constitución de derechos reales sobre ellos y el modo en que opera la legitimación del titular frente a la sociedad. La LSA contiene alguna norma especifica sobre las anotaciones en cuenta, el art 60.2 LSA permite que se adopte esta modalidad en los supuesto de nominatividad del art 52 y pide que se consigne en la anotación la circunstancia de no estar desembolsada a la publicidad de las modificaciones que afecten a las anotaciones. La disposición adicional 1ª establece la obligación que tienen las entidades encargadas de llevar los registros de anotaciones de comunicar los datos necesarios para la identificación de los accionistas.

# 4. LA ACCIÓN COMO EXPRESIÓN DE LA CONDICIÓN DE SOCIO: DERECHOS ECONÓMICOS, POLÍTICOS E INSTRUMENTALES A) El artículo 48 de la LSA:

La titularidad de una o más acciones confiere la condición o status de socio. Este es titular de una serie de derechos y obligaciones. El art 48 LSA declara que la acción atribuye a su titular legítimo los derechos reconocidos en la LSA y en sus estatutos y contempla con el calificativo de "mínimos" aquellos considerados básicos y de mayor importancia. Hay que advertir que existe la posibilitada de que se constituya sobre la acción un derecho real limitado a cuyo titular corresponde alguno de los derechos de socios.

# B) Derecho a participar en el reparto de las ganancias de las ganancias sociales:

No seria razonable que hubiera que esperar al momento de la liquidación para que se repartieran los beneficios obtenidos. Por ello la vida de la sociedad se divide en ejercicios. El derecho a las ganancias sociales (art 48 LSA) es un derecho "mínimo" o sustancial, lo que no significa que todos los beneficios deban repartirse. Se trata de un derecho abstracto, sin un contenido determinado, que se concreta en el derecho al dividendo. Mientras el primero corresponde al accionista en cada momento, el segundo es contingente, en el sentido de que esta condicionado por la existencia de beneficios y por el acuerdo de repartirlos (competencia de la Junta General). El derecho al dividendo tiene la consideración de un



derecho de crédito determinado que nace cuando la junta lo acuerda y fija, desde ese momento los socios se convierten en acreedores de la sociedad. Con o que podrán concurrir con los demás acreedores en la quiebra de la sociedad. El reconocimiento del derecho abstracto a las ganancias debe considerarse inoperante. Aun dentro del indicado margen de maniobra, representa, al menos, un limite a la competencia de la junta que no debe negarse sistemáticamente y sin justificaron al reparte.

# C) Derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación:

Dado que no todos los beneficios se deben repartir es posible que en el momento final de la vida de la sociedad exista un patrimonio superior al constituido por las aportaciones iniciales. Todo el patrimonio existente debe ser distribuido entre los socios de acuerdo con las reglas sobre la división del haber social (art 276 y 297 LSA)

# D) Derecho de suscripción preferente:

Si se aunque el capital social emitiendo nuevas acciones la Ley concede al socio el derecho suscribir esas acciones (art 48 y 158 LSA). Así se le ofrece la posibilidad de mantener su proporción en el capital social y de evitar el perjuicio que se podría ocasionar al disminuir el valor real o de mercado de las acciones antiguas. La Ley excluye el derecho en os supuesto donde las nuevas acciones tienen un destinatario obligado (art 159.4 LSA):

- 1. Fusión por absorción, las nuevas acciones corresponderán a los accionistas de la sociedad absorbida
- 2. Conversión de obligaciones en acciones, en las que corresponderán a los obligacionistas.

Por ello la Ley también reconoce al accionista el derecho a suscribir las obligaciones convertibles (art 48 y 293 LSA). El titular de las obligaciones convertibles también tiene el derecho a suscribir tanto las nuevas acciones como las nuevas obligaciones convertibles (Art 158 y 193). El art 159.1 permite a la junta general acordar la supresión del derecho de suscripción "cuando el interés de la sociedad así lo exija". La interpretación debe ser restrictiva, el interés de la sociedad en la supresión del derecho ha de ser particularmente intenso y la carga de la prueba de su existencia debe recaer en la sociedad. El art establece también una serie de exigencias en protección de los accionistas que se van a ver derivados del derecho de suscripción. El contenido del derecho es proporcional al valor de la acción



que ya posea el accionista (art 50.2 LSA). Si sobran derecho de suscripción es posible su agrupación. El derecho es transmisible en las mismas condiciones que las acciones de que se deriven (art 158.3 LSA) y tiene que ejercitarse en el plazo que concedan los administradores que no puede ser inferior a un mes (15 días en sociedades cotizadas) desde la publicación del anuncio de la oferta de suscripción de la nueva emisión en el BORME (Art 158.1 LSA).

# E) Derecho de asistencia y de voto:

El art 48 incluye el derecho al voto entre los derechos "mínimos", junto al derecho de asistencia instrumental del primero. No se le puede privar al socio de su titularidad a pesar del reconocimiento de las acciones sin voto. Cuestión también diferente es la prohibición de ejercitar el derecho de voto como sanción al accionista en mora del pago de dividendos pasivos. El derecho de asistencia a la junta, que corresponde a todos los socios, puede ser limitado por los estatutos que pueden condicionarlo a la "legitimación anticipada" prevista en el art 104 LSA y adema pueden exigir la posesión de un numero mínimo de acciones para asistir (art 105.1 LSA). LA Ley permite la agrupación de acciones para asistir y votar. El contenido del derecho de voto es proporcional al capital (art 50.2 LSA) con la excepción de los estatutos que fijen el numero máximo que un accionista, o sociedades pertenecientes a un mismo grupo, puedan emitir (Art 105.2 LSA). Los nuevos apartados 4 y 5 del art 105, añadidos por Ley 26/2003 regulan el ejercicio del voto a distancia.

# F) Derecho de impugnar los acuerdos sociales:

El art 48 LSA incluye junto a los de asistencia y voto. Podrán ejercitarlo los socios de acuerdo con las normas contenidas en los art 115 a 122.

### G) Derecho de información:

El art 112 (redacción modificada Ley 26/2003) concede a los accionistas la posible de solicitar informes o aclaraciones, por escrito antes de la junta o verbalmente durante la misma, que los administradores están obligados a proporcionar y que el presidente puede negar en caso de peligro de los intereses sociales, negativa que no procede si l información la solicitan accionistas que representen la cuarta parte del capital. Tienen además gran importancia la informaron que pueden obtener los accionistas relativas a las cuentas anuales o en caso de modificación de estatutos, fusión o escisión (art 212, 144, 238 y 254 LSA). Destacan igualmente las exigencias



de información impuestas a las sociedades cotizadas por la LMV.

## H) Otros derechos de los socios

A lo largo del articulado de la Ley se reconoce otros muchos derechos que también tienen que ser respetados necesariamente. Unos corresponden a todo socio, con independencia de las acciones que posea. Entre ellos se encuentra, por ejemplo, el de agrupar acciones (art 105 y 137 LSA), e de separación (art 147, 149 y 225 LSA), el de pedir convocatoria judicial de la junta general ordinaria (art 101 LSA) o el de solicitar designación de auditor (art 205 LSA). Otros son derechos de "minorías" que se reconocen a quienes alcancen, por si mismos o agrupados, un determinado porcentaje. Entre ellos están el de pedir la convocatoria de la junta extraordinaria (art 100 y 101 LSA), el de tener un representante en el consejo (art 137 LSA), los relacionados con la acción de responsabilidad contra los administradores, auditores o expertos (Art 133, 134, 211, 236 y 254 LSA), el de impugnar los acuerdos del consejo (Art 143 LSA) o el de solicitar acta notarial de la junta (art 114 LSA).

# 5. CLASES DE ACCIONES POR EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS: ORDINARIAS, PRIVILEGIADAS, SIN VOTO Y RESCATABLES

### A) Las acciones sin voto:

El art 48 LSA enumera los derechos mínimos y deja abierta la salvedad de los casos previstos de la Ley. Uno de extraordinaria importancia se encuentra previsto en el reconocimiento y regulación de las acciones sin voto (Art 90 a 92), que se caracterizan por estar privadas del ejercicio del derecho de voto a cambio de unas preferencias en los derechos de contenido patrimonial (art 91 LSA). Con ellas se posibilita a los accionistas no interesados en la marcha de la sociedad a contribuir a la voluntad social a cambio de unos beneficios patrimoniales. A la sociedad le resulta más oneroso pero puede convenirle como instrumento de financiación. Las acciones sin voto pueden ser emitidas por un importe nominal no superior a la mitad del capital social desembolsado (art 90 LSA). Si se supera esta proporción como consecuencia de una reducción de capital, tiene que restablecerse en dos años o la sociedad ha de disolverse (art 91.2 LSA). A cambio de la privación del derecho a voto las acciones sin voto atribuyen determinadas preferencias que se unen al resto de derechos. Entre estas preferencias destaca el reconocimiento del derecho al dividendo anual mínimo, fijo o variable, que establezcan los estatutos (art 91.1 LSA). La



sociedad está obligada a repartirlo siempre que haya beneficios distribuibles. Si no los hay, la parte no pagada, salvo en el caso de sociedades cotizadas, deberá ser satisfecha dentro de los cinco ejercicios siguientes. Mientras tanto las acciones "recuperan" el derecho a voto y conservan la preferencia (art 91.1 LSA), salvo en sociedades cotizadas donde se estará a lo que dispongan los estatutos (art 91.4 LSA). También se les atribuye el derecho de voto cuando, en virtud de una reducción de capital, se amortizan todas las acciones ordinarias (art 91.2 LSA). La ley les concede otros privilegios en el caso de reducción del capital por pérdidas y de liquidación de la sociedad y exige el acuerdo de las acciones afectadas cuando una modificación de estatutos lesione sus derechos.

# B) Acciones ordinarias y acciones privilegiadas. Las acciones rescatables

Como es posible que las acciones otorguen derechos diferentes la LSA exige que constituyan una misma clase de acciones aquellas que tengan el mismo contenido de derechos (art 49 LSA). La ley permite que junto a las acciones ordinarias, sometidas al régimen normal, se creen otras privilegiadas por tener un tratamiento especial y ventajoso en la medida de sus derechos. Se pueden crear en el momento fundacional o con posterioridad en cuvo caso el art 50.1 exige el respeto de las formalidades prescritas para la modificación de estatutos, lo que vale tanto para la emisión de nuevas acciones privilegiadas como para la conversión de ordinarias en privilegiadas. Los privilegios han de recaer en derechos de contenido patrimonial, nunca en derechos de voto ni suscripción preferente. Lo más frecuente es que consistan en dividendos preferentes siempre que no convierta en ilusorios los de los demás, además el art 50.2 prohíbe la creación de acciones con derecho a percibir un interés porque iría contra las normas de reparto de dividendos. El art 50.3 obliga a repartir los dividendos preferentes si hay beneficios distribuibles salvo que en el caso de las sociedades cotizadas los estatutos dispusiesen otra cosa; prohíbe que se repartan antes a las acciones ordinarias que a las privilegiadas en un mismo ejercicio y dispone que los estatutos establezcan las consecuencias de falta de pago de tales dividendos preferentes.

# 6. TRANSMISIÓN DE LAS ACCIONES

En la SA impera el principio de la libertad de circulación de acciones ya que son instrumentos de fácil transmisión. Para que ésta se produzca se precisa un válido negocio jurídico de transmisión y, después, entrega, notificación a la sociedad para la inscripción o transferencia contable, según los casos. Las acciones al portador son transmisibles por la tradición del documento según el art. 545 del C.Co invocado por el art. 56.2 LSA en



lo referente a los títulos que ya estén impresos y entregados. El mismo 545 establece la irreivindicabilidad de los adquiridos por tercero de buena fe. Si el título no se impreso y entregado la transmisión es posible pero se aplican las normas sobre cesión de créditos y demás derechos incorporales. La transmisión de acciones al portador requiere la intervención de fedatario público cuando no participe o medie una sociedad o agencia de valores o una entidad de crédito. La falta de intervención hace nula la transmisión pero no afecta a la validez del contrato casual pudiendo las partes compelerse a hacer lo necesario para que opere la intervención. La transmisión de las acciones nominativas, aunque no requiere la intervención de fedatario público, tiene que notificarse a la sociedad para que una vez inscrita en el libro de acciones nominativas produzca los efectos legitimadores. En estos casos tiene menos trascendencia la existencia material de los títulos. La anotaciones en cuenta se transmiten por transferencia contable y la inscripción de la transmisión producirá los mismos efectos que la tradición de los títulos, protegiendo así al adquirente de buena fe a título oneroso (art. 9 LMV).

# 7. CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD

Los socios pueden establecer limitaciones a la transmisibilidad de las acciones. Según la L.S.A. para que sea válido frente a la sociedad el pacto de limitación de la transmisibilidad deben estar expresamente impuestas las restricciones en los estatutos, ya consten en ellos desde el principio o como consecuencia de una modificación estatutaria. La posibilidad de establecer restricciones estatutarias está sometida por la ley a dos límites fundamentales: sólo puede recaer sobre acciones nominativas y no pueden ser absolutas ya que tienen que respetar la posibilidad de realizar efectivamente la transmisión, aunque el RRM admite que se inscriban cláusulas que prohíban la transmisión voluntaria durante un tiempo no superior a dos años a contar desde la fecha de constitución de la sociedad. Son válidos los pactos que regulan la transmisión, la someten a condiciones, al cumplimiento de ciertos requisitos o a un derecho preferente, pero no los que dejan al socio prisionero de sus títulos. Las posibilidades en cuanto al contenido de la cláusula pueden ser varias, las más frecuentes son las cláusulas de consentimiento o placet y las de tanteo u opción. Las cláusulas de consentimiento condicionan la transmisión a la previa autorización de la sociedad, como se trata de cláusulas que podrían conceder un derecho de veto a la sociedad la ley sólo las admite cuando los estatutos mencionen las causas que permitan denegar la autorización. Además para facilitar la transmisión, dispone que, si la sociedad no



contesta en dos meses, se entiende por concedida la autorización. Las cláusulas de tanteo u opción pueden reconocer un derecho de adquisición preferente a todos los socios, a los de una clase o a terceros. Deben determinar la forma y plazo de su ejercicio, la solución en caso de concurrencia así como la manera de fijar el precio, teniendo en cuenta la prohibición de que se haga intransmisible la acción y por tanto la necesidad de que se deje una puerta abierta para que la transmisión pueda producirse. Si nada se dice al respecto, las cláusulas restrictivas sólo se refieren a las transmisiones inter vivos. La ley exige que se indique expresamente si se quiere restringir las mortis causa y en este caso obliga a que la sociedad presente al heredero un adquirente o las adquiera ella misma por el valor razonable antes de negarse a la inscripción de la transmisión en el libro de acciones nominativas.

#### 8. DERECHOS REALES SOBRE LAS ACCIONES

# A. Propiedad, copropiedad y derechos reales limitados:

Los derechos reales susceptibles de ser constituidos sobre acciones son peculiares. La ley contempla la posibilidad de compartir la propiedad de la acción por dos o más personas pero, como para ser accionista hay que tener al menos una acción y el art. 66.1 señala que las acciones son indivisibles, la ley requiere el ejercicio unificado de los derechos de socio para lo que requiere un representante común. Los comuneros responden solidariamente frente a la sociedad. Respecto a los derechos reales limitados de usufructo y prenda la ley dispone su constitución de acuerdo con lo determinado por el derecho común (art. 57.1 LSA). En el caso de que estos derechos recaigan sobre acciones nominativas la ley establece normas específicas relativas a la inscripción en el libro de las acciones nominativas, estén o no impresos los títulos, a la posibilidad de la constitución del derecho real por endoso y al derecho del titular a obtener una certificación de la inscripción si no existen los títulos. Si se trata de una anotación en cuenta, la constitución del derecho real se ha de inscribir en el correspondiente registro contable.

#### **B.** Usufructo:

Las acciones, al producir frutos, son susceptibles de que sobre ellas se constituya un derecho real de usufructo, pero es un usufructo especial. Le corresponde la condición de socio, en el usufructo, al nudo propietario (art. 67.1 LSA). El usufructuario tendrá derecho a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo y el ejercicio de los demás derechos de socio será del nudo propietario. Las relaciones entre usufructuario y nudo propietario se regirán por lo que determine el título constitutivo y en su



defecto por lo previsto en la LSA y el C.C. La ley reconoce al usufructuario un derecho sobre los frutos obtenidos durante el usufructo y no repartidos que puede ejercitar frente al nudo propietario al término del usufructo. También le corresponde participar en la liquidación de la sociedad con una cuota equivalente al incremento de valor de las acciones. El derecho de suscripción preferente es el que más problemas plantea:

- 1- Si el nudo propietario no ejercita ni enajena el derecho diez días antes de la extinción del plazo el usufructuario puede proceder a realizar cualquiera de las dos cosas.
- 2- Para evitar la lesión del derecho del usufructuario la ley dicta tres reglas para la extensión del usufructo en caso de disminución del valor de las acciones por ampliación.

El nudo propietario es el encargado de desembolsarlos dividendos pasivos pero la ley le permite exigir al usufructuario el interés legal de la cantidad invertida hasta el importe de los frutos.

#### C. Prenda:

En la prenda el ejercicio de los derechos corresponde al propietario salvo disposición contraria en los estatutos. En el caso de derecho al dividendo es aplicable la regla por la cual el acreedor hace suyos los productos para compensar los intereses o para imputarlos al capital.

En el caso del derecho de suscripción preferente y disminución del valor real de las acciones se admite que el acreedor extienda la prenda a las nuevas acciones. Los dividendos pasivos los debe pagar el propietario pero en caso de incumplimiento se habilita al acreedor a pagar o proceder a la realización de la prenda. Si paga adquiere un crédito contra el propietario y prorrogar la retención de la prenda.

El régimen de prenda será aplicable al embargo de acciones cuando sea compatible.

# 9. LOS NEGOCIOS SOBRE LAS PSOPIAS ACCIONES: AUTOCARTERA

### A. La tutela de los intereses en presencia:

La LSA regula lo que denomina negocios sobre las propias acciones para proteger de manera adecuada los intereses de los acreedores ya que el patrimonio podría verse reducido como consecuencia de alguna de las operaciones contempladas. También se tutelan los intereses de los socios minoritarios que podrían verse lesionados si los administradores ostentaran la representación de dichas acciones.

# B. Acciones propias y acciones de la sociedad dominante:



Los mismos peligros de adquirir sus propias acciones aparecen al adquirir las de su sociedad dominante, que es la que directa o indirectamente disponga de la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad o pueda ejercer una influencia dominante en su actuación.

# C. Adquisición originaria

No se admite la suscripción de acciones propias o emitidas por la sociedad dominante, se prohíbe la autosuscripción (alcanzando también a la sociedad dominante). El incumplimiento de esta disposición no supone la nulidad de la adquisición pero en caso de acciones propias deben liberarse por los socios , promotores o administradores y si son acciones de la dominante por los administradores de la adquirente y la dominante.

# D. Adquisición derivativa:

La sociedad puede adquirir por vía derivativa acciones propias o de sociedad dominante hasta el límite del 10%, 5% si son acciones cotizadas en el mercado secundario, sumadas a las que ya posean, siempre que se desembolse el valor íntegro, haya acuerdo de las juntas y la situación patrimonial de las sociedades les permita constituir una reserva indisponible. Si no son totalmente desembolsadas la adquisición es nula, si se incumplen el resto de requisitos se deben enajenar en el plazo de un año o amortizarse de inmediato con una reducción del capital.

Hay supuestos en los que no hay que cumplir estos requisitos: acuerdo de reducción de capital, adquisición de un patrimonio del que las acciones forman parte, adquisición a título gratuito de acciones totalmente liberadas o adquisición judicial para satisfacer un crédito con el titular de las acciones.

### E. Régimen de las acciones propias:

Estas acciones quedan sometidas a un régimen especial que consiste en: suspensión de los derechos de voto y demás derechos políticos, atribución proporcional al resto de las acciones de los derechos económicos salvo la asignación gratuita de nuevas acciones, establecimiento en el pasivo del balance de la sociedad adquirente de una reserva indisponible, y la obligación de hacer constar en el informe de la sociedad diversas menciones sobre la operación y la situación de las acciones con detalle.

# F. Garantías sobre acciones propias y asistencia financiera para la adquisición de acciones propias:

El art. 80 extiende este régimen a la aceptación en prenda u otro tipo de garantía de acciones propias o de sociedad dominante excepto operaciones en el ámbito de las actividades ordinarias de bancos o entidades de crédito.



El art. 81 prohíbe conceder préstamos, prestar garantías o facilitar cualquier tipo de asistencia financiera para la adquisición por un tercero de acciones suyas o de su sociedad dominante.

# G. Participaciones recíprocas:

La ley quiere evitar los perjuicios de que el patrimonio de las sociedades resulte inferior al que aparentan formalmente. No se pueden establecer participaciones recírpocas que excedan el 10% del capital de las sociedades participadas y exige, en caso de excederse de este 10%, que se notifique a la sociedad que sea de inmediato.

# H. Régimen sancionador:

El art. 89 introduce un régimen sancionador de carácter administrativo que impone a los administradores de la sociedad infractora una multa que puede alcanzar el importe del valor nominal de las acciones afectadas.

#### 10. LA SOCIEDAD COMANDITARIA POR ACCIONES

- DEFINICIÓN: La sociedad comanditaria por acciones, regulada en los art 151 a 157 del C. de c., conforme a la redacción dada por la Ley 19/1989 podemos definirla como aquella sociedad de carácter capitalista social, formado por las aportaciones de todos los socios, esta dividido en acciones, y en la que l administración está a cargo de uno o varios accionistas que responderán personal, solidaria e ilimitadamente de las deudas sociales contraídas durante el periodo de su administración.
- RÉGIMEN JURÍDICO: Se aplicara a la sociedad comanditaria por acciones la LSA, salvo en aquello que resulte incompatible con las disposiciones contenidas en los art 151 a 157 C. de c.
- CONSTITUCIÓN: Habrá de constituirse mediante escritura publica, que se inscribirá en el RM, siendo necesaria la publicación de su inscripción en el BORME. El capital social no podrá ser inferior a 10 millones de pesetas (art 4 LSA y disposición transitoria 3.2ª Ley 19/1989, de 25 de julio). El contenido de la escritura de constitución se someterá a lo dispuesto en la LSA, debiendo figurar en los estatutos el nombre de los "socios colectivos", es decir, de los accionistas administradores (art 154 C. de c.)
- DENOMINACIÓN Y RAZÓN SOCIAL: Podrá utilizarse el nombre de los socios colectivos, de alguno de ellos o de uno sólo, o bien una denominación objetiva, con la necesaria indicación de "Sociedad en comanditaria por acciones" o "S: Com. por A." (art 153 C. de c.)



- ÓRGANOS SOCIALES: Se rigen por las disposiciones de la LSA, con la particularidad de que el socio o socios encargados de la administración responderán personal e ilimitadamente de las deudas contraídas por la sociedad en el periodo de administración. El socio administrador asume responsabilidad ilimitada desde el momento en el que acepta el nombramiento (Art 155.1 C. de c.), en tanto que el cese en el cargo de administrador podrá fin a su responsabilidad ilimitada con relación a las deudas sociales que se contraigan con posterioridad a la publicación de la inscripción del cese en el RM (art 155.3 C. de c.). No obstante los administradores de la sociedad comanditaria por acciones tendrán las facultades, los derechos y deberes de los administradores en la sociedad anónima (art 151.1 C. de c.). La separación del cargo de administrador requerirá la modificación de los estatutos, con el consentimiento del resto de socios a excepción del socio afectado. Si la separación tiene lugar sin justa causa, el socio tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios (Art 155.2 C. de c.)
- MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS: Se efectuar mediante el acuerdo de la junta general (art 156.1 C. de c.). No obstante si la modificación tiene por objeto el nombramiento de administradores, la modificación del régimen de administración, el cambio de objeto social o la continuación de la sociedad más allá del término previsto en los estatutos, el acuerdo requerirá además el consentimiento expreso de todos los socios colectivos (Art 156.2 C. de c.)
- DISOLUCIÓN: Se regirá por lo establecido para la S.A.. No obstante, con independencia de las causas de disolución previstas en la LSA, la sociedad comanditaria por acciones se disolverá por fallecimiento, cese, incapacidad o apertura de la fase de liquidación en el concurso de todos los socios colectivos, salvo que, en el plazo de 6 meses y mediante modificación de os estatutos, se incorpore algún socio colectivo o se acuerde la transformación de la sociedad en otro tipo social (Art 157 C. de c.)



# Tema 9 LAS OBLIGACIONES

# I. Características generales.

# Concepto de obligación

- las obligaciones son valores que representan una deuda que la sociedad contrae con sus titulares, cuyo régimen jurídico sustantivo depende de la LSA y del contrato de emisión
- es decir, en las obligaciones está presente una doble vertiente:
  - · de un lado: son partes alícuotas de esa deuda que asume la sociedad frente a los obligacionistas
  - de otro: son valores mobiliarios, que permiten una fácil trasmisibilidad del derecho de crédito a ellos incorporado, sin necesidad de notificación a la sociedad deudora

### Documentación

- las obligaciones "podrán representarse por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta" (art. 290 LSA) de hecho, en la práctica actual, puede afirmarse que la mayoría de las obligaciones se representan mediante anotaciones en cuenta, en cuyo caso se regirán por lo dispuesto en la normativa reguladora del Mercado de Valores

# Lev del Mercado de Valores

- las obligaciones deben incluirse en el más amplio concepto de "valor negociable" incorporado a nuestra legislación por la Ley del Mercado de la inclusión de las obligaciones dentro de la categoría Valores (art. 2 LMV) de los valores negociables tiene como consecuencia fundamental la aplicación de la LMV y, por tanto, que:
  - · las sociedades que emitan obligaciones estén sometidas a la supervisión de la CNMV en todo lo relativo a sus actuaciones en el mercado de valores (art. 84.2 LMV)
  - · que, en determinadas circunstancias, la emisión de obligaciones esté sometida, además de a los requisitos de la LSA, a lo dispuesto en los arts. 25 ss. de la propia LMV y en el RD 291/1992 de 27 de marzo, relativo a las emisiones y ofertas públicas de valores negociables lo que ello implica de publicidad, transparencia e información relativa a las condiciones de la emisión, a fin de garantizar la protección del inversor

# Requisitos de la obligación

- la Ley señala que todos los títulos de una misma emisión deberán ser "iguales" (tanto en relación con las clases anteriormente expuestas como en



relación con el contenido de sus derechos) y deberán reunir los requisitos que permiten individualizar y distinguir cada emisión

- dichos requisitos son fundamentalmente:
  - · la identificación de la sociedad emisora
  - · el importe de la emisión
  - · las garantías de la emisión, si las tuviere
    - · el número, valor nominal, intereses, vencimientos, primas y lotes del título, si los tuviere
    - · la constitución del Sindicato de obligacionistas, normas de funcionamiento, así como la indicación de su primer Presidente
    - $\cdot$  las reglas fundamentales que han de regir las relaciones entre la sociedad y el Sindicato
    - · la firma, por lo menos, de un consejero o administrador cuando estén representadas por títulos-valores (art. 291 LSA y art. 310 RRM)
- sólo con la inscripción de la escritura en el Registro Mercantil y la publicación en el BORME del anuncio de la emisión podrán suscribirse y ponerse en circulación las obligaciones (arts. 285.2 y 286 LSA)

# II. Clases de obligaciones.

# **Principales clases**

- existen diversas clases de obligaciones, las principales son las siguientes:
- 1<sup>a</sup>) las obligaciones representadas por medio de títulos podrán ser nominativas o al portador (art. 290.2 LSA)
- 2ª) obligaciones ordinarias o garantizadas: en función respectivamente, de que no cuenten con más garantía que la genérica representada por el patrimonio de la sociedad; o que cuenten con alguna garantía especial de las que enumera la Ley
- 3<sup>a</sup>) obligaciones subordinadas: se diferencian del resto de obligaciones en que, a efectos de prelación de créditos, se sitúan detrás de todos los acreedores comunes y, por supuesto, de los privilegiados
- 4<sup>a</sup>) obligaciones con interés fijo o con interés variable (art. 291. e))
- 5<sup>a</sup>) obligaciones simples y convertibles (art. 292) : las segundas son un tipo especial de obligaciones en las que se sustituye su amortización o reembolso en metálico por su conversión en acciones de la sociedad emisora
- · revisten una especial trascendencia y plantean particulares problemas interpretativos
- $\cdot$  por este procedimiento el obligacionista se convierte en accionista en el momento y forma fijados por la escritura pública de emisión
- 6a) obligaciones canjeables por acciones: son similares a las obligaciones



convertibles, pero, a diferencia de éstas, se canjean esas obligaciones, previa amortización, por acciones ya emitidas

7ª) obligaciones con "warrant": son parecidas a las anteriores, pero se diferencian en que incorporan un derecho supletorio de suscribir o adquirir, en condiciones predeterminadas, acciones de la sociedad emisora, sin que se produzca conversión de las obligaciones por ello, el ejercicio de ese derecho de opción atribuirá al obligacionista la condición añadida de accionista, sin perder la de obligacionista

8ª) obligaciones con prima o sin prima: en función de que se le devuelva o no al obligacionista una cantidad suplementaria (prima) en el momento del reembolso, que se añade al valor nominal de su obligación

#### Otras sociedades o entidades

- al margen de estas obligaciones, existen otras figuras, con características parecidas, pero a las que no les son de aplicación el régimen general dispuesto para las obligaciones en los arts. 282 y ss. LSA, por lo que no pueden confundirse ni identificarse con las primeras. Estas son: las cédulas y los bonos hipotecarios y las cédulas territoriales
- aparte de esto, existe un supuesto discutido por la doctrina, ya que se plantea la posibilidad de aplicar a éste los arts. 282-310 LSA y es: el pagaré de empresa

# III. La emisión de las obligaciones.

#### Función económica

- toda sociedad necesita unos medios de financiación para la consecución de su objeto social, que puede obtenerla de distintas formas: directamente de sus medios patrimoniales propios, de sus accionistas o de terceros a través del aumento de su capital y también puede conseguirla recurriendo al crédito ajeno
- esta última posibilidad puede, a su vez, adoptar dos modalidades distintas:
  - · mediante la primera de ellas, la sociedad obtiene fondos recurriendo a las fuentes ordinarias de crédito a corto o medio plazo (ej. a los bancos)
  - · por medio de la segunda, la sociedad obtiene los fondos que necesita recurriendo fundamentalmente al mercado de capitales o de ahorro, con el fin de que quien dispone de ellos los preste a la sociedad, comprometiéndose ésta a restituirlos a largo plazo y pagando, además, a sus acreedores un interés determinado o determinable
- cuando la sociedad opera en la última forma descrita, suele hacerlo mediante la emisión de obligaciones, es decir, "valores mobiliarios que reconocen o crean una deuda a favor de su suscriptor y a cargo de la sociedad" (cfr. Art.



282.1 LSA)

- el importe de la emisión de las obligaciones coincide con el valor de la deuda contraída por la sociedad frente a quienes le han facilitado los medios de financiación deseados

# Régimen jurídico

- se encuentra recogido en las siguientes normas: LSA, RRM y Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que regula la emisión y circulación de las obligaciones en mercados oficiales

# Límites

- la Ley busca evitar que la sociedad se empobrezca patrimonialmente en demasía, lo que resultaría siempre perjudicial para los obligacionistas y para los restantes acreedores sociales

por ello, la LSA establece que la sociedad podrá emitir obligaciones "siempre que el importe total de las emisiones no sea superior al capital social desembolsado, más las reservas que figuren en el último balance aprobado y las cuentas de regularización y actualización de balances, cuando hayan sido aceptadas por el Ministerio de Economía y Hacienda." (art. 282.1)

- este es el límite que no debe ser sobrepasado por el conjunto global de todas las obligaciones emitidas por la sociedad

#### **Procedimiento**

- además de lo dispuesto en la LSA, deberá tenerse en cuenta para la emisión de obligaciones el RD de 27 de marzo de 1992
- el procedimiento de emisión se resume en las siguientes fases:
- 1a) acuerdo de emisión: lo habrá de adoptar la Junta general de la sociedad y tendrán que designar una persona que, bajo el nombre de Comisario, concurra al otorgamiento del contrato de emisión en nombre de los futuros obligacionistas
- 2ª) otorgamiento del acuerdo de emisión en escritura pública: mediante comparecencia ante Notario de los representantes de la sociedad y de la persona designada como Comisario
- 3<sup>a</sup>) inscripción de la escritura de emisión en el Registro mercantil: sólo a partir de este momento se pueden poner las obligaciones en circulación
- 4ª) anuncio de la emisión en el Boletín Oficial del Registro Mercantil: es un requisito previo para la suscripción de las obligaciones
- 5ª) suscripción de la emisión por los obligacionistas: mediante la declaración de su voluntad ratificando el contrato de emisión y adhiriéndose al Sindicato de obligacionistas
- 6ª) constitución del Sindicato de obligacionistas: se desarrolla de forma progresiva a medida que los obligacionistas van suscribiendo la emisión



7<sup>a</sup>) finalmente, habrá de hacerse constar al margen de la inscripción de la escritura de emisión la suscripción completa o la parte efectivamente suscrita

# Pago de intereses y reembolso de las obligaciones

- las obligaciones nacen concediendo a sus titulares dos derechos, que suponen sendas obligaciones a cargo de la entidad:
  - · el pago periódico de los intereses pactados en las fechas establecidas
  - · el reembolso de su importe en el momento de su vencimiento

# La emisión de obligaciones en las restantes sociedades mercantiles

- en la actualidad, la emisión de obligaciones está abierta, aparte de a las sociedades anónima y comanditaria por acciones, a la sociedad cooperativa, a la agrupación de interés económico, a la sociedad de garantía recíproca, a las fundaciones, asociaciones y cajas de ahorro
- el régimen jurídico de la emisión de obligaciones en estas sociedades o entidades se contiene: en la Ley 211/1964, en el RRM y en la LSA (de forma supletoria)
- hay que señalar que existen algunas diferencias con respecto a la emisión de obligaciones en las sociedades anónimas, por ejemplo, en los requisitos y límites de la emisión y en el régimen de las obligaciones emitidas

# IV. El sindicato de obligaciones.

#### Introducción

- la LSA ha establecido la existencia de un órgano de representación y de relación con la sociedad (Comisario) y la de un órgano de deliberación y defensa de los obligacionistas (Sindicato de obligacionistas), que son órganos necesarios cuando se trata de la emisión de obligaciones por parte de sociedades anónimas

### Sindicato de obligacionistas

- es la asociación de los obligacionistas, a la que la Ley confía la defensa de sus intereses colectivos
- posee un órgano unipersonal de gestión (el Comisario) y un órgano colectivo deliberante (la Asamblea de obligacionistas), el cual, en su primera reunión, habrá de ratificar o censurar la actuación del que hubiera sido Comisario y habrá de aprobar igualmente el reglamento interno del Sindicato
- función de la Asamblea: fundamentalmente, es formar la voluntad colectiva, que vincula a todos los obligacionistas en lo relativo a su defensa frente a la sociedad emisora, modificar las garantías (de acuerdo con la sociedad), destituir y nombrar al comisario y ejercer las acciones judiciales



correspondientes (art. 300 LSA)

- constitución de la Asamblea: la Ley faculta a los administradores y al comisario para convocar la Asamblea general, convocatoria que resulta obligada para el Comisario cuando se lo soliciten obligacionistas que representen, como mínimo, "la vigésima parte de las obligaciones emitidas y no amortizadas" (art. 298 LSA)
- convocatoria de la Asamblea: la Ley se contenta con exigir, como regla general, que la misma se lleve a cabo de forma que "asegure su conocimiento por los obligacionistas"
- adopción de los acuerdos de la Asamblea: se lleva a cabo por mayoría absoluta, siendo necesaria, para su válida constitución, la asistencia de las dos terceras partes de los obligacionistas (art. 301.1 LSA)
- -impugnación de los acuerdos adoptados por la Asamblea: pueden ser impugnados por los obligacionistas de acuerdo con los arts. 115 y ss. de la LSA

#### El Comisario

- concepto: es configurado legalmente como el "órgano de relación entre la sociedad y el Sindicato" (art. 303.2 LSA), es designado por la sociedad y concurre con los administradores al otorgamiento de la escritura de emisión de obligaciones
- facultades: posee amplias facultades, entre las que destaca el hecho de presidir el Sindicato de obligacionistas y el hecho de representarlo en juicio y fuera de él en definitiva, posee derechos y facultades que le confieren la representación del Sindicato, el control y la vigilancia de la marcha de la sociedad en aquellas materias que puedan perjudicar a los obligacionistas cuyos intereses representa

# El Sindicato de obligacionistas en las restantes sociedades mercantiles

- constitución del Sindicato: aquí rigen normas y principios distintos de los que se aplican al Sindicato de las sociedades anónimas en efecto, la Ley de 1964 confiere la iniciativa para la constitución del Sindicato a la sociedad emisora o "a los propios obligacionistas que representen, como mínimo, el 30 por 100 del total de la serie o emisión"
- contenido y régimen interno: aprobada la constitución del Sindicato, estos dos aspectos deben ser aprobados por la mayoría absoluta que deba tomar el acuerdo en Asamblea



# TEMA 10 JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS

# 1.INTRODUCCIÓN

Para formar su voluntad y actuar en el tráfico jurídico la SA necesita de órganos. En la estructura de los órganos contemplada de LSA aparece la Junta general como órgano de expresión de la voluntad social y el órgano de administración y representación de la sociedad. La actividad de los administradores y sus cuentas se revisan de profesionales externos de la sociedad con la reforma de 1989.

### 2. CARATER DE LA JUNTA GENERAL

La JG es un órgano y no es la propia sociedad. Es un órgano necesario porque la voluntad social se forma en la JG con la exc de la SA unipersonal en la que el socio único ejercerá las competencias de la JG.(127LSRL) Es un órgano deliberante en el sentido de que la voluntad se expresa mediante acuerdos que se adoptan , según las técnicas democráticas, por mayoría de votos presentes o representados. Por regla general la Junta tiene que ser previamente convocada y los asuntos a tratar estar predeterminados en el orden del día. La Junta es el órgano jurídicamente superior , lo que se plasma en que puede nombrar y destituir a los administradores , en sus funciones de inspección, en que le corresponden las competencias mas importantes(art. 95 y 103) y en que sus acuerdos obligan a los administradores y a todos los socios , incluidos ausentes y disidentes(art.93.2)

# 3. COMPETENCIA

Ser el órgano más importante no significa que tiene facultades ilimitadas. Según el art.93, adoptara acuerdos en los asuntos propios de su competencia que viene delimitada por las competencias específicas de los demás órganos. La competencia de la Junta viene delimitada por la ley y por los estatutos, por las normas que rigen su celebración y por el interés social, siendo impugnables los acuerdos contrarios al mismo(art.115.1). Otro limite de su competencia es el respeto de los derechos de los socios, sean proporcionales, individuales o de minoría. Otros limites son: el reconocimiento al socio del derecho de separación; la igualdad entre los socios y los principios configuradores de la sociedad anónima del art.10

# 4. CLASES DE JUNTAS

Las juntas generales podrán ser ordinarias (art.95) y extraordinarias según



art.94.Cualquiera que no sea prevista en el art.95 tendrá la consideración de extraordinaria (art.96)Por lo tanto la distinción entre una y otra no depende de los asuntos a tratar, en la LSA la junta ordinaria es la que se tiene que celebrar cada año dentro de los seis mese siguientes a cada ejercicio. Los asuntos a que se refiere el art 95 son los que necesariamente hay que tratar, pero la misma junta puede abordar cualquier otro asunto. Tampoco hay obstáculo que la junta extraordinaria decida sobre cuestiones que pueden considerarse de índole ordinaria. Un ejemplo es la censura de la gestión que es competencia de toda junta. En materia de convocatoria y constitución han de considerarse equiparadas, están sometidas a las mismas reglas. En caso de que el quórum es suficiente para asuntos ordinarios pero no para extraordinarios ,la Junta se entiende validamente constituida , aunque sin poder adoptar los segundos.

También se puede distinguir entre Juntas generales y especiales. En art.148 se establece la existencia de Juntas especiales a las que pueden concurrir titulares de acciones de una misma clase perjudicados por un acuerdo de modificación o de fusión(art.249.3). También puede constituirse una Junta especial por solo una parte de las acciones de una clase ,si la modificación de los estatutos no perjudica a la totalidad; si son varias clases las afectadas se puede constituir una Junta especial por cada una de ellas. En vez de celebrar juntas especiales se puede adoptar un acuerdo de los accionistas afectados por medio de votación separada en la Junta general(148.2) Un supuesto concreto de acciones que pueden verse lesionadas por una modificación de Estatutos es el de las acciones sin voto(92.3)

# 5. CONVOCATORIA

Un requisito esencial para la valida constitución de la Junta es que haya sido previamente convocada.(arts.93 y 95)

La convocatoria de la Junta general corresponde a los administradores de la sociedad (94) Cuando hay un solo órgano de administración, es este el competente; si hay varios habrá que estar a lo que digan los Estatutos. En caso de Consejo de administración es una facultad que puede ser delegada pero no a una persona extraña al órgano. Se admite la cláusula que atribuye al presidente del consejo la facultad de convocar, pero solo tiene la facultad para firmar el anuncio, no para acordar la convocatoria. La convocatoria realizada por administradores cuyo cargo ha caducado no se admite si la antelación en el cese es excesiva. Los administradores no tienen la facultad de desconvocar la junta general pero la junta celebrada a pesar de haber sido desconvocada es nula.

Los administradores también tienen la facultad de convocar la junta general extraordinaria siempre que lo estimen conveniente a los intereses



sociales(100.1)El art.100.2 les obliga convocar la junta extraordinaria cuando lo solicite un numero de socios que represente , al menos, un 5% del capital social expresando en la solicitud los asuntos a tratar. Los Estatutos no pueden elevar este porcentaje. Los admin. Tienen que incluir estos asuntos , junto a los que crean convenientes, en el orden del día y convocar la junta para que sea celebrada dentro de los 30 días siguientes a la fecha del requerimiento notarial que se les hubiera efectuado al efecto. En art.97 se regulan los requisitos para la valida convocatoria de la junta.

1 requisito de forma: publicar el anuncio de la convocatoria en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia.

2 requisito temporal: la publicidad de los anuncios tiene que hacerse por lo menos 15 días antes de la fecha fijada para la celebración de la junta

Aunque se cumplan todos los requisitos formales, el TS ha considerado nulos los acuerdos adoptados en una junta convocada maliciosamente con la intención de impedir la presencia de un accionista a quien se pretende perjudicar

Existen también requisitos sobre el contenido. Tiene que constar en el anuncio la fecha de la reunión en la primera convocatoria y también el orden del día (97.2) que tiene que ser claro y completo para ejercitar el derecho de la información(112) La Junta no puede decidir sobre cuestiones que no estén en el orden del día con excepción a los acuerdos de separar a los administradores y de ejercitar contra ellos la acción de responsabilidad(131 y 134)

Hay dos reglas mas sobre el contenido del anuncio:

-la convocatoria de la junta que ha de aprobar las cuentas anuales hay que hacer mención expresa del derecho que tiene cualquier accionista a obtener de la sociedad los documentos que han de ser sometidos a su aprobación y al informe de los auditores

-requisitos de la modificación estatutaria. En la convocatoria se ha de hacer constar el derecho de todo accionista a examinar en el domicilio social el texto integro de la modificación propuesta y a pedir la entrega/el envío de estos documentos.(144,c)En caso de se trate de una votación separada porque la modificación sea perjudicial para una clase de acciones , tiene que hacerse constar expresamente en la convocatoria de la Junta.

#### 6. CONSTITUCION

Para la valida constitución de la Junta tienen que cumplirse unas exigencias de quorums. No se exige un numero mínimo de socios , solo tienen que concurrir a la sesión el numero de acciones exigido por la ley. Las reglas sobre quorum son iguales para las Juntas ordinarias, extraordinarias y especiales(147.4); las diferencias se dan en función de los asuntos a tratar. Para la primera convocatoria la exigencia legal es la presencia o



representación de 25% del capital suscrito con derecho a voto (102). Se excluyen a los efectos del calculo del importe las acciones privadas del derecho de voto por mora del accionista en el pago de los dividendos pasivos (44). Los accionistas que emiten sus a distancia se tienen en cuenta como presentes (105.5). No basta un solo accionista aunque tenga mas de la mitad del capital. La constitución de la Junta en 2da convocatoria será valida cualquiera que sea el capital concurrente. No es admisible en los Estatutos la cláusula que exija la presencia de todas las acciones ,pero es valida la que imponga la concurrencia de un porcentaje mínimo de estos. Si los estatutos fijan un quorum para la 2da convocatoria habrá de ser inferior al que aquellos hayan establecido para la 1ra convocatoria. Para la adopción de los acuerdos establecidos en el art 103 la Ley refuerza el quorum. Para la 1ra convocatoria se exigen 50%, para la 2da 25% con reforzamiento de la mayoría exigida. Las materias del art 103: emisión de obligaciones, aumento/reducción del capital, fusión o escisión de las sociedades y cualquier modificación de los estatutos. Los Estatutos también pueden elevar estos quorums (103.3) pero con 2 limitaciones: no se puede exigir la unanimidad y los requisitos de la 2da convocatoria no pueden ser iguales o mas rigurosos que los de la 1ra. En el anuncio se hacer constar la fecha en la que se reunirá la Junta en 2da convocatoria(98.1) Entre la 1ra y la 2da reunión obligatoriamente hay que medir el plazo de 24h(98.2). Aunque no se hava previsto en la convocatoria ordinaria la fecha de una segunda convocatoria, esta es posible (98.3)La fecha de la 2da convocatoria deberá ser anunciada con los mismos requisitos de publicidad dentro de los 15 días siguientes a la fecha de la Junta no celebrada y con 8 días de antelación a la fecha de la reunión. La Junta universal esta dentro de los supuestos especiales. Queda validamente constituida, porque se entiende convocada sin estarlo, cuando este presente todo el capital social, incluidas las acciones sin voto, y los asistentes aceptan por unanimidad su celebración(99). La unanimidad que se exige debe alcanzar el orden del día de la misma. Junta universal puede ser tanto la ordinaria como la extraordinaria y puede tratar cualquier asunto propio de la competencia de la Junta. Se admite la concurrencia en la Junta universal a través de representante por la vía de las excepciones previstas en el art 108. Otro supuesto especial es la convocatoria judicial. Cuando los administradores no convocan la Junta general estando obligados a hacerlo la Ley permite a los accionistas que soliciten una convocatoria judicial. El art.101 distingue 2 casos:

-Si los administradores no convocan la Junta general ordinaria en el plazo legal, cualquier accionista puede pedir la convocatoria judicial. El juez designara la persona que habrá de presidir la Junta. Se exige que se de audiencia de los administradores para conocer las causas por las que no convocaron, antes de que el juez resuelva

-Junta extraordinaria: también están los administradores obligados a



convocarla cuando lo pidan socios que representen el 5%(101.2).Si no lo hacen el juez habrá de convocar cuando lo solicite el mismo número de socios.

La ultima excepción es la de la convocatoria por el comisario del sindicato de obligaciones en el caso de retraso de mas de seis meses en el pago de los intereses o del principal (304.2)

#### 7. DERECHO DE ASISTENCIA

El derecho de asistencia es instrumental en relación con el derecho de voto porque la norma es participar en la junta y votar. No obstante se permite el ejercicio de voto a distancia. A diferencia del derecho de voto, el de asistencia no es un derecho mínimo porque los Estatutos pueden exigir numero mínimo de acciones para asistir a la Junta y ejercer en ella el derecho de voto; es decir, el socio afectado conserva el derecho de voto pero tiene que agrupar las acciones (art 105) Salvo esto, en principio todos los socios tienen derecho de asistencia, incluso los accionistas que no tienen derecho de voto. También están legitimados a impugnar acuerdos sociales (117.1 y 2). Si los acuerdos son anulables tienen que hacer constar en acta su oposición en caso de haber asistido. Otra limitación que se puede establecer en los Estatutos condicionar el derecho de asistencia a la Junta a lo que se llama ilegitimación anticipada" (art.104).En ningún caso se puede impedir la asistencia a los titulares de acciones nominativas o representadas en anotaciones en cuenta que los tengan inscritas en los respectivos registros con 5 días de antelación al de la celebración de la Junta ni a los tenedores de acciones al portador que hayan efectuado el deposito de sus acciones con la misma antelación . La Ley pide que el documento que acredita el cumplimiento de estos requisitos sea nominativo y le reconoce efectos legitimadores frente a la sociedad (104). En los Estatutos se tiene que establecer el modo y el plazo de acreditar la legitimación. El art. 104.2 y 3 regula el deber o la posibilidad de que otras personas ejercen este derecho. Los administradores tienen el deber de asistir Los Estatutos pueden ordenar o autorizar la asistencia de directores, gerentes, técnicos y de más personas que tengan interés en la buena marcha de los asuntos sociales. El presidente puede autorizar la asistencia de cualquier otra persona que juzgue conveniente, pero la Junta puede revocar esta autorización. En todos estos casos se reconoce el derecho de voz pero no del voto. También se incluyen los titulares de bonos de disfrute (48.3), el comisario del sindicato de obligacionistas(303.2) y al Notario en caso de que haya que levantar acta notarial de la Junta(114)

## 8 REPRESENTACION

El accionista con derecho de asistencia puede hacerse representar en la J.G. por otra persona, física o jurídica, que puede no ser accionista (art. 106 LSA).



Los Estatutos pueden limitar o regular esta facultad, pero no negarla. El contenido de la limitación ha de expresarse en los mismos (art. 126 RRM). No cabe limitar la representación legal ni la necesaria.

La Ley establece unas prohibiciones: a consejeros o administradores de un banco para representar acciones depositadas en éste salvo que pertenezcan a su cónyuge, ascendientes o descendientes. Además han de cumplirse unos requisitos cuando se solicita de forma pública la representación: se obliga a que el documento en que conste el poder contenga el orden del día, la solicitud de instrucciones para el ejercicio del derecho de voto y la indicación del sentido en que votará el representante en caso de que no se haya instrucciones precisas. Excepcionalmente la Ley permite que se vote en sentido distinto cuando se presenten circunstancias nuevas y haya riesgo de perjudicar los intereses del representado.

La representación ha de otorgarse:

- por escrito (puede ser en documento privado, no es necesario acudir al notario) o por medios de comunicación a distancia que cumplan con los requisitos exigidos para el ejercicio del derecho de voto a distancia
- con carácter especial para cada Junta.

Hay una excepción (108 LSA): la representación familiar a la que no se aplican las restricciones anteriores (cuando representante es cónyuge, ascendiente o descendiente o cuando ostente un poder general conferido en documento público con facultades de representar todo el patrimonio que el representado tenga en territorio nacional)

La representación es siempre revocable, la asistencia personal del representado tiene el valor de revocación.

# 9 FUNCIONAMIENTO DE LA JUNTA (DELIBERACION Y ADOPCION DE ACUERDOS)

A) Funcionamiento y fase de deliberación.

Art. 109 obliga que se celebre la Junta en el lugar del domicilio de la sociedad, evitándo que se elija un lugar que perjudique a algunos socios. Este requisito no se exige en caso de una Junta universal (art. 97).

Momento de la celebración es el día señalado en la convocatoria. Se prevé la posibilidad de que sus sesiones se prorroguen uno o más días consecutivos. Competente para decidir la prórroga es la propia Junta a propuesta de los administradores a petición de un número de socios que represente la cuarta parte del capital presente en la Junta. En cualquier caso la Junta se considerará única y se levantará una sola acta.

La Ley remite la designación del presidente y del secretario a los Estatutos



y establece una regla supletoria en el art. 110 LSA. Si hay Consejo, el presidente de la Junta será el del Consejo. Si no, el que elijan los socios en cada caso. Al secretario lo eligen los socios asistentes a la Junta, pero prevalece lo que digan los Estatutos. Las funciones de cada uno son las normales del cargo, habrá que estar a lo dispuesto en los Estatutos, la Ley no se pronuncia al respecto.

TS considera nula la Junta celebrada sin la presencia del presidente y secretario, la DGRN admite la acumulación de estos cargos en una sola persona.

Antes de entrar en el orden del día, hay que formar la lista de asistentes con todos los datos que pide el art. 111 LSA (es necesaria para comprobar el cumplimiento del quórum de constitución y para el cálculo de mayorías. La discusión y el debate no pueden ser suprimidos por los Estatutos ni el presidente, que sí pueden limitarlos o encauzarlos.

Como complemento del derecho a deliberar es el derecho a información, cuyo contenido en caso de sociedades cotizadas es mucho más amplio.

# B) Adopción de acuerdos.

Terminada la deliberación a juicio del presidente, la votación deberá efectuarse en la forma prevista en los Estatutos. La Junta, órgano decisorio, adopta sus acuerdos por mayoría y estos acuerdos vinculan a todos los socios incluso a los disidentes y a los que no hayan participado en la reunión (art. 93). La doctrina y la jurisprudencia interpreta que la mayoría necesaria es la absoluta de los votos presentes o representados y no la mayoría simple, en la que puede darse el empate (no se opta por dar el voto decesivo al presidente, pues vulneraría la proporcionalidad del derecho de voto).

La ley exige una mayoría reforzada de 2/3 del capital presente o representado para acuerdos de especial importancia (art. 103) y que concurran accionistas que representen al menos el 50 % del capital suscrito con derecho a voto en primera convovatoria (en segunda convocatoria será suficiente la presencia del 25%). La ley permite elevar estos quórums y mayorías pero nunca exigir la unanimidad.

# C) El Reglamento de la Junta.

El art. 113 LMV obliga a la Junta General de las sociedades cotizadas a aprobar un reglamento específico para la propia junta, dentro del posible contenido destacan las cuesiones relativas al desarrollo o funcionamiento de la Junta: deliberación, votación proclamación de acuerdos. El reglamento sa ha de aprobar por la junta constituida con el quórum del art. 102 LSA (25%)



del capital con derecho a voto) o el superior previsto en los Estatutos y será objeto de comunicación a la CNMV (Comisión Nacional del Mercado de Valores) y de inscripción en el RM. Sus reglas no tienen naturaleza estatutaria ni sus modificaciones. Son complementarias de la ley y de los estatutos (la infracción del reglamento NO es una infracción de los estatutos, las consecuencias del incumplimiento las podrá establecer la propia junta).

No exige la Ley este Reglamento a las sociedades no cotizadas, tampoco hay razón para no admitirlo.

#### 10 ACTA DE LA JUNTA

Al concluir las sesiones de la Junta tiene que redactarse el acta correspondiente, lo suele confeccionar el secretario. Todas las sociedades mercantiles deben llevar un libro o libros de actas en los que constarán al menos todos los acuerdos tomados por las Juntas generales y demás órganos colegiados de la sociedad (art. 26 C.de c.). Se han de expresar en el acta los datos relativos a la convocatoria y a la constitución del órgano, un resumen de los asuntos debatidos, las intervenciones de las que se solicitó constancia, los acuerdos adopados y los resultados de las votaciones, también ha de constar el lugar de la celebración de la Junta.

Al comienzo figura la lista de asistentes (art. 98 RRM). En todo caso los accionistas tienen derecho a que se haga constar su oposición aunque no se anote el texto íntegro de su intervención (art. 117 LSA).

Para dar mayor fijeza a los acuerdos, el acta ha de aprobarse en la propia Junta después de haberse celebrado o en el plazo de 15 días por el presidente y dos interventores que representen a la mayoría y a la minoría (formadas en la votación de la designación de los interventores.

Los términos correctos y definitivos de los acuerdos son los que se fijan en el acta. Pero los acuerdos tomados son válidos y pueden ejecutarse aunque el acta no haya sido aprobada y al contrario, si no existen, su inclusión en el acta no les da valor. El acta es necesaria para la inscripción de los acuerdos inscribibles.

El acta de la Junta puede ser sustituida por un acta notarial (art. 114 LSA), si hay acta notarial, no es necesaria la aprobación conforme el art. 113 LSA. Son los aministradores los competentes, cuando lo crean conveniente, para requerir la presencia del notario, el requerimiento ha de constar en el acta. Y están obligados a requerirlo cuando con al menos 5 días de antelación lo soliciten accionistas que representen al menos el 1% del capital social (incluyendo los accionistas sin voto). TS: la ausencia del notario no invalida los acuerdos adoptados.

# 11 LA IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES



# A) Supuestos de impugnación.

Se concede al accionista el derecho de impugnar los acuerdos de las Juntas que sean contrarios a la Ley (cualquier mandato legal imperativo), a los Estatutos o lesionen en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros los intereses de la sociedad (art. 115 LSA). Este derecho previsto en la ley no puede ser eliminado por los Estatutos, pero la jurisprudencia admite la cláusula que someta al arbitraje todas las controversias entre socios y la sociedad.

Las causas de impugnación son distintas y las consecuencias también: son nulos los acuerdos contrarios a la Ley (se incluyen los que no cumplen los requisitos de convocatoria y constitución, TS: estos han de alegarse al comienzo de la sesión para poder invocarlos como causa de impugnación después) y son anulables los demás. La violación de cláusulas estatutarias que se limitan a repetir la Ley también causa nulidad.

No procede la impugnación de un acuerdo que se haya dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro. La Ley establece que, si fuera posible eliminar la causa de la impugnación, el juez otorgará un plazo razonable para que pueda subsanarse. El juez actúa a instancia de la sociedad, no de oficio. Una vez iniciado el proceso la sociedad no puede ratificar o convalidar el acuerdo impugnado por otro acuerdo de una Junta posterior a la demanda, salvo que el juez suspenda el juicio a petición de la sociedad demandada.

### B) Legitimación

La legitimación para impugnar es distinta para acuerdos nulos y anulables: NULOS — pueden ser impugnados por todos los accionistas (aunque no tengan derecho de voto o tengan limitado el de asistencia, aunque hayan votado a favor y aunque no fueran accionistas en el momento de la adopción del mismo), los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo (acreedores, obligacionistas y demás en términos del 104.2 LSA) (art. 117 LSA).

ANULABLES – accionistas **asistentes** a la Junta que hubiesen hecho constar su oposición al acuerdo, aunque no tengan derecho de voto (no basta la abstención, los ausentes y los que fueron ilegítimamente privados del voto, también los administradores. No tiene legitimación el accionista que no lo era en el momento de la adopción del acuerdo, ni el que NO lo es al tiempo de interponer la demanda, aunque lo fuere en el momento de la adopción.

Legitimación pasiva corresponde a la sociedad. Si el actor ostenta la representación exclusiva de la sociedad, el juez nombrará a la persona que ha



denrepresentarla en el proceso entre los accionistas que hubieran votado a favor del acuerdo. Tambié se permite a los demás accionistas que votaron a favor intervenir a su costa en el proceso para mantener la validez del acuerdo.

### C) Plazos

Art. 116 LSA: plazos de caducidad distinta según el acuerdo sea nulo o anulable.

Nulos -1 año, salvo los que sean contrarios al orden público, que no caducan.

Anulables - 40 días.

Los plazos se computan desde la fecha de adopción o publicación en el BORME si son inscribibles. Se aplican las reglas del art 5 CC. El acuerdo de fusión está sometido a una regla especial: tanto si es nulo como anulable el plazo de caducidad es de 6 meses desde que la fusión fue oponible a quien invoca la nulidad (art. 246 LSA). Los plazos, al ser de caducidad, pueden ser apreciados de oficio por los Tribunales.

# D) Procedimiento

Art. 118 LSA: para la impugnación de los acuerdo sociales se seguirán los trámites del juicio ordinario y las dispocisiones de la LEC.

Competencia del Tribunal del lugar del domicilio de la sociedad, quien por ser una atribución imperativa, examinará de oficio tal competencia. La LO 8/2003 que reforma la LOPJ atribuye la competencia para tramitar y decidir en primera instancia los procesos civiles sobre impugnación de acuerdos sociales a los Jueces de lo Mercantil que resulten competentes.

Art. 122 LSA: obligación de inscribir en RM la sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible y en el BORME un extracto de la misma; la cancelación de la inscripción de los acuerdos impugnados y de la de los asientos posteriores contradictorios con la sentencia.



# Tema 10 El órgano de administración y representación: los administradores

El fenómeno se debe a varias cuestiones:

- al hecho de que corresponde a los administradores la dirección de la explotación de la empresa.
- A que la complejidad de la gestión y de los asuntos sociales privan a los miembros de la unta de los conocimientos técnicos que les permitan ejercer una labor de fiscalización eficiente de la marcha de la sociedad y de la labor e los administradores.
- Porque el progresivo abstencionismo de los pequeños accionistas inversores que no asisten a las juntas generales deja en manos de los grupos accionariales de control las decisiones relativas a la explotación económica del objeto social y al normal funcionamiento de la sociedad.

Por otro lado, la fuerza adquirida por el poder personal de los administradores ha transformad paralelamente las atribuciones y las funciones de los administradores organizados bajo la forma de Consejo de Administración, pues mientras la ley atribuye a éstos la gestión y representación de la sociedad, la práctica demuestra que esta función es delegada por el órgano colegiado en consejeros delegados y en comisiones ejecutivas, reduciendo sus funciones.

# Estructura y facultades

El órgano de administración es considerado por la ley como órgano necesario y permanente. Pueden integrarlo tanto personas físicas como jurídicas. Estructura.

El órgano de administración puede adoptar alguna de las siguientes estructuras: administrador único, en cuyo caso la gestión o representación social se confía a una sola persona; varios administradores solidarios, en cuyo caso se cada uno de sus miembros posee todas las facultades del órgano y puede usar el nombre de la sociedad obligándola frente a terceros; dos administradores mancomunados o conjuntos, en cuyo caso sólo la totalidad de sus miembros puede por unanimidad adoptar sus acuerdos y usar el nombre social frente a terceros; consejo de administración, órgano pluripersonal de funcionamiento colegiado, en el que ninguno de sus miembros posee per se facultades de gestión ni de representación, pues éstas corresponden colectivamente a sus miembros, actuando en régimen de mayorías.

De estas cuatro formas de estructurar el órgano de administración, la LSA sólo regula el Consejo de Administración, abandonando el funcionamiento de las tres primeras a lo dispuesto en el RRM, a los estatutos de la sociedad y a las normas generales de la ley sobre el régimen jurídico de los administradores. Facultades



En cuanto a las facultades del órgano de administración, la ley les atribuye dos esferas ed actuación: la administración o gestión y la representación de la sociedad en juicio y fuera de él. En cuanto a la primera, comprende todo cuanto afecte a la vida interna e la empresa y de la sociedad y sea necesario o conveniente para la realización del objeto social, siempre que no esté adjudicado a la junta general. Además, hoy se afirma que la competencia de los administradores se extiende tanto a los actos de gestión ordinaria como extraordinaria. Con todo ello, los estatutos pueden limitar estas facultades del órgano de administración, dichas limitaciones tendrán eficacia interna.

#### Deberes

Los administradores han de ejercer el cargo con arreglo a un determinado patrón de conducta, cuya contravención podrá dar lugar a la exigencia de responsabilidad. En la actualidad se opta por incluir una enumeración completa de debers del administrador. Ello ha sido fruto de la Ley 26/2003 por la que se modifican la LMV y la LSA con el fn de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas. Pese a ello, es aplicable a cualesquiera sociedades anónimas.

Así los administradores están obligados a informarse diligentemente sobre la marcha de los asuntos sociales, norma sin duda importante para activar y fomentar la participación de los administradores sociales. Asimismo, se refuerza el deber de guardar secreto, incluso después de cesar en el cargo, sobre las informaciones confidenciales, no pudiendo desvelar datos, informes o antecedentes que conozcan durante el ejercicio del cargo, cuando su comunicación o divulgación pudiera tener consecuencias perjudiciales para el interés social. La ley menciona el deber de fidelidad que pesa sobre los administradores, quienes habrán de actuar con fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad. No obstante, la norma probablemente resulte inútil especialmente si se tiene en cuenta la ausencia de concreción al referirse al interés social.

Los administradores soportan una serie de deberes de lealtad, explicitados por el largo importante artículo 127 ter LSA.

# La función representativa de los administradores: vinculación de la sociedad.

Refiriéndonos a la cuestión de la atribución del poder de representación, la ley establece que tanto en juicio como fuera e el la representación corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos. A su vez, los estatuto no disponen de libertad absoluta, sino que existe una correspondencia ente la forma de organizar la administración y la atribución de la representación. Si se ha optado por un administrador único, el poder de representación necesariamente le corresponderá a él; si se trata e varios administradores solidarios, el poder de administración corresponde a cada



administrador. En caso de dos administradores mancomunados, el poder de representación se ejercitará mancomunadamente y cuando sea un Consejo de administración la estructura elegida, el poder de representación corresponde al propio consejo actuando colegiadamente, sin perjuicio de que dicho poder se atribuya a uno o a varios miembros del consejo, a título individual o conjunto.

Distinta cuestión a la anterior, es la relativa al ámbito del poder de representación de os administradores. Al respecto, en la LSA se establecen dos reglas de enorme interés. De una parte se señala que el poder de representación abarca a todos los actos integrados o comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos, de modo que cualquier limitación sí son válidas en las relaciones internas. Ése es el contenido legal típico e inderogable del poder de representación de los administradores, quienes, en sus relaciones con terceros vincularán a la sociedad, siempre y en todo caso, por dichos actos, quedando excluidos únicamente los actos contrarios al objeto social.

No obstante, según una norma procedente de la Primera Directiva comunitaria, se establece que la sociedad quedará igualmente vinculada por los actos y contratos celebrados por los administradores al margen del objeto social, con terceros que actúen de buena fe y sin culpa grave.

# Nombramiento, separación y retribución de los administradores.

Capacidad y prohibiciones para ser administrador.

La primera cuestión que conviene aclarar es que según la LSA se puede ser administrador sin ser accionista, a menos que los estatutos de la sociedad dispongan lo contrario. Además pueden serlo tanto las personas físicas como las personas jurídicas, en este último caso se exige que conste la identidad de la personas física que la persona jurídica designe como representante.

En cuanto a la capacidad de las personas físicas se establece que sólo podrán desempeñar el cargo de administrador quienes por sí mismos posean capacidad para ejercer el comercio, no pudiendo serlo por tanto los menores de edad ni los mayores incapacitados.

Pero tampoco pueden serlos los concursados que hayan sido declarados inhabilitados en tanto dure dicha inhabilitación, los condenados a penas que lleven aneja la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, los que hubieran sido condenados por grave incumplimiento de leyes o disposiciones sociales y aquellos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio. Tampoco podrán ser administradores de la sociedad los funcionarios al servicio de la AP con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de la sociedad de la que se trate.

### Nombramiento

Los primeros administradores pueden ser designados en el momento



constitutivo por acuerdo entre todos los fundadores o por la junta constituyente cuando se siga el procedimiento de fundación sucesiva. Los nombramientos que se produzcan en un momento posterior de la vida social se realizarán en el seno de la junta general. La junta general puede designar asimismo administradores suplentes para cubrir las vacantes que eventualmente se produzcan e el órgano de administración.

Una vez designados los administradores, es necesaria la aceptación del cargo para que el nombramiento produzca efectos. Frente a la sociedad no es necesaria la inscripción registral para que dicho nombramiento despliegue sus efectos. No obstante, frente a terceros, es necesario proceder a la inscripción en e RM y posterior publicación en el BORME.

La ley contempla dos supuestos especiales que se apartan en buena medida de la regla general. Se trata el nombramiento con arreglo al sistema de representación proporcional y el nombramiento por cooptación. Ambos expedientes se refieren, única y exclusivamente al Consejo de Administración. Duración del cargo.

El nombramiento de los administradores no es indefinido ni inamovible. Ello es así porque la LSA se acoge al principio de temporalidad en el cargo, exigiendo que periódicamente se pronuncie la junta de manera expresa sobre la continuidad o no del administrador. A tal efecto, sienta la ley que el nombramiento ha de realizarse por un plazo de tiempo que ha de estar claramente determinado en los estatutos, sin poder exceder de seis años. Transcurrido dicho plazo, se debe proceder a la renovación mediante el cese de los administradores cuyo mandato haya expirado.

# Revocación

Esta puede producirse en cualquier momento, en virtud de lo establecido por la Ley al decir que la separación de los administradores podrá ser acordada en cualquier momento por l ajunta general. Ello ha de entenderse en un doble sentido. De una parte que la revocación puede acordarse aunque no exista justa causa que lo motive; de otra que puede hacerse uso de esa posibilidad aunque no se hubiera mencionado en el orden del día de la junta que la decidió.

Tanto en caso de expiración del mandato como de revocación, el cese del administrador debe ser inscrito en el RM, surtiendo efectos frente a tercero a partir de su publicación en e BORME.

En determinados casos la separación del administrador deja de ser una facultad de la junta y para a convertirse en una obligación. Se trata de la hipótesis en la que el administrador concurra en causa de prohibición o incompatibilidad, la ley ordena que sean inmediatamente destituidos a petición de cualquier accionista.

#### Dimisión.

Los administradores pueden presentar su dimisión o renuncia sin necesidad



de tener que justificarla. Tampoco puede la sociedad rechazarla, pese a que la LSA señale que el Consejo de administración es el encargado de aceptar la dimisión de los consejeros. Ello no significa que se pueda negar a aceptarla. No obstante, lo anterior no quiere decir que el administrador al dimitir no deba velar también por los intereses de la sociedad. Por ello la eficacia de la renuncia del administrador se supedita a la adopción por el dimisionario de las medidas tendentes a evitar la paralización de la sociedad, en los casos de administrador único, o cuando el dimisionario sea el último de los administradores en el cargo, o cuando su dimisión implique que el Consejo no pueda constituirse por el número de vacantes acumuladas. La dimisión ha e notificarse a la sociedad por escrito y de forma fehaciente. Debe inscribirse en el RM, y su eficacia frente a la sociedad se produce desde el momento en que la misma tiene conocimiento de la dimisión; y frente a terceros, desde el momento de la publicación de la dimisión en el BORME.

## Retribución

El cargo de administrador en una SA es retribuido. Sin embargo, la LSA parte del principio opuesto: gratuidad del cargo, salvo que se diga lo contrario en los estatutos. Claramente se dispone que en los estatutos habrá de figurar el sistema de retribución, si la tuvieren. Los estatutos deberán establecer cuál es el concreto sistema de retribución por el que opta la sociedad. La libertad en la elección del sistema o sistemas es amplísima: salario, participación en ganancias, dietas o primas por asistencia a las reuniones, remuneración en especie. En la práctica el sistema más frecuentemente empleado es el de la participación en ganancias. También constituyen una modalidad de retribución los planes opciones sobre acciones (stock options), consistente en la entrega a los administradores de un cierto número de acciones o derechos de opción sobre futuras emisiones de acciones e la sociedad, a ejercitar en plazos y condiciones determinadas.

Por otro lado, podría pensarse que no es necesario que los estatutos establezcan la cantidad concreta que hayan de percibir los administradores en concepto de remuneración sino, tan sólo el sistema, como queda dicho, y las bases o procedimiento para su cálculo. No obstante, ello puede ser discutible cuando el sistema elegido sea el de salario.

# El consejo de administración

Esta forma de organizar la administración es la más frecuente en la SA y se da siempre que la administración se confíe conjuntamente a más de dos personas, de modo que ninguna de ellas, per se o separadamente, ostente poderes o facultades de gestión, funciones que sólo son asumidas colegiadamente por todos los miembros del órgano debidamente constituido y actuando en régimen de mayorías.

Régimen jurídica. Algunas normas importantes que regulan aspectos



sustanciales de su organización interna y de sus actividades externas. Ha de tenerse en cuenta que el régimen jurídico completo de su funcionamiento y de sus facultades se encuentra, no sólo en la ley y en el Reglamento del Registro Mercantil, sino también en los estatutos de la sociedad y en el reglamento e régimen interno del que en su caso se haya dotado el propio Consejo.

<u>Constitución y funcionamiento.</u> El consejo deliberará y adoptará sus acuerdos por mayoría absoluta (la mitad mas uno) de consejeros concurrentes, debiéndose consignar las discusiones y los acuerdos en un libro de actas, firmadas por el Presidente y el Secretario del Consejo pudiendo los estatutos prever que este último no ostentará la condición de miembro del Consejo.

La ley y la práctica estatutaria permiten señalar ciertas especialidades. En primer lugar nada se opone a que el Consejo se constituya válidamente sin convocatoria previa. EN segundo lugar, el quórum (mitad mas uno) y la mayoría (absoluta) establecidos por la ley deben considerarse como mínimos, de forma que pueden ser aumentados por los estatutos, especialmente para adoptar decisiones de cierta gravedad. Finalmente, la ley permite que el Consejo adopte acuerdos por escrito y sin sesión, cuando ningún consejero se oponga a la aplicación de este procedimiento. Los consejeros votan en cualquier caso por cabezas y no por el capital que representen.



### Tema 11 LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

#### DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES:

La Ley impone a los administradores una serie de deberes en el ejercicio de su cargo. La norma contenida en el artículo 127 ha sido modificada y desarrollada en cuatro preceptos (el 127, cuya redacción ha cambiado, y los nuevos 127 bis, 127 ter y 127 quater) por la Ley 26/2003. El art. 127. 1 mantiene la obligación de desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, conteniendo así la distinción entre los **deberes de diligencia** y los de **lealtad**, que con el nuevo régimen se acentúa. Se pide a los administradores una diligencia profesional —la del ordenado empresario en vez de la del buen padre de familia— y la lealtad de un buen representante. La doctrina ha interpretado los deberes de diligencia con flexibilidad (la propia del mundo de los negocios, donde en ocasiones han de tomarse decisiones arriesgadas), mientras que ha sido más rigurosa con la exigencia de los deberes de lealtad.

El art. 127. 2 incluye el deber que tiene cada uno de los administradores de **informarse diligentemente de la marcha de la sociedad**. Todos están obligados a adoptar una <u>conducta activa</u> (lo que guarda estrecha relación con el juego de la responsabilidad solidaria y de las posibilidades de exoneración a que se refiere el art. 133).

El art. 127 bis bajo la rúbrica de "**deberes de fidelidad**" establece que los administradores deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos, con fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad.

El art. 127 ter impone a los administradores "**deberes de lealtad**" que se concretan en la regulación del conflicto de intereses. Cabe distinguir entre dos tipos de deberes:

- La obligación de los administradores de comunicar al Consejo situaciones de conflicto con el interés de la sociedad o situaciones de vinculación de los administradores con otras sociedades competidoras (apartados 3 y 4)
- o La prohibición, absoluta o relativa, de realizar operaciones, o aprovechar oportunidades de negocio, en beneficio propio del administrador o de personas a él vinculadas (apartados 1 y 2), junto al deber general de abstenerse en situaciones de conflicto (apartado 3). El apartado 5 indica quien tiene la consideración de persona vinculada al administrador.



El art. 127 quáter regula el **deber de guardar secreto respecto de informaciones de carácter confidencial** que conozca el administrador como consecuencia del ejercicio del cargo, cuando su revelación pueda tener efectos perjudiciales para el interés social. Se exceptúan expresamente los supuestos en los que por ley sea posible u obligada la comunicación o divulgación.

#### SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES:

Los supuestos en los que los administradores incurren en responsabilidad vienen determinados por el art. 133.1 LSA, que ha sido objeto de nueva redacción por la Ley 26/2003. Este artículo distingue dos supuestos:

-El de responsabilidad por los actos u omisiones contrarios a la Ley o a los Estatutos. En este supuesto, parece que literalmente, la ley establece una responsabilidad profesional del administrador, que no requiere culpa. No obstante, el TS señala que es preferible una interpretación más benévola, que no permite la responsabilidad sin culpa, aunque ésta se presuma.

-El de responsabilidad por los actos u omisiones que se realicen incumpliendo los deberes inherentes al desempeño de su cargo. Basta, por tanto, la simple negligencia.

Además, son presupuestos para que se desate la responsabilidad de los administradores:

- Que desempeñen su cargo
- El nexo causal entre su actuación y el daño (bien por perdidas, bien por lucro cesante) que requiere para ser reparado un efectiva indemnización.

La prueba de la existencia de estos presupuestos le corresponde a quien ejercita la acción. Cuando se trata de actos contrarios a la Ley o a los Estatutos bastará que el actor pruebe que lo son. No obstante, si consideramos que la culpa ha de ser siempre presupuesto de la responsabilidad (como ha reconocido el TS), el demandado podrá probar la ausencia de la misma.



# ADMINISTRADORES RESPONSABLES

Regla de solidaridad: art. 133.3 LSA Responderán **solidariamente** todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo. Por tanto, se trata de un supuesto de culpa colectiva. Una vez probada por el reclamante la responsabilidad del órgano, se presume la culpabilidad de todos y por ello responden.

- Excepción: No responderán los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución:
  - Desconocían su existencia
  - Conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño
  - Al menos se opusieren expresamente a aquél.
- Deben Destacarse las SSTS 24 septiembre de 1996 y 18 de enero de 2000.

Art. 133.4 LSA En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general. Este artículo pretende que la protección de los intereses de la sociedad, de los socios minoritarios y de los terceros, que dimana del régimen de responsabilidad de los administradores, no pueda desaparecer por un acuerdo de la Junta que ratifique el acto o el acuerdo lesivo de los administradores.

Art. 133.2 LSA Este artículo extiende la responsabilidad al que actúe como administrador de hecho (la jurisprudencia ya había considerado anteriormente algunos supuestos en los que se procedía la acción de responsabilidad contra el administrador de hecho (STS 24-9-01)

# ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD:

El artículo 133.1 señala que los administradores responden frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores. La acción a la que se refiere este artículo es la *acción social*, regulada en el artículo 134.

- o Propósito de la acción: reintegrar el patrimonio de la sociedad cuando se le ha ocasionado un daño.
- o Legitimación:



La legitimación pasiva recae sobre los administradores, mientras que la legitimación activa le corresponde en primer lugar a la sociedad, pero también están legitimados activamente los socios y los terceros, pues les afecta indirectamente el daño.

# Legitimación activa:

## 1. Sociedad:

Art. 134.1 LSA — Necesita el previo acuerdo de la Junta General. El acuerdo puede ser adoptado aunque no conste en el orden del día.

Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la prevista en el artículo 93 para la adopción del acuerdo.

Art. 134.2 LSA En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social.

El acuerdo de promover la acción supondrá la destitución de los administradores afectados

Art. 134.3 LSA La aprobación de las cuentas anuales no impedirá ni supondrá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supone la renuncia a la acción acordada o ejercitada.

## 2. Accionistas:

Art. 134.4 LSA Los accionistas que representen al menos el 5% del capital social podrán:

- Solicitar la convocatoria de la junta general para que se decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad.
- Entablar conjuntamente la acción social de responsabilidad cuando:
  - -Los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin.
  - -La sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del



correspondiente acuerdo.

-El acuerdo adoptado hubiere sido contrario a exigir responsabilidad.

## 1. Acreedores:

Art. 134.5 LSA Este artículo legitima para el ejercicio de la acción social de responsabilidad a los acreedores, cuando la acción no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

# ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD:

Junto con la acción social, la LSA contempla las acciones individuales de responsabilidad en el art. 135. Corresponden a los socios y terceros por actos de los administradores que lesionen directamente sus intereses. Este tipo de acción es una reclamación individual del perjudicado e implica una responsabilidad personal del administrador. Propósito: indemnizar a los socios y terceros por los daños causados por los administradores.

# Legitimación:

-Pasiva administradores

-Activa socios o terceros

Compatibilidad no es incompatible con la acción ejercida contra la sociedad por incumplimiento contractual (STS 22 mayo 1999) ambas son acumulables.

# **SANCIONES ADMINISTRATIVAS:**

Además del régimen anterior de responsabilidad, la Ley introduce un conjunto de sanciones administrativas que se pueden imponer a los administradores en determinados supuestos. Por ejemplo:

-En caso de infracción de cualquiera de la prohibiciones relativas a los negocios sobre las propias acciones (art. 89)

-En caso de incumplimiento de la obligación de depositar las cuentas anuales en el Registro Mercantil.



## EL CÓDIGO DEL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

En los últimos años, para mejorar la actuación de los órganos de administración de la sociedad y defender los intereses de los accionistas e inversores, se ha puesto de manifiesto la necesidad de elaborar unas "normas de buen gobierno corporativo"

- En 1998 se publicó el "Código del Buen Gobierno" (Código Olivencia) de las sociedades cotizadas. Este Código estaba dirigido principalmente a sociedades cotizadas con un capital social formado en su mayoría por acciones de libre circulación. El Código contiene una serie de cuestiones y recomendaciones de carácter voluntario en relación con:
  - Función y facultades del Consejo.
  - Composición, número de consejeros y estructura.
  - Funcionamiento de las sesiones
  - Nombramiento, cese derecho de información, retribución, deberes y obligaciones de los consejeros.
  - Conflicto de intereses
  - Relaciones con los accionistas, con los auditores y con el mercado.

Se aconseja a las sociedades que den publicidad a sus normas de gobierno y que justifiquen las que se separan de las recomendaciones del Código.

- También en 1998, basándose en el Código anterior, la CNMV publicó un reglamento "tipo" del Consejo de Administración, basándose en las recomendaciones de Código Olivencia.
- A principios del 2003 se presenta el Informe Aldama (el nombre hace referencia al presidente de la Comisión que lo elaboró). Este informe sigue en la línea del anterior Código, pero concluye que algunas de sus recomendaciones necesitan un soporte normativo, con el fin de conseguir mayores exigencias de información y transparencia, mayor rigor y precisión de los deberes de los administradores, y de establecer la obligación de adoptar reglamentos de la Junta y del Consejo. La Ley 26/2003 de reforma de la LMV y de la LSA responde a estas sugerencias.
- o Finalmente, con el objetivo de hacer público un único documento con las recomendaciones de gobierno corporativo contenidas en el Código Olivencia y en el Informe Aldama, el Consejo de la CNMV aprobó en mayo del 2006 el "Código unificado de buen gobierno", basado en el principio de



voluntariedad pero en el que también se establece que se justifiquen las normas de gobierno que se separan de las recomendaciones ("principio de cumple o explica", recogido en el artículo 116 LMV)



# Tema 12 LA MODIFICACIÓN DE LOS ESATUTOS SOCIALES. AUMENTO Y REDUCCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL

# 1. LA MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS SOCIALES.

# a. Concepto y límites de la reforma de los estatutos.

Toda modificación plantea graves problemas y, especialmente, aquellas que pueden alterar el equilibrio interno de las fuerzas sociales, los derechos de los socios o las bases esenciales de la sociedad. El legislador ha establecido un rígido procedimiento formalista (artículo 144 LSA), que deben necesariamente observarse, bajo pena de nulidad, y un complejo sistema de garantías en favor de la sociedad, de los accionistas e incluso de los terceros acreedores.

Hay que hablar de los límites de la potestad modificadora que la Ley confía a la Junta general. El legislador ha admitido como regla general que el acuerdo modificativo pueda confiarse a la voluntad de la mayoría expresada en la Junta general, aun cuando a él se oponga la minoría. Pero el problema de límites consiste precisamente en dilucidar qué es lo que puede modificar la mayoría. El legislador enumera y regula una serie de preceptos estatutarios cuya reforma puede acordar la mayoría. No obstante, el legislador parece haber seguido la doctrina de las bases esenciales de la sociedad elaborada por la jurisprudencia francesa, en virtud de la cual l mayoría no puede libremente alterar aquellas bases esenciales de la sociedad en atención a las cuáles el accionista prestó su consentimiento para constituirla o para ingresar en ella. Ello se manifiesta en la Ley, porque se pide a veces el consentimiento de todos los accionistas por acuerdo mayoritario, pero concediendo excepcionalmente a los accionistas que no la aceptaron el derecho a separarse de la sociedad para no soportar la modificación adoptada contra o sin su voluntad (arts. 147 y 149.2 LSA).

# b. Requisitos esenciales para la modificación estatutaria.

La Junta general es el órgano competente para adoptar el acuerdo de modificación (art. 144.1 LSA), como órgano de formación y expresión de la voluntad social. Ha de seguir un procedimiento especial para modificar los estatutos. La ley establece con carácter imperativo unos requisitos esenciales de forma y de publicidad, cuya inobservancia desencadena la nulidad de la modificación. Tales requisitos establecen una garantía de todos los accionistas y, en ocasiones, también de los propios acreedores sociales.

El procedimiento es el siguiente:

- Que se formule un informe escrito por quienes propugnan la reforma, justificando su causa y su contenido.



- Los administradores deberán convocar la Junta general que haya de decidir la modificación, por el procedimiento del artículo 97 LSA, expresando en el orden del día de la convocatoria, con la debida claridad, la naturaleza y el alcance de la reforma proyectada, para que todos los accionistas tengan el debido conocimiento a fin de votar a favor o en contra de la misma. STS de 10 de enero de 1973 recoge la suficiencia de que consten en el texto de la convocatoria, las cláusulas concretas de los estatutos que se quieren modificar.
- Que se mencione expresamente en la convocatoria de la Junta general el derecho que poseen todos los accionistas a consultar en el domicilio social, o a que se les envíen gratuitamente, los documentos en que se contiene el texto íntegro de la modificación que se propone y el informe sobre ella que resulta preceptivo.
- La Junta deberá adoptar el acuerdo por mayoría, tras haberse constituido con el quórum de capital previsto en el artículo 103 de la Ley, o con el mayor que hayan podido señalar los estatutos.
- El acuerdo adoptado se hará constar necesariamente en escritura pública, que se inscribirá en el RM y se publicará en su Boletín. Desde ese momento será oponible frente a terceros.

No obstante, algunas modificaciones deberán someterse, además, a una publicación especial: publicación en dos periódicos de gran circulación en la provincia correspondiente (art. 150 LSA).

## c. Supuestos especiales de modificación.

La Ley regula con algún detalle varios supuestos de modificación de los estatutos, en los que se producen desviaciones respecto del régimen que se acaba de señalar. Se trata de los siguientes casos:

# - Imposición de nuevas obligaciones para los socios.

La obligación fundamental que los accionistas contraen frente a la sociedad consiste en realizar la aportación patrimonial convenida. En atención a ella los accionistas ingresan en la sociedad en el momento constitutivo o de modo derivativo por la simple adquisición de sus acciones. La Ley, por ello, contiene una regla básica: no podrán modificarse los estatutos imponiendo (directa o indirectamente) nuevas obligaciones a los socios sin su aquiescencia (145.1 LSA).

Esto será aplicable a la creación, modificación y extinción anticipada de las prestaciones accesorias, planteándose el problema interpretativo de qué deba entenderse por interesados (los obligados a realizar prestaciones accesorias o los accionistas).



# - Alteración de los derechos de una clase especial de acciones.

Para adoptar válidamente un acuerdos que altera el tipo de acciones, lesionando directa o indirectamente los derechos de una clase especial de acciones, será necesaria de la concurrencia de dos acuerdos mayoritarios: el adoptado por la Junta general y el adoptado por los que han de ver directa o indirectamente afectado los derechos que les confiere la especial clase de sus acciones (art. 148 LSA). Sin esto, los derechos de una minoría de accionistas podrían encontrarse a merced de la decisión de la mayoría, lo que podría originar graves abusos en perjuicio de aquélla.

Los dos acuerdos pueden adoptarse en la misma Junta prevista en el artículo 144 LSA, mediante votaciones separadas o en dos Juntas generales distintas, siempre de acuerdo con este precepto.

# - Modificaciones de la libre transmisibilidad de las acciones nominativas.

Las acciones nominativas que nacieron libremente transmisibles pueden ver restringido su régimen de transmisibilidad, mediante la correspondiente modificación estatutaria, siempre que así lo acuerde la Junta general.

El legislador permite que los accionistas que no votaron a favor del acuerdo no queden vinculados por la modificación durante un plazo de tres meses, a contar desde la publicación del acuerdo en el Boletín Oficial del RM (art. 146 LSA). Los que sí lo hicieran, quedarán inmediatamente vinculados a él.

# - Sustitución del objeto social.

La sociedad puede decidir sustituir el objeto social por otro nuevo o realizar cualquier acto de modificación del objeto social que no implique, en sentido estricto, su sustitución por otro nuevo. Esta modificación implica el cambio de estatutos.

Sólo el acuerdo que consista en la sustitución el objeto social, justifica que se conceda a los accionistas que hayan votado a favor del acuerdo el derecho a separarse de la sociedad, a ejercitar en el plazo de un mes. Los socios que hagan esto recibirán de la sociedad un contravalor de sus acciones.

## - Cambio de domicilio.

Cuando el cambio de domicilio social es en el mismo término municipal, aunque deban modificarse los estatutos, no será necesario el acuerdo de la Junta General porque los administradores poseen facultades suficientes para decidirlo, a menos que los estatutos dispongan lo contrario.

En el caso del cambio fuera del término municipal y dentro de España, será necesario el acuerdo de Junta general.

Si se trata de transferir el domicilio al extranjero, será indispensable el



acuerdo de la Junta general, que sólo podrá adoptarse cuando exista Convenio internacional vigente en España que lo permita con el mantenimiento de su misma personalidad jurídica.

# 2. EL AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL.

## a. Procedimiento.

El aumento de capital es una modificación de los estatutos. Se deberá seguir lo dispuesto en el art. 144 LSA. Sin embargo, concurre en el aumento de capital una exigencia procedimental que es propia y se manifiesta en el art. 162 LSA y establece que el acuerdo de aumento de capital social y la ejecución del mismo deberán ser inscritos simultáneamente en el RM.

## b. Modalidades.

El aumento de capital puede darse por la emisión de nuevas acciones o el incremento del valor de las antiguas, ya que el capital está dividido en acciones que representan sus partes alícuotas habiendo una equivalencia exacta entre la cifra de capital y la suma del valor nominal de todas las acciones (art. 151.1 LSA).

# - Incremento del valor nominal de las acciones antiguas.

Cuando se aumenta el capital elevando el valor nominal, de las acciones antiguas, que figura en los estatutos en la parte alícuota de aquel aumento que les corresponde, coincidiendo la suma del valor nominal nuevo con la nueva cifra de capital. La ejecución suele hacerse canjeando las acciones antiguas por las nuevas (por ejemplo: 6 € la antigua por 12€ la nueva).

# - Emisión de nuevas acciones: el derecho de suscripción preferente.

Se presenta cuando la parte del capital que se aumenta se incorpora a nuevas acciones, y éstas se ofrecen para su suscripción (la otra posibilidad es la de la asignación gratuita a los accionistas). Dichas acciones pueden integrar una serie o una clase nueva, 49 LSA, o asignarse a alguna de las ya existentes. Podrán ser ordinarias o privilegiadas.

En estos aumentos de capital social con emisión de acciones nace un derecho de suscripción preferente en favor de los antiguos accionistas y de los titulares de obligaciones convertibles, que se podrá ejercitar en un plazo previsto por los administradores, pero limitado por la LSA.

Durante este plazo, los accionistas tendrán derecho a suscribir en el aumento un número de acciones proporcional al que ostentaban.

En cuanto a la ratio legis o fundamento del derecho de suscripción



preferente, se podría pensar que con este derecho se le da una oportunidad al accionista de seguir manteniendo su porcentaje de participación en el capital, respetando el reparto anterior a la emisión de las nuevas acciones. Además del deseo del legislador de no debilitar, sin su consentimiento, la participación de los accionistas en el capital.

Es un derecho <u>renunciable</u> y <u>transmisible</u>. Tiene un contenido patrimonial y puede transmitirse en las mismas condiciones que las acciones de las que deriva, luego dependerá de las restricciones de las acciones, si las hubiere.

También es un derecho <u>excluible</u>. En casos en los que el interés social lo exija, la Junta general podrá acordar al decidir el aumento de capital la supresión total o parcial del derecho de suscripción preferente, cumpliendo una serie de garantías a favor de los accionistas a privar de éste dispuestas en el artículo 144 LSA.

La LSA contempla ciertos supuestos en los que este derecho no nace: como cuando el aumento de capital que la sociedad acuerde se deba a la conversión de obligaciones en acciones... (art. 159.4 LSA). No hay que confundirlo con la no suscripción íntegra por los accionistas del aumento de capital.

## c. Contravalor del aumento.

El contravalor podrá consistir en (art. 151.2 LSA):

# - Aumento con aportaciones dinerarias.

La Ley exige que en todos los casos, salvo para sociedades de seguros, no se pueda aumentar el capital con cargo a aportaciones dinerarias si el valor de las acciones preexistentes no está desembolsado, art. 154.1 LSA. Así para pedir dinero con cargo a las acciones nuevas, exíjase y libérese el valor de las antiguas.

# - Aumento con aportaciones no dinerarias.

Cuando el contravalor del aumento consista en aportaciones no dinerarias, el legislador exige la adopción de varias cautelas en protección de la sociedad, de los accionistas y de los terceros, que se recoge en el artículo 155 de la LSA.

# - Aumento por compensación de créditos.

La Ley admite que se pueda concurrir al aumento de capital aportando un crédito contra la sociedad. De esta forma el crédito contra la sociedad compensaría el crédito que nace en el patrimonio de la sociedad debido al aumento de capital.

# - Aumento con cargo a reservas.

Supone el traspaso de la cuenta de reservas a capital. La Ley establece que podrán utilizarse para ello las reservas disponibles, las primas de emisión y la



reserva legal en parte que exceda del 10% del capital ya aumentado (157 LSA), siempre con un balance aprobado dentro de los seis meses anteriores al acuerdo de aumento; balance verificado por los auditores de la sociedad.

Los aumentos pueden llevarse a cabo elevando el valor nominal de las acciones ya existentes o emitiendo otras nuevas.

# d. Autorización o delegación para aumentar el capital.

El aumento del capital social es una modificación estatutaria, una larga y compleja operación. Para agilizar el procedimiento y procurar a la sociedad en forma progresiva y paulatina dos supuestos especiales: el capital autorizado y la delegación en la ejecución de capital.

# - Capital autorizado.

La Ley otorga a la Junta la posibilidad de delegar en el órgano de administración de la facultad para acordar el aumento de capital social. El acuerdo de la Junta ha de ser tomado conforma a los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos sociales, 153.1 LSA. Este procedimiento sólo podrá realizarse cuando el contravalor del aumento consista en aportaciones dinerarias y deberá ejercitarse dentro del plazo máximo de 5 años contados desde el acuerdo de la Junta general que les autorizó. La delegación subsiste mientras no haya expirado el plazo fijado.

# - Ejecución delegada del aumento.

Facultad conferida a los administradores por la Junta general tiene un alcance indudablemente menor y consiste en delegar en los administradores la fijación de la fecha exacta en la que ejecutar el acuerdo ya adoptado de aumentar el capital en la cifra acordada. Deberá hacerse dentro del año desde la toma del acuerdo.

## e. Ejecución e inscripción registral del aumento.

A la adopción del acuerdo de aumento de capital por la Junta general sigue la fase de su ejecución. En el caso de aumento mediante elevación del valor nominal de las acciones, la ejecución no plantea excesivos problemas, ha de constar el consentimiento de todos los accionistas, a expresar en la escritura de constitución de aumento (166.3 RRM). Cuando nos encontremos ante un aumento mediante la emisión de nuevas acciones, el mismo habrá de ejecutarse, suscribiéndose el aumento, sea por los accionistas, sea por terceros. Para ello habrá que estar a las condiciones y plazos en el acuerdo de Junta general.

Si la suscripción de ofrece al público, se habrá de respetar el procedimiento previsto en el artículo 160 LSA. En este último caso, nos hallamos ante un supuesto de oferta pública de suscripción de valores, que



deberá ajustarse a lo dispuesto en la normativa reguladora del mercado de valores.

El aumento de capital debe suscribirse de forma íntegra, se procederá a su aumento íntegro respetando el desembolso mínimo, o en forma incompleta. En estos últimos casos, el capital se verá aumentado únicamente en la cantidad efectivamente suscrita, si así se prevé expresamente.

El acuerdo de aumento debe inscribirse en el RM simultáneamente con la ejecución: únicamente cuando se haya materializado la ejecución es posible inscribir el aumento (162.1 LSA y 165.2 RRM).

La Ley obliga a los suscriptores del aumento a efectuar su aportación (total o parcial de al menos el 25%) desde el momento mismo de la suscripción (art. 162.3 LSA), pero también les concede el derecho a exigir su devolución tras un cierto periodo de tiempo sin consumarse la ejecución del aumento. Se faculta a los suscriptores a exigir la restitución de sus desembolsos, si en el plazo de 6 meses desde que se abrió el plazo de suscripción, no se hubieran presentado para inscripción en el Registro los documentos acreditativos de la ejecución del aumento de capital, art. 162.3 LSA.

# 3. LA REDUCCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL.

## a. Finalidad y modalidades.

La reducción de capital puede perseguir las siguientes finalidades:

- La devolución de aportaciones o la condonación de dividendos pasivos. Aquí se produce una reducción del capital y del patrimonio. En las dos siguientes finalidades, por el contrario, sólo se produce una reducción de la cifra del capital contable.
- La constitución o el incremento de la reserva legal o de reservas voluntarias.
- El restablecimiento del equilibrio entre capital y el patrimonio de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas. Reducción del capital que será obligatorio cuando se disminuya el haber social por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital y hubiese transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio.

En cuanto a las modalidades de reducción, ésta puede operar mediante una de las siguientes formas:

- Disminución del valor nominal de toda las acciones, de modo que la



suma total de sus nuevos valores nominales sea igual a la cifra del capital reducido.

- Amortizando un determinado número de acciones, se extinguen las amortizadas hasta obtener la nueva cifra del capital reducido.
  - Agrupando varias acciones para canjearlas por una nueva.

Cuando se reduce el capital por pérdidas, necesariamente habrá de materializarse en una reducción del valor nominal de todas las acciones.

# b. Procedimiento para la reducción.

Es el propio de toda modificación estatutaria, pero la Ley establece una serie de exigencias particulares para este procedimiento:

- El acuerdo de la Junta expresará, al menos, la cifra de reducción del capital, la finalidad, modalidad, plazo de ejecución y la suma a abonar a los accionistas.
- Cuando la reducción se realice mediante amortización de acciones y reembolso a los accionistas, no afectando la medida a todos ellos por igual, se considera que nos hallamos ante un supuesto similar al de la modificación perjudicial a una clase de acciones, por lo que será necesario un acuerdo de la mayoría de los accionistas interesados según lo que dispone el artículo 148 LSA. Debemos considerar que el concepto de "accionistas interesados" hace referencia a los que vayan a salir de la sociedad por la amortización, según el artículo 170.2 del Reglamento del Registro Mercantil.
- El acuerdo de reducción de capital habrá de constar en escritura pública, debiendo ser objeto de inscripción en el RM y de publicación en el Boletín Oficial del RM. Todo acuerdo de reducción se tendrá que anunciar en dos periódicos de gran circulación en la provincia en que la sociedad tenga su domicilio (art. 165 LSA).

## c. Oposición de los acreedores.

Como el acuerdo de reducción del capital puede disminuir las garantías patrimoniales de la sociedad en perjuicio de sus acreedores, la Ley establece una serie de medidas. Cuando la finalidad de la reducción es restituir aportaciones a los socios o condonar dividendos pasivos de la sociedad, se prevé un especial derecho de oposición que pueden ejercitar los acreedores de la sociedad cuyo crédito haya nacido antes de la fecha del último anuncio del acuerdo de reducción del capital. Oposición a ejercitar en el plazo de un mes desde el anuncio a partir de este último anuncio y paralizará la reducción hasta que exista garantía del acreedor sobre sus créditos según lo dispuesto en el artículo 166 LSA.

Pero esto no será de aplicación para los acreedores cuyos créditos hayan nacido con posterioridad a la reducción, porque ya debían saber que la reducción patrimonial estaba en marcha.



# d. Reducción y aumento simultáneo del capital.

La LSA recoge una operación denominada "acordeón" consistente en que una sociedad en quiebra reduce su capital hasta un valor mínimo, 60.100 euros, para luego aumentarlo con aportaciones de antiguos y nuevos accionistas con el fin de reflotar la sociedad. Si disminuyese por debajo de ese mínimo, concurrirá causa de disolución de la sociedad, sin embargo, sólo podrá adoptarse cuando simultáneamente se acuerde la transformación de la sociedad o el aumento de su capital hasta una cantidad igual o superior, 169 LSA.

# e. Reducción mediante adquisición de acciones propias.

Se permite que la reducción de capital pueda materializarse mediante la compra, por la sociedad a sus accionistas, de acciones propias para proceder a su amortización reembolsando su valor a los accionistas vendedores. Es un supuesto de libre adquisición de propias acciones.

# f. Acciones rescatables y reducción del capital.

Existe la posibilidad de que la sociedad cotizada emita acciones rescatables. En este caso, el rescate y la consiguiente amortización implica una reducción de capital.



# Tema 13 LAS CUENTAS ANUALES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

# 1. INTRODUCCIÓN

Las cuentas anuales se componen de tres elementos:

- Balance.
- Cuenta de pérdidas y ganancias.
- Memoria.

El fundamento de estos tres documentos que forman una unidad es mostrar de forma clara la imagen fiel del patrimonio, así como de la situación financiera y de los resultados de la sociedad (art. 34 Ccom y 172 LSA). Las cuentas anuales, junto con el informe de gestión y la propuesta de aplicación de resultado, han de ser formulados por los administradores en un plazo máximo de tres meses contados desde la fecha de cierre del ejercicio social. Cada uno de los documentos debe llevar la firma de todos los administradores. En caso de que, en algún documento, falte la firma de alguno de ellos, deberá señalarse expresamente la causa por la que no se incluyó (art. 171 LSA).

## 2. EL BALANCE

El balance de una empresa se divide en activo y pasivo. En el activo se contienen los bienes y derechos de cobro de la empresa, mientas que el pasivo incluye las deudas u obligaciones de dicha entidad. Tal y como se establece en el artículo 35.1 del Código de Comercio, se deben especificar los fondos propios y el balance de apertura de un ejercicio debe corresponderse con el balance de cierre del ejercicio del año anterior. Nos encontramos con dos tipos de balances:

- Balance ordinario. Su esquema se contiene en el artículo 175 LSA que regula la división en partidas. El desglose de éstas se contiene en los artículos 176 a 180 LSA. Es de resaltar el artículo 173 que admite la subdivisión más detallada de las partidas mediante la inclusión de partidas nuevas, pero siempre en la medida en que su contenido no esté comprendido en las ya previstas, e incluso agrupándose en determinados casos.
- Balance abreviado. Sólo podrán formular este tipo de balance aquellas sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos, dos de las tres circunstancias siguientes:
  - Que el total de las partidas del activo no supere los trescientos noventa y cinco millones de pesetas.



- Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los setecientos noventa millones de pesetas.
- Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta.

No se perderá esta facultad, según dispone el artículo 181.1 LSA, si estas sociedades no dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias antes mentadas. El apartado segundo del 181 dispone que en el primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión, las sociedades podrán formular balance abreviado si, al cierre del ejercicio, al menos reúnen dos de las tres circunstancias expresadas. El balance abreviado sólo incluirá las partidas establecidas en el 175 LSA, si bien deberán mencionarse separadamente el importe de los créditos y deudas cuya duración residual no sea superior a un año, tal y como establece el 181.3 LSA.

Por último, se advierte que no gozarán del derecho a formular balance abreviado aquellas sociedades cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado regular de cualquier estado miembro de la UE (181.4 LSA).

# 3. LA CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS

Tal y como se dispone en el artículo 35.2 del Código de Comercio, la cuenta de pérdidas y ganancias comprende, con la debida separación, los ingresos y gastos de ejercicio y, por diferencia, el resultado del mismo. Dos son las características principales que prevé la LSA para la elaboración de la cuenta de pérdidas y ganancias.

- Ajustarse al esquema establecido en el art. 189 LSA.
- Ajustarse a dicho esquema con el carácter de flexibilidad previsto en el 173 LSA.

Ahora bien, al igual que en el caso del balance, se admite la posibilidad de que algunas sociedades formulen una cuenta de pérdidas y ganancias abreviada. Al igual que en la anterior situación, se excluyen de esta facultad aquellas sociedades cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la UE. Según el artículo 190.1 LSA las sociedades que pueden presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada deben reunir durante dos ejercicios consecutivos y a la fecha de cierre del ejercicio, al menos, dos de las siguientes tres circunstancias.

- Que el total de las partidas del activo no supere los mil quinientos ochenta millones de pesetas.
- Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los tres mil ciento sesenta millones de pesetas.



- Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta.

La cuenta de pérdidas y ganancias abreviada incluirá, según el 190.3LSA, la agrupación de una serie de partidas que se incluirán en una sola. Es de advertir que se observan las mismas reglas que se apreciaban para el balance en lo que atañe a la pérdida de la facultad de formulación de cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, así como en lo referente a la posibilidad de su formulación en el primer ejercicio social desde la constitución, transformación o fusión de la sociedad.

# 4. LA MEMORIA

Documento parcialmente contable que completará, ampliará y comentará la información contenida en el balance y en la cuenta de pérdidas y ganancias (art 199 LSA y 35.e del C.c).

Su contenido está regulado en el artículo 200 y 127 *ter* ("*ter*" significa como *bis* pero en lugar de 2, 3) de la LSA. Algunos de los elementos (los que cita el libro) que debe contener la memoria son:

- a) Criterios de valoración aplicados a las diversas partidas de las cuentas anuales y los métodos de cálculo de las correcciones de valor.
- b) El cuadro de financiación (donde se describen el origen, aplicación y empleo de los recursos obtenidos en el ejercicio)
- c) El importe de las deudas de la sociedad cuya duración residual sea superior a cinco años, así como el de todas las deudas que tengan garantía real, con indicación de su forma y naturaleza.
- d) El importe global de las garantías comprometidas con terceros.
- e) La distribución del importe neto de los negocios obtenidos por las actividades de la sociedad.
- f) El importe de las remuneraciones de cualquier clase devengadas en el curso del ejercicio por los miembros del órgano de administración, así como el importe de los anticipos y créditos a ellos concedidos.
- g) Los movimientos de las diversas partidas del activo inmovilizado, así como la de gastos de establecimiento.
- h) La información sobre la participación de los administradores en el capital social de una sociedad con el mismo, análogo o complementario objeto social, así como los cargos que en ella ejerzan.

Existe según el artículo 201 LSA la posibilidad de realizar una memoria abreviada cuando se cumplen los requisitos que el artículo 181 LSA establece para que se pueda elaborar el balance abreviado.



# 5. REGLAS DE VALORACIÓN EN LAS CUENTAS ANUALES

LSA contiene en diversos preceptos que más tarde veremos una serie de reglas que nos servirán par a valorar los distintos elementos integrantes de las distintas partidas de las cuentas anuales.

Estas reglas tienen por finalidad:

- a) Dotar de uniformidad a las cuentas de las distintas sociedades.
- b) Favorecer la claridad y exactitud de la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad.

Las reglas de valoración están fijadas siguiendo el principio de prudencia (en garantía de acreedores e interés público). A veces este principio choca con el de imagen fiel ya que la prudencia provoca en ocasiones valoraciones por debajo de la realidad que chocan con el principio que debe regir las cuentas de representar la imagen fiel de la empresa. El artículo 193 LSA se remite para la valoración de las cuentas anuales a las disposiciones del artículo 38 del Cc. Por su parte los artículos 194 y 197 de la LSA contienen las siguientes reglas de valoración:

- a) Los gastos de establecimiento y los de investigación y desarrollo, susceptibles de ser recogidos como activos, deberán amortizarse en un máximo de 5 años.
- b) El fondo de comercio únicamente podrá figurar en el activo del balance cuando se haya adquirido a título oneroso, y su amortización, que deberá realizarse de modo sistemático, no podrá ser creciente ni exceder del período durante el cual dicho fondo contribuya a la obtención de ingresos para la sociedad con el límite de 20 años.
- c) Hasta que las partidas a que se refieren los números anteriores no se hayan amortizado no podrán distribuirse beneficios. Excepción: El importe de de las reservas disponibles sea igual al importe de los gastos no amortizados.
- d) Los elementos del activo inmovilizado deberán valorarse al precio de adquisición o al costo de producción, conforme a lo establecido en el Cc.
- e) Las inmovilizaciones financieras y los elementos del activo inmovilizado podrán ser objeto de correcciones de valor a fin de darles el valor inferior atribuible en la fecha de cierre del balance.
- f) Los elementos del activo circulante deberán valorarse al precio de adquisición o al costo de producción, conforme a lo establecido en el Código de comercio, y sobre la base de una apreciación comercial razonable podrán ser objeto de correcciones valorativas m que se inscribirán por separado en la cuenta de pérdidas y ganancias, manteniéndose en tanto duren las razones que las motivaron.



- g) Si la cantidad a reembolsar por deudas es superior a la recibida, la diferencia deberá figurar separadamente en el activo del balance, debiendo amortizarse con cantidades anuales razonables y a lo sumo en el momento en que se reembolse la deuda.
- h) El importe de las provisiones para riesgos y gastos no podrá superar las necesidades para las que se constituyan.

# 6. EL INFORME DE GESTIÓN

El informe de gestión es un documento que trata de explicar "en términos literarios" los resultados de la cuenta de pérdidas y ganancias y también de algunas partes de la memoria. Está regulado en el artículo 202 de la LSA (modificado por ley 62/2003, aplicable desde el ejercicio contable 2005). Su finalidad es facilitar la comprensión de los citados documentos a las personas sin conocimientos contables. ¿Qué sociedades están obligadas a realizar informe de gestión? Aquellas que puedan formular balance abreviado no estarán obligadas a elaborar informe de gestión (art 181 LSA nos dice que empresas pueden realizar balance abreviado). Su contenido mínimo estará formado por al menos:

- Una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad.
- Descripción de los principales riesgos a los que se enfrenta la empresa.
- Indicaciones sobre los acontecimientos importantes para la sociedad ocurridos después del cierre del ejercicio.
- Indicaciones sobre las previsiones de evolución de la sociedad.
- Las actividades en materia de investigación y desarrollo
- Las adquisiciones de acciones propias

# 7. LA PROPUESTA DE APLICACIÓN DE RESULTADO

Los administradores se encuentran obligados a formular la <u>propuesta</u> de aplicación del resultado del ejercicio que deberá ser sometida a la consideración de la Junta general. Si una vez atendidas las obligaciones fiscales existen beneficios, los administradores propondrán un destino de los mismos, que no siempre podrán ser repartidos pues la LSA y los estatutos imponen ciertas restricciones:

# Reserva legal

Según el artículo 214 LSA la sociedad destinará el 10% del beneficio del ejercicio a la citada reserva hasta que se alcance el tope de 20% del capital social, punto en el que cesará la obligación. Todo lo que se dote esta reserva



sobre el tope será de libre disposición y no tendrá consideración de reserva legal. Su uso será el de compensar pérdidas en caso de que no existan otras reservas.

## Reservas estatutarias

Son creadas por los estatutos de la sociedad, son obligatorias (no que se constituyan, sino que se cumplan) y a diferencia de las anteriores la Junta podrá suprimirlas, aumentarlas, disminuirlas, alterar su régimen o crear otras modificando los estatutos (siguiendo las reglas que los mismos determinen).

## Reservas voluntarias

En este caso se crean por simple acuerdo de la Junta. Además los estatutos sociales podrán imponer otras atenciones antes del reparto de beneficios:

# Participación de los administradores en las ganancias

Siempre y cuando se haya reconocido para los accionistas un dividendo del 4% o mayor.

# Ventajas de los fundadores y los promotores

Estas ventajas tendrán un periodo máximo de 10 años y no podrán exceder del 10% de los beneficios una vez liquidadas las otras atenciones de mayor importancia.

# <u>Participación de los titulares de bonos de disfrute</u>

Entregados a los titulares de acciones en virtud de reembolso.

## Dividendos

Los administradores propondrán el reparto de dividendos a la Junta siempre y cuando no hayan pérdidas ni la necesidad de compensar pérdidas de beneficios anteriores (según el 213 LSA) y el 194 prohíbe el reparto de beneficios mientras el importe de las reservas disponibles sea igual o superior a los gastos (establecimiento, investigación...) no amortizados.

En el reparto de dividendos primero se satisface a los titulares de acciones privilegiadas y acciones sin derecho a voto, estando la sociedad obligada a repartir beneficios si los hubiese y existiesen este tipo de acciones en virtud de los artículos 50.3 y 91.1 LSA. Estos tipos de títulos quedan en un "empate técnico" entre ellos en caso de problemas.

El 216 LSA permite la distribución entre los accionistas de dividendos sin esperar al cierre del ejercicio si concurren dos condiciones:

- Formulación por parte de los administradores de un estado contable.
- La cantidad a distribuir no superará a los resultados obtenidos desde el fin del último ejercicio, deducidas las pérdidas de ejercicios anteriores,



las reservas y la estimación de los impuestos correspondientes.

En caso de incumplimiento de las condiciones legales para la distribución de dividendos el 217 LSA establece el deber de los accionistas que conociesen el incumplimiento de devolver con intereses la cantidad que excediese la parte que les correspondiera.

# 11. VERIFICACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES

Auditores de cuentas deberán revisar las cuentas anuales v el informe de gestión así como verificar la concordancia de los mismos (quedan libres de esta obligación las sociedades a las que se les permita presentar balance abreviado), según el 203 LSA. Algunos tipos de sociedades siempre deberán someterse a la auditoría como es el caso de las que coticen en Bolsa, emitan obligaciones en oferta pública, se dediquen a intermediación financiera... etc. Auditores: personas externas e independientes a la sociedad, habilitadas por el Estado e inscritos en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. Son nombrados por la Junta general antes de que finalice el ejercicio a auditar, por un periodo determinado (mínimo 3 y máximo 9 ejercicios). Artículo 204 LSA. La Junta podrá designar a uno o varios auditores (que actuarán conjuntamente), podrán ser personas físicas o jurídicas. Su remuneración quedará establecida de antemano por todo el periodo sin poder otorgarse otras remuneraciones o ventajas. Si no son nombrados por la Junta o no acepten el cargo los nombrará el registrador mercantil según el 205 LSA. Sólo se les podrá revocar si concurre causa justa (va sea la Junta o el juez quien lo haga). Su misión es comprobar que las cuentas anuales ofrezcan la fiel imagen del patrimonio de la empresa, redactando un informe del resultado de su actuación en un mínimo de un mes desde que se les entregaron las cuentas, podrán emitir reservas y adjuntarlas al informe. Es importante apreciar que la Ley no impone la obligación de modificar las cuentas anuales o la no aprobación de las mismas como resultado de un informe de auditoría con reservas, aunque si se modifican los auditores deberán redactar un nuevo informe o ampliar el antiguo. En las sociedades no sujetas a verificación contable, los accionistas que representen al menos un 5% del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que nombre a un auditor de cuentas para que revise las de un ejercicio determinado siempre que no hubieren transcurrido 3 meses desde la fecha de cierre del ejercicio. Los auditores son responsables directa y solidariamente frente a la sociedad y los terceros del incumplimiento de sus obligaciones, según el 11 LAC. Existe el caso particular de las sociedades cotizadas que están obligadas a tener un Comité de Auditoría formado por consejeros no ejecutivos nombrados por el Consejo de Administración según los estatutos. Sus competencias serán: informar a la



Junta General, proponer nombramiento de auditores externos, supervisar la auditoría interna, conocer del proceso de información financiera y los sistemas de control interno de la sociedad, mantener relaciones con auditores externos...

# 9. APROBACIÓN, DEPÓSITO Y PUBLICIDAD DE LAS CUENTAS ANUALES

La Junta general ordinaria se reunirá dentro de los 6 primeros meses del ejercicio para aprobar las cuentas anuales del anterior (así como la propuesta de aplicación de resultado). Desde la convocatoria de junta cualquier accionista podrá obtener de la sociedad, inmediata y gratuitamente, los documentos que se someterán a aprobación así como el informe de gestión y el de auditores (se deberá hacer mención a este derecho en la convocatoria). artículo 212 LSA. Si no aprueban las cuentas se las remitirán a los administradores para que las modifiquen (ya que no es función de la Junta hacerlo), si no aprueban la propuesta de aplicación podrán alterarla directamente con libertad (excepto por lo límites anteriormente expuestos). En el acuerdo de distribución de dividendos la Junta acordará la forma y momento del pago. En el mes siguiente a su aprobación se presentarán al RM para su depósito certificación de los acuerdos de la Junta general de aprobación de las cuentas anuales y de la aplicación del resultado, junto con un ejemplar de cada una de dichas cuentas, certificación del informe de gestión y del informe de los auditores. El registrador tendrá 15 días para la calificación, que será estrictamente formal. El RM conservará los documentos durante 6 años, pudiendo cualquiera obtener la información de los mismos. El incumplimiento de la obligación de depósito dará lugar a que no se inscriba en el RM documento alguno referido a la sociedad mientras el incumplimiento persista, exceptuándose títulos relativos a cese o dimisión de ciertos cargos, la revocación o renuncia de poderes, la disolución de la sociedad, nombramiento de liquidadores y a los asientos ordenados por la Autoridad judicial o administrativa. Además se sancionará con multa a la sociedad. Por último la sociedad podrá dar publicidad a las cuentas anuales siguiendo lo establecido en el 222 LSA, ya sean estas abreviadas o no.



## TEMA 14 SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

# 1. INTRODUCCIÓN

# Origen y Evolución histórica

La SRL o SL aparece en el tráfico mercantil en la segunda mitad del S.XIX. La razón de su existencia radica en las dificultades estructurales del régimen legal de la SA para adaptarse a pequeñas empresas, con escasos socios y poco capital; cuya ventaja es la limitación de responsabilidad.

# Sociedad de responsabilidad limitada en España

La existencia de la SL se detecta en la práctica notarial de las primeras décadas del S.XX, con una fugaz alusión en el reglamento del RM, debiendo esperar hasta la ley de 17/07/53 para acceder a la categoría de sociedad tipificada. Esta ley se inspiró en la ley de SA suprimiendo parte de su normativa para mayor flexibilidad. Esta ley fue sustituida por el texto de 23/03/95 que confiere a la SL nuevos caracteres definitorios y diferencias respecto de la SA, convirtiéndose en modelo alternativo. La legislación ha sufrido una modificación para dar paso a un modelo simplificado de SL para pocos socios, escueto capital y sencilla estructura, llamad "nueva empresa"

## 2. CONCEPTO Y CARACTERES

## **Definición**

ART.1 LSRL establece sus caracteres sustanciales. Podemos definirla como una entidad mercantil con personalidad jurídica propia, patrimonio independiente y responsabilidad inmanente, en el que el capital se integra con las aportaciones de los socios quienes reciben aportaciones proporcionales a su aportación y no susceptibles de considerarse valores mobiliarios.

## <u>Características</u>

1. La responsabilidad limitada goza de personalidad jurídica y de independencia patrimonial respecto a los socios. Como atributos tiene nombre, nacionalidad y domicilio propios. Los socios están facultados para elegir una denominación de fantasía o formada con el nombre de sus componentes con la necesidad de añadir SRL o SL (Art.2) y no adoptar una denominación ya existente (existe un registro general de denominaciones, teniendo en cuenta que según el DGRN, identidad no



es sinónimo de coincidencia, sino de riesgo de confusión) respecto a la nacionalidad y domicilio se establece lo mismo que para la SA (Art. 6 y 7)

- 2. Respecto a su naturaleza, opta por el llamado criterio formal por el cual se considera empresario mercantil la SL con independencia de su actividad.
- **3.** Respecto al capital social, existe imposibilidad de los acreedores sociales de perseguir el patrimonio de los socios. Exige un mínimo (Art.4) de 500.000ptas (3.005,8€), sin tope máximo.
- 4. División del capital en participaciones. La participación responde a la aportación de cada socio al capital social y la titularidad e al menos una es necesario para ser considerado socio. Su régimen jurídico se orienta a evitar la fungibilidad de la posición de socio mediante el libre tráfico de las mismas; por ello se prohíbe su materialización en títulos o anotaciones en cuenta libremente transferibles, exigiendo que su cesión se haga mediante escritura pública y si es a persona no vinculada a la sociedad o al transmitente, obtener la conformidad del resto de socios.
- **5.** Los socios no se denominan accionistas. Pueden ser personas físicas o jurídicas. Su número es libre en todo momento, lo que no excluye que en la práctica se limite a unas cuantas personas.

# Ubicación en el cuadro de sociedades mercantiles

Cuestión dudosa es la incardinación en la distinción entre sociedades personalistas y capitalistas basada en la preponderancia al sustrato personal o patrimonial. Se le califica de sociedad híbrida en la que conviven elementos personalistas y capitalistas, desde la perspectiva de la movilidad de los miembros es capitalista y desde la perspectiva de la movilidad de los miembros se asemeja a la personalista.

# 3. FUNDACIÓN DE LA SRL. RÉGIMEN ORDINARIO

## Idea General

Exige para su válida existencia el doble requisito formal de otorgamiento de escritura pública e inscripción en el RM. No se permite el desembolso fraccionado de las participaciones. La LSRL reproduce el esquema de la fundación de la SA, repitiendo incluso preceptos.

Escritura social y estatutos (Art. 12 y 13 LSRL y 175 RRM)



- 1. Respecto a la escritura, todos los fundadores han de comparecer a su otorgamiento y consignar en ella sus circunstancias personales. Han de asumir y desembolsar íntegramente las participaciones, declarar su voluntad de constituirse en sociedad, aprobar los estatutos, describir sus aportaciones, determinar cómo van a organizar la administración si los estatutos prevén varias alternativas e identificar las personas encargadas de gestionar y representar.
- 2. Respecto a los estatutos sociales, se diferencia entre menciones; Obligatorias
  - Denominación social y Objeto social
  - Fecha de cierre del ejercicio social; sino se entenderá que termina el 31/12
  - Domicilio social; si nada se indica en contra, los administradores podrán decidir sobre la creación, supresión o traslado de sucursales.
  - Capital Social; con expresión de las participaciones en que se divida, su valor nominal y numeración correlativa. Podrán tener distinto valor nominal y consagrar un derecho de contribución diferente.
  - Modo de organizar la administración y representación; la Junta General elegirá alguno de los modos tipificados con la posibilidad de modificarlo, aunque levándolo a escritura pública e inscripción registral.

## Y Voluntarias:

- Fecha de comienzo de operaciones y duración de la sociedad; sino se entenderá duración indefinida. Si no se establece fecha de comienzo se entenderán iniciadas el día del otorgamiento de la escritura de constitución.
- Régimen de prestaciones accesorias
- Régimen de transmisión de participaciones sociales
- Disposiciones especiales en materia de usufructo y prenda de participaciones
- Normas particulares sobre convocatoria, lugar de celebración, asistencia, presidencia y voto en las Juntas Generales. Modo de deliberar y tomar acuerdos
- Determinación de las causas de separación de los socios
- 3. Tanto en la escritura como en los estatutos, pueden incluirse los pactos y condiciones que crean convenientes, siempre que no sean contrarios ala ley ni contradigan los principios de la SL.



# Desembolso del capital

El otorgamiento de la escritura debe acompañarse del acto de aportación del metálico, bienes o derechos cuyo valor económico permite la cobertura del capital nominal inicial. Cada socio efectuará aportaciones por valor equivalente al nominal de las participaciones que suscribe, sin permitirse desembolso parcial. Nada impide que el valor de las aportaciones rebase el nominal de las participaciones recibidas a cambio (como participaciones con prima) "participaciones desembolsadas en demasía" cuvo importe constituirá un fondo de reserva por "prima sobre nominal de participación". Se contempla la existencia de la "Prima de asunción" posibilidad e su posible ulterior incorporación al capital social. El desembolso puede realizarse mediante aportaciones dinerarias y no dinerarias. Si se hacen en metálico (Art. 119) hay un régimen de cautelas para acreditar su efectividad, ante notario presentando certificación bancaria acreditativa de haberse constituido depósito a favor de la sociedad. El notario la unirá a la escritura de constitución. Entre el depósito y el otorgamiento de la escritura no pueden pasar más de dos meses.

# Inscripción en el RM. Validez de los actos anteriores a la misma

El proceso fundacional culmina con la inscripción de la escritura fundacional en el RM para que tenga personalidad jurídica (Art.11). El RM competente es la provincia del domicilio social. La inscripción se practicará con vista de la primera copia autorizada de escritura de constitución, luego de haberse presentado a la liquidación del impuesto de Actos jurídicos documentados. A falta de inscripción en el RM surge el problema de la irregularidad de la sociedad. Se aplica lo establecido para la SA.

## 4. FUNDACIONES CUALIFICADAS

## Fundación con aportaciones no dinerarias

Se admite la aportación de trabajo o industria de los socios que se canaliza por una vía distinta al desembolso del capital. Su régimen regulador se contiene en los Art.20 y 21 LSRL. Es necesario describir en la escritura social las aportaciones de esta naturaleza con los datos registrales, la valoración que se les atribuya y la identificación de las participaciones asignadas en pago de las mismas. Se establece una responsabilidad solidaria de los fundadores frente a la sociedad y los acreedores sobre la realidad de las aportaciones y el valor que se le ha atribuido en escritura por un plazo de cinco años.



# Fundación con prestaciones accesorias

En los estatutos podrán establecerse, con carácter obligatorio para todos o alguno de los socios prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, expresando su contenido si se realizan gratuitamente o mediante retribución. Se podrá vincular la obligación de realizar prestaciones accesorias a la titularidad de las participaciones. Cuestiones:

- Son prestaciones sociales, obligaciones asumidas por los socios. Pueden establecerse cuando la sociedad está en funcionamiento (con acuerdo mayoritario)
- 2. Su contenido puede variar dentro de los límites de la licitud. Cualquier obligación consistente en dar hacer o no hacer una cosa.
- 3. Según el sujeto vinculado, se distingue entre prestaciones accesorias de carácter personal que obligan a los socios en cuanto tales al margen de sus participaciones o las vinculadas a la titularidad de determinadas participaciones (obligaciones propter rem)
- 4. Pueden ser gratuitas o retribuidas, si son retribuidas, los estatutos determinarán la cuantía, siempre que no sea superior al valor real de la prestación, especificándose la naturaleza de la retribución a qué cargo de realizará.
- 5. la ley regula el régimen de transmisión de las participaciones cuando su titular se halle vinculado a ellas. Es necesaria autorización de la sociedad por la Junta General.
- 6. El incumplimiento de tales prestaciones será causa de exclusión. Si incumple la sociedad respecto al pago de retribución el socio tendrá derecho de separación.

## 5. LA SRL "NUEVA EMPRESA"

# Consideraciones Generales

Es una modalidad simplificada de SL, creada por la Ley 7/03 para incorporar un nuevo capítulo en la LSRL (Art. 130-144). Pretende dar mayor facilidad legal a la creación de empresas de escasa dimensión y potenciar los efectos de la informática para permitir la fundación de la sociedad en unidad de acto en un periodo no superior a 24-48 horas. Se incorporó el tipo de sociedad "Nueva Empresa"

## Caracteres



- 1. Denominación (Art.131) establece un régimen singular consistente en que se forme con el nombre y apellidos de uno de los socios seguido de un código alfanumérico que permita identificar la sociedad. No se permite denominación de fantasía, ni alusiva a la actividad.
- 2. Objeto social (Art. 132) enumeración de actividades genéricas permitiendo incluir en los estatutos siempre que no estén reservadas a SA, deban ejercerse como objeto único o se trate de sociedades patrimoniales. Los socios podrán incluir cualquier actividad singular distinta a las enumeradas.
- 3. Socios, han de ser personas físicas. Con un número inicial menor de cinco. Si una persona jurídica accede a socio debe desprenderse de las participaciones en tres meses.
- 4. Capital social, en todo momento deberá fluctuar entre 3.012 y 120.202 euros teniendo que desembolsarse en dinero. No se excluyen las aportaciones no dinerarias ni el régimen de participaciones privilegiadas.
- 5. Forma de acreditar la condición de socio (Art.137) se suprime la obligatoriedad del libro-registro, exige documento público de adquisición como función legitimadora de la condición de socio.

# Fundación y organización

El Art. 134 se refiere al otorgamiento de escritura fundacional, a su inscripción en el registro, a la liquidación de impuestos...el llamado "Documento único electrónico" (DUE) en el que se recogen para su emisión por vía electrónica a las distintas dependencias administrativas conocidas, los datos de la sociedad que se funde. Será siempre posible la convocatoria de junta mediante mensaje electrónico. Se prohíbe crear Consejo de Administración. Para ser nombrado administrador se exige la condición de socio, el cargo es retribuido o gratuito, de carácter indefinido o temporal decidido por Junta.

Contabilidad. Modificaciones estatutarias. Disolución. Transformaciones

Art.141 establece un sistema de contabilidad que cumpla las obligaciones fiscales y mercantiles en materia de información sobre la marcha de los negocios sociales. Los estatutos son inmodificables salvo en la denominación, domicilio y capital social. Art. 142 la pérdida de más de la mitad del capital provocará la disolución si es situación que permanece por al menos seis meses. La disolución requiere acuerdo de la junta, solo en determinados casos. La SNE puede transformarse en compañía de otra naturaleza, sería más bien una adaptación.



# 6. LA CUALIDAD DE SOCIO EN LA SRL. LAS PARTICIPACIONES SOCIALES. NATURALEZA Y RÉGIMEN

# Concepto y naturaleza de la participación social

La LSRL establece un sistema de división de cuotas del capital social, llamada participación, cuya titularidad es condición necesaria y suficiente para ostentar la cualidad de socio. La diferencia fundamental con las acciones (ART.5 LSRL) es que las participaciones no podrán incorporarse a títulos negociables o anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones. Las participaciones son acciones no documentadas. Las acciones son instrumento a través del cual se forma parte de la SA; en las participaciones es alrevés, una vez que hay acuerdo para que alguien se incorpore a la SL, se le atribuyen las participaciones. Mientras el accionista es titular de un derecho subjetivo frente a la sociedad, el socio de la SL tiene con ella una relación jurídica contractual de la que no puede desvincularse colocando a otro en su lugar sin el consentimiento de la sociedad.

# Documentación de las participaciones

La adquisición originaria de participaciones, y de la condición de socio, resultará de la escritura de constitución o aumento de capital. Las ulteriores transmisiones deben formalizarse en documento otorgado por notario. La SL debe llevar un Libro-Registro de socios donde quede constancia de los cambios en la titularidad de las participaciones. Su utilidad es de índole probatoria. Está sometido a los requisitos formales de los libros de contabilidad, aunque podrán llevarse por medios informáticos.

# Régimen de transmisión de las participaciones

Tipo intermedio entre las sociedades personalistas y capitalistas. Su régimen recogido en los artículos 29 a 34 LSRL se asienta sobre la distinción entre transmisiones Inter Vivos y mortis causa. Dentro de las transmisiones *inter vivos* se sitúa la llamada transmisión forzosa.

- 1. <u>Transmisión *Inter vivos*</u>; es tarea de los estatutos, aunque se fijan unas pautas. A falta de regulación estatutaria se aplica la ley.
- Si hay regulación estatutaria, se observarán estas reglas aplicables a los supuestos de transmisiones voluntarias de esta naturaleza:



- a) Son nulas las cláusulas estatutarias que hagan libre la transmisión a terceros ajenos a la sociedad, salvo que el adquirente sea cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o si se realiza a favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente (Art. 29.1 y 30 LSRL)
- b) Son nulas las disposiciones estatutarias que hagan intransmisibles las participaciones, salvo que se reconozca al socio el derecho de separarse en cualquier momento (Art. 30.3) o establezca la intransmisibilidad por un periodo no superior a cinco años desde la constitución de la sociedad o desde el aumento del capital (Art. 30.4)
- c) Son nulos los pactos que obliguen al socio que desea transmitir que acepte la operación sobre un número de participaciones distinto al que intenta desprenderse (Art. 30.2)

El Art. 188 RRM permite incorporar cláusulas estatutarias que establezcan derechos de adquisición preferente a favor de todos o alguno de los socios o terceros y hasta las que impongan al socio la obligación de transmitir cuando concurran determinadas circunstancias.

- A falta de regulación estatutaria; la transmisión voluntaria de participaciones se ajustará a las reglas del Art. 29.2 LSRL:
- a) El socio que quiera transmitir deberá comunicárselo a los administradores, indicando las que quiere transmitir, a quien, el precio si es a título oneroso y demás condiciones. Basta cualquier modo fehaciente y dirigido a quien corresponda de esta información.
- b) Recibida la comunicación, los administradores someterán la cuestión a la Junta General que deberá celebrarse en los tres meses siguientes. Solo podrá oponerse si presenta persona dispuesta a adquirir la totalidad de las participaciones o la sociedad se compromete a ello. Los socios concurrentes a la Junta tendrán preferencia para su adquisición. Al transmitente deberá notificársele la decisión si no participó en ella, aun sin derecho a voto. Deberá formalizarse la venta en el siguiente mes. Transcurridos tres meses, si la Junta no delibera, el transmitente podrá transmitirlas libremente.
- c) En cuanto al precio que se ha de recibir, hay que distinguir si la proyectada por el socio y no aceptada por la Junta era a título de compraventa u otro. en el primer caso, el transmitente tiene derecho a percibir igual suma que la ofrecida por tercero y en iguales plazos. En los demás casos, el precio se ha de determinar atendiendo al valor razonable de las participaciones que será fijado por vía pericial.



- 2. <u>Transmisión Forzosa</u>; Art. 31 supuesto de transmisión vinculado a un procedimiento de apremio (judicial o administrativo) por el que se venden en pública subasta sus participaciones. Se reconoce un derecho de tanteo a favor del resto de socios y de la sociedad. Realizado el embargo, el juez lo notificará a la sociedad, haciendo constar la identidad del embargante y de las participaciones embargadas. La sociedad lo hará constar en el Libro-Registro y lo comunicará a los socios.
- 3. <u>Transmisión mortis causa</u>; Art. 32 el heredero o legatario adquiere la condición de socio, cualquiera que sea la relación que le una con el causante. Los estatutos pueden establecer un derecho de adquisición a favor de los socios sobrevivientes, que deberá ejercerse en un plazo de tres meses y que exigirá le pago al contado del valor de las participaciones de que era titular el causante.\_
- 4. <u>Modificación del régimen de transmisión</u>; la sociedad puede acordar establecer un régimen estatutario de transmisión de participaciones o la modificación del existente. Art.33 el nuevo régimen solo será aplicable a las transmisiones que se produzcan con posterioridad.
- 5. <u>Efectos de la inobservancia de la normas legales o estatutarias</u>; Art. 34 ineficacia frente a la sociedad de la transmisión de participación efectuada en contravención de normas legales o estatutarias.

# Derechos reales sobre participaciones

El régimen de copropiedad, usufructo, prenda y embargo de participaciones se regula en los Art. 35-38 LSRL. Similar a las de las SA, remitiéndose a sus normas.

## Autoparticipación, participación invertida y participación recíproca

Art. 39-42 LSRL. Prohibición de cualquier negocio de adquisición a título originario de participaciones propias o participaciones emitidas por sociedad dominante (la que se encuentra en alguna hipótesis del Art. 42). Si para burlarlo, se acude a persona interpuesta, los fundadores y administradores deberán rembolsar el importe de las participaciones, a no ser que acrediten no haber incurrido en culpa. La responsabilidad cesa si la persona interpuesta o sociedad dominante repara el quebranto patrimonial. En cuanto a la adquisición derivativa, solo se admite en ciertos casos: si se realiza a título gratuito en pago de un crédito reclamado judicialmente integrada en un



patrimonio recibido en su conjunto; como medio de ejecutar un acuerdo de reducción de capital; como consecuencia del ejercicio del derecho de tanteo en la transmisión forzosa; en caso de separación o exclusión; por ejercicio del derecho de adquisición preferente. Las participaciones propias así adquiridas deben ser objeto de amortización en plazo de tres años. En cuanto a las de la sociedad dominante, ser enajenadas en el año siguiente a su adquisición. Le está vedado a la sociedad aceptar en garantía participaciones o prestar asistencia financiera para su adquisición. Respecto al régimen de participaciones recíprocas, la remisión a las disposiciones de la SA es total, al igual que en materia de sanciones.

## 7. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS

## Introducción

La condición de socio comporta un conjunto de derechos. Se permite la existencia de participaciones privilegiadas y establecer por vía estatutaria desigualdades en el ejercicio del voto, distribución de dividendos...por la Ley 7/2003 se da entrada a las participaciones sin voto. Los derechos del socio se agrupan en derechos económicos o patrimoniales y políticos o administrativos. Como intermedio está el derecho de suscripción preferente.

# Derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales

Son las obtenidas por la sociedad en ejercicios económicos que no hayan de enjugar pérdidas anteriores acumuladas y que la Junta haya acordado distribuir entre los socios. Se prevé que ante la carencia de beneficios en una anualidad se acuerde repartir las reservas. El Art. 85 establece que la distribución de dividendos se realizará en proporción a la participación de cada socio, salvo la existencia de participaciones privilegiadas.

## Derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación

Derecho económico relacionado con la causa del contrato de sociedad. Art. 119 y 120 precisan la forma en la que se ha de recibir la cuota de liquidación y el momento de su abono. Pudiendo establecerse reparto en especie.

Derecho a la adquisición preferente de participación en los aumentos de capital

Art. 75 permite al socio que mantenga la proporción de interés en la sociedad antes y después del aumento y evitar que sobre las reservas acumuladas



participen nuevos socios. "en los aumentos de capital con creación de nuevas participaciones cada socio tendrá derecho a asumir un número de participaciones proporcional al valor nominal de las que tiene" es un derecho transmisible.

# <u>Derecho de asistencia y voto</u>

"Todos los socios tienen derecho a asistir a la Junta General", no se admiten limitaciones estatutarias por razón del número de participaciones. Puede ejercitarse por representación, pero salvo autorización estatutaria, recaerá en otro socio, cónyuge, ascendiente, descendiente o persona con poder general para administrar el patrimonio de aquel. Las formalidades son documento público o especial, mediante simple escrito. Respecto a l voto, cada participación da derecho a emitir voto, con independencia de su valor nominal. Pero puede haber privilegios. Se contempla la suspensión del derecho de voto (Art. 52) cuando se trate de deliberar en Junta determinadas cuestiones cuando el socio pueda estar en una situación de conflicto de intereses.

# Derecho de información

Art. 51, respecto al examen de la contabilidad anual: obtención inmediata y gratuita desde que se convoca la Junta sobre la aprobación anual de cuentas, del informe de gestión de los administradores y el de auditoria y facultad del socio que representen al menos el 5% del capital para el examen en el domicilio social de los antecedentes que sirven de soporte a la contabilidad anual.

## Obligaciones de los socios

No se determinan obligaciones a cargo de la generalidad de los socios. La obligación de desembolso de capital en el acto constitutivo es imprescindible para considerarse socio, que ha de efectuarse en su totalidad.



# LECCIÓN 15 SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (Continuación)

## 1. ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD. LA JUNTA GENERAL

<u>REGLA GENERAL</u>: El sistema de formación de la voluntad social responde a la idea corporativa que subyace también en la anónima: todos los socios tienen derecho a contribuir a ella y las decisiones se toman por mayoría, simple o reforzada, según los casos (Art.43)

<u>COMPETENCIA DE LA JUNTA</u>: el Art.44 enumera siete cometidos concretos y consagra una cláusula final y residual que deja abierta su competencia a cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos. Los cometidos naturales se refieren a la designación y control de los administradores:

- a.- la censura de la gestión social, la aprobación de las cuentas anuales y la aplicación del resultado.
- b.- el nombramiento y separación de los administradores, liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos.
- c.- la autorización a los administradores para el ejercicio, por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo, o complementario género de actividad que constituya el objeto social.
- Y a los grandes acontecimientos de la vida social sobre modificaciones estatutarias, transformación, fusión, escisión y disolución de la sociedad:
  - d.- la modificación de los estatutos sociales.
  - e.- el aumento y la reducción del capital social.
  - f.- la transformación, fusión y escisión de la sociedad.
  - g.- la disolución de la sociedad.
  - h.- cualesquiera otros asuntos que determine la Ley o los estatutos.

La junta conserva una posición jerárquica frente a los administradores, como determina el Art.44.2: la junta general podrá impartir instrucciones al órgano



de administración o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones.

# Requisitos de convocatoria y celebración de Juntas

<u>La INICIATIVA</u> les corresponde a los administradores o, en su caso, a los liquidadores, por decisión propia o a requerimiento de socios que representen al menos la vigésima parte del capital social. Si los administradores omiten la convocatoria de una junta, sea legal o estatutaria, cualquier socio puede acudir al juzgado para que supla la omisión denunciada, previa audiencia de los administradores. También pueden acudir al juez los socios minoritarios que, habiendo solicitado la convocatoria de junta, fueran desatendidos por los administradores, así como cualquier socio cuando por fallecimiento, incapacidad o renuncia de los miembros del órgano de administración, sea imposible proceder a la convocatoria.

La FORMA Y CONTENIDO de la convocatoria se regula en el Art.46: debe hacerse mediante anuncio publicado en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación de la localidad del domicilio social con la antelación mínima de 15 días a la fecha de reunión, indicando además del nombre de la sociedad, fecha, hora y local, la población del domicilio social donde deba celebrarse, así como el orden del día. La Ley permite en su Art.47 que los estatutos sustituyan el doble anuncio si especifican el medio e incluso que se sustituya por comunicación individual y por escrito con garantía de recepción, con indicación del remitente enviado a los socios, al menos 15 días antes de la reunión. Las formalidades decaen cuando se den los presupuestos para la aplicación del mecanismo de la junta universal regulado en el Art.48. No se establece distinción entre juntas ordinarias y extraordinarias como ocurre en la LSA.

La <u>ASISTENCIA</u> puede ser personal o por representación (Art.49), sin que exija quórum mínimo para la válida constitución, aunque éste resulta reclamado indirectamente al requerirse la aquiescencia de 1/3 del capital para la adopción de acuerdos ordinarios.

ADOPCIÓN Y FORMALIZACIÓN DE ACUERDOS: la regla general (Art.53.1) es que la validez del acuerdo exige mayoría formada, al menos, con el voto favorable de socios que representen 1/3 de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital. Hay casos en los que la Ley exige mayoría cualificada: la absoluta para las modificaciones estatutarias y la reforzada de 2/3 para la transformación, la fusión y la escisión de la sociedad, la supresión del derecho de adquisición preferente en los aumentos de capital,



la exclusión del socio y la exoneración a los administradores del deber de no hacer competencia a la sociedad. El legislador admite modificaciones estatutarias y pueden consistir para todos o algunos acuerdos, salvo la separación de administradores o la exigencia de su responsabilidad, en quórum superior al legal, siempre que no alcance la unanimidad. Los acuerdos adoptados deben reflejarse en acta que será de obligado cumplimiento para la sociedad, los administradores y los socios a partir de la aprobación.

<u>IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DE LA JUNTA</u>: La ley ha optado en su Art.56 por la remisión en bloque a los preceptos correspondientes de la LSA.

# 2. EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

El sistema de administración puede organizarse mediante administrador único, varios administradores con facultades solidarias o conjuntas o un consejo de administración. En este último caso, compete a los estatutos determinar el régimen de organización y funcionamiento. Los estatutos pueden permitir diversos modos de administrar y compete a la junta la facultad de elegir en cada momento el que considere más adecuado. El modo elegido y sus ulteriores cambios, aunque no suponen una modificación estatutaria, deben consignarse en escritura pública e inscribirse en el RM.

ESTATUTO PERSONAL DEL ADMINISTRADOR: el nombramiento de administrador compete exclusivamente, bien a la escritura fundacional, o bien a la junta, que, salvo prohibición estatutaria, puede designar a persona físicas o jurídicas, aunque no sean socios, siempre que no estén afectos por las prohibiciones e incapacidades del Art.58.3. La designación debe inscribirse en el RM, si bien surte efecto desde la aceptación. Si los estatutos no lo prohíben, pueden nombrarse suplentes en previsión del cese de alguno o algunos de los titulares durante el período de mandato y para cubrir lo que reste de éste. El cargo puede ser de duración determinada o indefinida. La separación puede acordarse libremente por la junta, con la mayoría ordinaria o la reforzada que exijan los estatutos, que nunca podrá ser superior a 2/3 del capital social (Art.68)

En el ejercicio del cargo, los administradores actuarán con la diligencia de un ordenado comerciante y representante leal, debiendo guardar secreto de las informaciones confidenciales que posean, aún después de haber cesado (art. 61 LSRL). Salvo expresa autorización de la junta, no pueden dedicarse por cuenta propia o ajena a actividades idénticas, análogas o complementarias de las que constituyen el objeto social. De no mediar previsión estatutaria, el cargo es gratuito. Se puede optar en los estatutos por un sistema de



retribución a tanto alzado o como participación en beneficios. Al margen de las funciones propias de su cargo, el administrador puede celebrar contratos con la sociedad, pero su validez se subordina a la aprobación por la junta (Art. 67) El administrador único o cualquiera de los administradores solidarios podrá por sí sólo representar a la sociedad con plenitud de facultades. En caso de administración mancomunada, se precisará la concurrencia de, al menos, dos de los administradores, cualquiera que sea el número de éstos. Tratándose de consejo de admón., la facultad de representación corresponde al propio órgano colegial, aunque los estatutos pueden atribuir la representación a alguno o algunos de sus miembros.

La representación se extiende a toda clase de actos y contratos que realice la sociedad, aunque excedan del objeto social o de eventuales limitaciones impuestas por los estatutos. La sociedad no podrá invocar tales limitaciones para exonerarse de obligaciones contraídas en su nombre por sus administradores. (Art.63) En materia de responsabilidad de administradores (Art.69) y de impugnación de acuerdos del consejo (Art.70), la LSRL contiene expresas remisiones a las mismas materias en SA.

#### 2. MODIFICACIONES ESTATUTARIAS

# 2.1 REQUISITOS GENERALES A LAS MODIFICACIONES ESTATUTARIAS

- A.- Con las únicas excepciones del traslado de domicilio dentro del mismo término municipal (Art.77.1) y la reducción de capital social por efecto de la separación de un socio (Art.102.1), que son competencia de los administradores, cualquier modificación de los estatutos debe ser acordada en junta general, en cuya convocatoria han de expresarse con la debida claridad, los extremos que hayan de modificarse.
- B.- El acuerdo ha de adoptarse con la mayoría absoluta de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.
- C.- Cuando la modificación implique nuevas obligaciones para los socios o afecte a sus derechos individuales, el acuerdo deberá adoptarse con el consentimiento de los interesados o afectados (Art.71. 1 2°)
- D.- Determinadas modificaciones trascendentales de los estatutos comportan el derecho de separación de los socios. Los propios estatutos pueden incorporar otras causas de separación (Art.95 y 96)



E.- El acuerdo de modificación estatutaria debe constar en escritura pública que ha de inscribirse en el RM.

#### 2.2- AUMENTO DE CAPITAL

El aumento exige el cumplimiento de la normativa específica contenida en los Art. 73 a 78:

- 1. Distinguir la incidencia del acuerdo sobre el patrimonio social, de una parte, y la repercusión sobre las participaciones, de otra. Por lo que respecta a la primera cuestión, caben como en la SA, dos posibilidades:
  - Que la operación se financie con reservas, beneficios o plusvalías, en cuyo caso el patrimonio disponible permanece idéntico antes y después de la reforma estatutaria (aumento NOMINAL o CONTABLE).
  - Que la operación se haga con ingreso de nuevos elementos en el activo de la sociedad por efecto de nuevas aportaciones dinerarias o en especie (aumento REAL o EFECTIVO).

En ambos casos el reflejo de las participaciones sociales puede hacerse:

- Aumentando el valor nominal de las preexistentes, algo que sólo sería posible en el caso del aumento contable, salvo que exista voluntad unánime de los socios en el procedimiento, pues, de lo contrario se estaría obligando a los disconformes a efectuar aportaciones complementarias contra su voluntad.
- Creando nuevas participaciones.
- 2. Normas destinadas a garantizar a favor de los socios y de los terceros la efectividad del contravalor del aumento acordado:
  - a.- Si hay aportaciones dinerarias rige la norma del art. 19.2: ha de acreditarse ante notario autorizante de la escritura del aumento, mediante certificación bancaria, que se ha desembolsado el capital incrementado.
  - b.- Cuando se realice por compensación de créditos, han de ser líquidos y exigibles por su total importe. Los administradores



prepararán un informe circunstanciado sobre su naturaleza, cuantía, titular, contraprestación que éste recibe en participaciones y manifestación de su preexistencia en la contabilidad social.

- c.- Si consiste en aportación de bienes o derechos se preparará igual informe con datos sobre su descripción, valoración, titularidad, contraprestación y garantías sobre su efectividad.
- d.- Si se trata de incorporar al capital reservas o primas de emisión, habrá de operarse sobre un balance que las refleje.
- e.- En materia de aportaciones no dinerarias rige un estricto sistema de responsabilidad solidaria sobre realidad y valoración a cargo del aportante, de los demás socios y de los administradores.
- 3. A los socios les asiste el derecho de adquisición preferente de las participaciones creadas por efecto del aumento de capital, salvo cuando se deba a la absorción de otra sociedad o de un patrimonio escindido de ésta, en cuyo caso las participaciones de nueva creación están destinadas a los socios de la absorbida o a los titulares del patrimonio que se integra por efecto de la escisión. El derecho de suscripción preferente es transmisible inter vivos, siempre que el adquiriente sea persona hábil con arreglo a la ley y a los estatutos para advenir la condición de socio. De no ejercerse el derecho de adquisición preferente, se establece una segunda vuelta para participaciones que hubieran quedado vacantes. Los aspirantes serán los que hicieron uso de su derecho de preferencia, quienes deberán manifestarse en plazo no inferior a 15 días. Si hubiera exceso de demanda se prorrateará entre los concurrentes. Los administradores podrán, en los 15 días siguientes, adjudicar las participaciones que resten tras esta segunda vuelta a personas hasta entonces extrañas a la condición de socio. La junta general puede acordar su supresión total o parcial cuando concurran razones para ello, según informe que deberán rendir los administradores y siempre que se garantice que con su supresión no se cause perjuicio económico a los socios, porque los adquirientes de las nuevas participaciones resultantes del aumento se les exige aporten a la sociedad en concepto de desembolso y prima, cantidad equivalente al valor real de las participaciones preexistentes.
- 4. La operación de aumento de capital culmina con su ejecución. Puede suceder que haya quedado una fracción del capital. En tal caso, el aumento se entenderá realizado respecto de las participaciones colocadas y quedará sin efecto por el resto, a no ser que en el acuerdo otra cosa se hubiera establecido. A los administradores compete el otorgamiento de la correspondiente



escritura pública que ha de reflejar conjuntamente el aumento y su ejecución.

## 2.3 REDUCCIÓN DEL CAPITAL

Se regula en los Art. 79 a 83:

- 1. Se diferencian dos modalidades de reducción de capital, según que por efecto de la medida el patrimonio social sufra alguna merma en su cuantía o se mantenga idéntico antes y después de la ejecución de la operación. Debemos llamar a la primera reducción real o efectiva y a la segunda nominal o contable. En la SL sólo se conoce y disciplina una modalidad por cada uno de los dos tipos: la reducción real por restitución de aportaciones y la que tiene por objeto acomodar el importe de capital al valor del patrimonio neto, cuando, por razón de pérdidas, éste no alcance a cubrir la suma representada por aquél (nominal o contable). Esta última tiene como función económica evitar que la sociedad aparente frente a terceros una solidez patrimonial que no coincide con la realidad. En cuanto a la reducción por restitución de aportaciones, pretende reintegrar a los socios una fracción de lo que en su día cedieron a la sociedad por no precisar ésta de tales fondos en su actividad ordinaria. La ley exige un tratamiento paritario de todas las participaciones: que la disminución del capital se reparta proporcionalmente entre aquéllas, atendiendo al valor nominal de cada una. De esta regla sólo puede prescindirse con el consentimiento unánime de los socios.
- 2. Cuando la reducción suponga una merma del patrimonio social, la operación puede involucrar los intereses de los acreedores. Para su salvaguardia la ley establece un sistema en su Art.80 que resulta algo confuso. Involucra por un período de cinco años a los socios reembolsados en una responsabilidad solidaria entre sí y con la sociedad respecto a las deudas sociales anteriores a la reducción y hasta el importe de las sumas percibidas en calidad de reembolso. Esta responsabilidad cesa si al acordarse la reducción se constituye una reserva indisponible por igual importe e idéntico plazo, nutrida con cargo a efectivos de libre disposición. Tal vez hubiera sido mejor reproducir el sistema de protección de los acreedores que recoge el Art.166 de la LSA, basado en el llamamiento a la oposición, prohibiendo toda disposición sobre el patrimonio de la sociedad hasta que se garantice o satisfagan los créditos de los oponentes. Este último sistema se recoge en el Art.81 LSRL pero con carácter voluntario, si los estatutos lo contemplan.
- **3.** Cuando la reducción tiene como finalidad restablecer el equilibrio entre capital y patrimonio quebrantado por efecto de pérdidas, no hay problema de protección de acreedores, ya que nada sale del acervo de la compañía. En la



reducción por pérdidas lo trascendental es que las mismas, tanto en su existencia como en su cuantía, resulten de balance aprobado, reciente y fiable.

**4.** La reducción de capital por debajo de la cifra mínima de 3.005 euros se condiciona su validez a la simultánea operación de aumento o a la transformación de la compañía en otro tipo de sociedad.

## 3. CUENTAS ANUALES

En materia de contabilidad la LSRL no contiene disposiciones específicas. El Art.84 contiene una remisión en bloque a las correlativas disposiciones de la LSA. El Art.85 tiene la utilidad de refrendar la posibilidad de existencia de participaciones privilegiadas, consistiendo el privilegio e un trato favorable en materia de distribución de beneficios. El Art.86 representa una concreta aplicación del derecho de información del socio sobre las cuentas anuales.



## TEMA 16 LA SOCIEDAD UNIPERSONAL (SA Y SRL)

## 1. INTRODUCCIÓN

Las razones del reconocimiento legislativo de la unipersonalidad son:

- 1. la transposición de la Directiva Comunitaria 89/667/CEE de 21 de diciembre de 1989, la cual ha venido a posibilitar que un empresario individual, distinto del naviero, pudiera aprovecharse de la limitación de responsabilidad de las sociedades capitalistas.
- 2. la presión de las pymes para que el empresario individual pudiera limitar su responsabilidad.
- **3.** la conveniencia de la unipersonalidad originaria para facilitar la continuidad de la empresa frente al supuesto de que el socio, persona natural, fuera el titular directo de la empresa.
- 4. en el campo de los grupos de sociedades: para la creación de sociedades con objetos distintos exigidos a veces por el ordenamiento (caso de las financieras); por la racionalidad de la explotación económica (caso de querer separar la actividad industrial de la comercial); cuando se pretende fundar una filial que, por actuar en país distinto al de la matriz, está sometida a régimen jurídico distinto.

No olvidemos que la unipersonalidad originaria era reconocida en la LSA de 1951 para las SA creadas por ente público, y la unipersonalidad sobrevenida era admitida con reservas por la misma ley. No obstante, la imposibilidad en forma originaria para SA no creadas por ente público o para SRL, se superaba en cierta medida mediante el uso de socios testaferros o fiduciarios que transmitían al socio dominante tras la fundación, quedando así como socio único. Se reconocen dos sociedades unipersonales: SAU Y SRLU:

- SRLU: a ella se dedica el capítulo XI de la ley 2/1995 ó LSRL.
- SAU: en el Art.311 de la LSA (capítulo XI), se dice que será de aplicación a la SAU lo dispuesto en el capítulo XI de la LSRL (salvo para las de titularidad pública); lo que no debe llevarnos a confusión, ya que con independencia de esas normas comunes, cada sociedad tiene un régimen distinto (son sociedad anónima o limitada).

#### 2. CLASES DE SOCIEDADES UNIPERSONALES

Señalaremos 3 criterios:

1. Tendremos unipersonalidad originaria o sobrevenida: el Art.125 dice que se



entiende por sociedad unipersonal: a) la constituida por un único socio, persona natural o jurídica -originaria, ya que lo es desde la constitución de la sociedad; b) la constituida por dos o más cuando todas las participaciones hayan pasado a la propiedad exclusiva de un único socio, o, siendo varios, éstos tengan la consideración de sociedades unipersonales- sobrevenida.

- 2. según el tipo social: SA o SRL
- **3**. según la sociedad sea constituida, o poseída, por una persona natural o jurídica (en el caso de ente público tienen régimen jurídico especial) III. RÉGIMEN JURÍDICO

## Constitución de la sociedad unipersonal originaria

Aparece en este caso un negocio jurídico unilateral, cuya esencia es la declaración unilateral de voluntad de una persona tendente al nacimiento de una sociedad con su personalidad jurídica. Al no existir contrato de constitución de la sociedad, la escritura adopta la forma notarial de acta. La voluntad del socio ha de ser efectiva, porque de lo contrario sería causa de nulidad. La constitución ha de ser mediante escritura pública que se inscribirá en el RM En tal inscripción, y en la escritura de constitución ha de identificarse necesariamente el socio único.

## Necesaria constancia en el RM de la unipersonalidad sobrevenida

Es necesario que en caso de haber pasado un único socio a ser propietario de todas las acciones o participaciones, la declaración de que la sociedad ha sobrevenido unipersonal conste en el RM. El incumplimiento de este deber trae graves consecuencias, y es que transcurridos seis meses desde la adquisición del carácter unipersonal sin haberse inscrito hace que el socio único responda personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad. Una vez inscrita esta condición, el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad. Los Registradores Mercantiles han de remitir al RM Central en los tres días siguientes a la práctica del asiento, los datos relativos a: la inscripción de la sociedad unipersonal, la identidad del socio único, y la adquisición o pérdida de la condición de unipersonalidad, el cambio de socio único, así como su identidad. Todos estos datos se han de publicar en el BORME.



## <u>Publicidad de hecho de la unipersonalidad</u>

La ley exige además de la publicidad del RM, que la sociedad haga constar expresamente la condición en toda su documentación, correspondencia, notas de pedido, facturas y todos los anuncios que haya de publicar por disposición legal o estatutaria. El incumplimiento de esto último será la responsabilidad de la sociedad de los daños y perjuicios que la omisión pueda causar.

## Órganos de la sociedad

Serán los previstos en el régimen general del tipo social. Así que el socio único podrá confiar la admón. a terceros, y esto será necesario cuando los estatutos hayan configurado el órgano de admón. compuesto por más de una persona. En cuanto a la Junta General, el socio único ejerce sus competencias por medio de las decisiones que dentro de éstas adopte, luego las decisiones del socio valdrán como decisiones de la junta, y así aparecerán en el libro de actas con su firma o la de su representante y la de los administradores si fueran distintos del único titular del capital social.

#### Contratación del socio con la sociedad

Los contratos celebrados entre el socio y la sociedad tienen que cumplir:

- 1. constar por escrito o en la forma documental exigida por ley
- 2. transcribirse a un libro registro de la sociedad, que habrá de ser legalizado conforme a los libros de actas de las sociedades.
- **3.** que en la memoria anual se haga referencia expresa e individualizada a estos contratos, indicando su naturaleza y condiciones.

En caso de concurso del único socio, no serán oponibles a la masa los que no hayan sido transcritos al libro-registro y no se hallen referenciados en la memoria anual depositada en el RM. Durante los dos años a contar desde la fecha de celebración de los contratos, el socio responderá frente a la sociedad que directa o indirectamente haya obtenido en perjuicio de la sociedad como consecuencia de dichos contratos.

## Cambio del socio único y pérdida de la unipersonalidad

En el caso de cambio del socio único, la transmisión de sus participaciones o acciones a otra persona, ha de constar en escritura pública que se inscribirá en el RM, expresando en la inscripción la identidad del socio nuevo.



Si el socio transmitiera parte de sus acciones o participaciones a otra u otras personas, la sociedad entraría en el régimen general al existir pluralidad de socios, por eso, la transmisión ha de constar en escritura pública que se inscribirá en el RM

## Régimen de las sociedades unipersonales cuyo socio sea un ente público

La ley establece un régimen especial más beneficioso cuando el socio único sea un ente público (Estado, CCAA, Corporaciones Locales) o una entidad que de él dependa, consistente en <u>no aplicar</u> determinadas normas:

- a) tener que hacer constar la situación de unipersonalidad en su documentación, correspondencia y anuncios
- b) inoponibilidad a la masa en caso de la sociedad o del socio de los contratos no transcritos al libro-registro
- c) la responsabilidad del socio único frente a la sociedad de la ventajas que haya obtenido de los contratos celebrados con ésta en su perjuicio
- d) la responsabilidad del socio único de las deudas sociales en el caso de que no se inscriba en el R. Me la unipersonalidad sobrevenida



# LECCIÓN 17 SOCIEDADES CON BASE MUTUALISTA Y LAS FUNDACIONES

#### 1. LA SOCIEDAD CORPORATIVA

Dejando de lado las bases ideológicas y movimientos que favorecieron e incluso elaboraron el concepto de cooperativa, la ACI define este tipo de sociedad como

"Una asociación autónoma de personas que se han unido de forma voluntaria para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales en común, mediante una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática".

Por su parte, la Ley 27/1999 de Cooperativas (LCoop.) otorga la siguiente definición (Art.1.1): "Una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático"

En cuanto a su clasificación, se realiza normalmente atendiendo a dos criterios:

## Nivel de integración

- o Primer grado: Todos los socios lo son directamente.
- o Segundo grado: Alguno de los socios es otra cooperativa.

## • Objeto de la cooperativa

- o Cooperativa de consumidores y usuarios: Mutualiza el consumo
- o Cooperativa de Viviendas: Mutualiza la necesidad de alojamiento
- Cooperativa de crédito: Mutualiza el uso de servicios financieros activos y pasivos
- o Cooperativa de Trabajo asociado: Mutualiza el trabajo
- o Cooperativas sanitarias: Ejercicio y uso
- o Cooperativas de enseñanza

Sobre su régimen legal, la Constitución tan sólo establece el vago mandato al poder legislativo de fomentarlas (129.2). La doctrina discute si han de considerarse o no mercantiles, el Art. 124 del Código de comercio dice: "Las compañías mutuas de seguros contra incendios, de combinaciones tontinas sobre la vida para auxilios a la vejez, y de cualquiera otra clase, y las cooperativas de producción, de crédito o de consumo, sólo se considerarán mercantiles, y quedarán sujetas a las disposiciones de este Código, cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad o se convirtieren en



sociedades a prima fija."

La importancia de considerarla o no sociedad mercantil es que entre las materias exclusivas de competencia estatal del 149.1 (la 6ª) CE está la legislación mercantil. La jurisprudencia ha optado por no considerarlas mercantiles por lo que la ley 27/1999 resulta de aplicación supletoria en aquellas CCAA que no hayan ejercido la competencia o que tengan lagunas en la regulación de las cooperativas. La cooperativa se constituye (no sé si esto es necesario...) mediante contrato entre las partes. Se exige un mínimo de 3 miembros en las de primer grado y de 2 en las de segundo grado. Adquiere personalidad jurídica mediante la inscripción en el registro de cooperativas para el cual hay que aportar escritura de constitución en el plazo de un mes. Tras el cumplimiento de todos los requisitos (contenido mínimo escritura Art.10 LCoop, cumplimiento de principios, contenido mínimo estatutos Art.11 LCoop, exigencias legales propias de cada tipo de cooperativa...) y la presentación de la documentación pertinente, el registro resolverá la inscripción o denegación y habrá de notificar en un máximo de 6 meses.

## Existen distintos tipos de socios:

- Socio ordinario, común o de pleno derecho (Art.12.1LCoop.): Persona física, jurídica pública, privada, e incluso, comunidad de bienes.
- Socio colaborador (Art.14LCoop.): Persona física o jurídica que desarrolla actividades auxiliares a la principal.
- Socios ordinarios con un vínculo temporal

Entre los principios de la cooperativa encontramos en el "puerta abierta", es decir, alta (derecho a solicitar la admisión, no a ser admitido, y si no se deniega, se considera admitido.) y baja voluntaria. La baja también puede ser forzosa si concurren requisitos legal o estatutariamente previstos o por sanción en procedimiento disciplinario. Sobre la baja voluntaria, los estatutos pueden fijar la obligación de avisar con antelación (no superior a un año) y, también, un período mínimo de permanencia (no superior a cinco años)

En las cooperativas existen órganos sociales necesarios y órganos contingentes o potestativos. Voy a limitarme a nombrarlos y apuntar sus características básicas.

El primero de los necesarios es la <u>Asamblea General</u>. Allí se pone de manifiesto el principio democrático (no timocrático) mediante la reunión de todos los socios. Legalmente constituida en primera vuelta con la presencia de la mitad de los votos y en segunda con un 10%. Su competencia en Art. 21.2. Adopta acuerdos por la mitad de los votos válidamente expresados excepto en algunos supuestos en que se exijan mayorías superiores. El <u>Consejo Rector</u> es



el órgano de administración (como un ejecutivo). Gobierno, gestión y representación. Su composición se elige en estatutos (respetando el contenido legal mínimo). Presidente, Vicepresidente y Secretario (si sólo son 3 miembros uno será presiente y otro secretario, sin vicepresidente). Los consejeros son elegidos por la Asamblea General por un periodo (Estatutos) entre 3 y 6 años. Excepcionalmente puede ser consejero un no socio pero no más de un tercio del consejo puede carecer de esa condición. Los Interventores son el órgano de fiscalización. Se encargan sobretodo de controlar las cuentas anuales y el informe de gestión. La cooperativa puede dotarse de cualquier otro órgano que considere oportuno. La ley crea para uso potestativo el Comité de Recursos que se encarga de tramitar y resolver recursos contra las sanciones impuestas a los socios por el Consejo Rector.

El régimen económico de la cooperativa se articula de forma similar al de otra sociedad. Existe un capital social, formado por las aportaciones que los socios (dinerarias o no) se obligaron a entregar en el contrato inicial. Las diferencias con la SA, por ejemplo, es que el capital aportado no incide en la "fuerza" del derecho a voto (aquí es uno por cabeza) y que el principio de puerta abierta convierte a este capital social en algo mucho más fluctuante que el de otras sociedades.

Las aportaciones iniciales y las voluntarias deben desembolsarse íntegramente, las obligatorias sucesivas en un 25%. La financiación de la cooperativa, además de por todo lo que integra el capital social, puede componerse de aportaciones distintas de las anteriores, participaciones subordinadas y obligaciones y otros títulos participativos (Art. 52 a 54)

Además de todo esto, existen los denominados fondos sociales, algunos obligatorios y otros voluntarios. Los obligatorios son:

- El fondo de Reserva Obligatorio: Destinado a consolidación, desarrollo y garantía de la cooperativa. Es irrepartible y se forma con:
  - Porcentajes de excedentes cooperativos y extraordinarios fijados por estatutos
  - Deducciones sobre aportaciones obligatorias al capital social en la baja no justificada de socios
  - Cuotas de ingreso de los socios, si las hay.
  - o Resultados de determinadas operaciones (Art. 79.3.2)
- Fondo de Educación y Promoción: Para la formación y educación de los socios y para la promoción cultural, profesional y asistencial del entorno así como la difusión del corporativismo.



Las cooperativas pueden participar en procesos de fusión, escisión y transformación. La fusión será homogénea si es con otra cooperativa y heterogénea si es con una sociedad de otra naturaleza. Las homogéneas pueden ser por creación o absorción. Para llevarla a cabo, el Consejo Rector elabora y aprueba el proyecto de fusión (que ha de cumplir ciertos requisitos legales) y lo somete a la aprobación, por dos tercios de los votos, de la Asamblea General. Se publica en el BOE y el un periódico y se eleva a escritura pública inscribiéndolo además en el Registros de Sociedades Cooperativas. Los acreedores pueden oponerse y los socios que votaron en contra tienen derecho de separación. La escisión puede ser total o parcial. La total implica una extinción de la sociedad sin liquidación. El patrimonio de la cooperativa se traspasa en bloque a las cooperativas de nueva creación, o se absorben por otras ya existentes o se integran con otras partes escindidas de otras cooperativas para formas una nueva. En los dos últimos casos, se denomina escisión – fusión. La escisión parcial no supone la disolución de la cooperativa "madre". Parte del patrimonio y de los socios se marchan traspasándose en bloque o segregado a otras cooperativas nuevas o ya existentes. La transformación supone la transformación de la cooperativa en cualquier otro tipo de sociedad o la conversión de una sociedad mutua en una cooperativa. La personalidad jurídica se conserva en ambos casos.

El fin de la cooperativa se da en tres fases: disolución, liquidación y extinción. (Cabe la posibilidad de que no haya liquidación como en los tres casos anteriores)

La ley marca unas causas de disolución:

- Cumplimiento del plazo fijado en los estatutos (cabe prorrogarlo)
- Acuerdo de la Asamblea General
- Paralización de los órganos sociales o de la actividad durante dos años sin causa justificada
- Reducción del número de socios por debajo del mínimo sin que se reestablezca en un año
- Realización del objeto social o imposibilidad del cumplimiento
- Fusión, escisión o absorción total
- Cualquier otra causa en ley o estatutos

Una vez se disuelve la sociedad, comienza la liquidación. La Asamblea designa a los liquidadores que elaboran un balance final y lo someten a la aprobación de la Asamblea. También elaboran un informe de gestión sobre las operaciones y un proyecto de distribución del activo sobrante. El balance final y el proyecto se publican en periódico de gran tirada provincial. Tras la



liquidación, los liquidadores otorgan escritura pública de extinción solicitando en la misma la cancelación de los asientos registrales de la sociedad. Esta escritura se inscribe en el Registro de Sociedades Cooperativas. Por último citar la existencia del consejo para el fomento de la economía social, previsto por la ley y con funciones de estudio, consulta y coordinación entre Administración y el movimiento de la economía social. Dentro del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales no tiene relación jerárquica.

#### 2. LA SOCIEDAD MUTUA DE SEGUROS

Existen mutuas, cooperativas y mutualidades de previsión social que actúan a prima fija o a prima variable. Las de prima fija son aseguradoras sin ánimo de lucro que tienen por objeto la cobertura a sus socios de los riesgos asegurados mediante una prima fija que se paga al comienzo del período de riesgo. Las de prima variable también carecen de ánimo de lucro. La cobertura se realiza mediante el pago (de derramas), una vez ocurrido el accidente, por parte de todos los socios, de forma mancomunada y de manera proporcional al importe (y limitada por este) de los capitales asegurados en la entidad. Se constituyen por inscripción de escritura pública en el Registro Mercantil (si son cooperativas en el otro registro...) y requieren autorización de la administración para realización de sus actividades. Las mutuas a prima fija requieren contar con, al menos, cincuenta mutualistas. Estos no responden de las deudas sociales salvo que los estatutos digan lo contrario (y en ese caso se limitará a la prima anual). Las mutuas a prima variable se diferencian en su forma de limitar la responsabilidad de los socios. Además, exigen una cuota de entrada y deben constituir un fondo de maniobra que permita pagar siniestros y gastos sin tener que esperar a cobrar las derramas. Los administradores no perciben remuneración. Los riesgos asegurados deben ser homogéneos cualitativa y cuantitativamente.

### 3. SOCIEDADES LABORALES

El Art. 129CE, además del fomento de las cooperativas, fija la obligación del estado de establecer los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a los medios de producción. Sociedad laboral será toda aquella, anónima o limitada, que cumpla que la mayoría del capital social sea propiedad de los trabajadores que resten en ella servicios retribuidos de forma personal y directa con contrato indefinido. Pueden tener también trabajadores por cuenta ajena pero dentro de los límites horas — años que para los trabajadores con contrato indefinido marca la propia LSL.

Nacen a través de la calificación como tal por parte del Ministerio de Trabajo y



Asuntos Sociales a través de la Dirección General de Fomento de la Economía social o por las CCAA con competencia. La calificación se realiza a solicitud del interesado y a su nombre se añade Laboral al final (Sociedad anónima laboral, SAL; Sociedad de responsabilidad limitada laboral, SLL). El estatuto jurídico no cambia mucho, depende de si es SA o SL. Se distinguen dos tipos de socios, el laboral y el general. Ninguno de los socios puede tener más de un tercio del capital social, excepto que haya participación pública o de entidades sin ánimo de lucro en la sociedad que podrán llegar hasta el 50%. Los socios laborales no pueden ostentar acciones sin voto. Si un socio laboral adquiere acciones de un general, tiene derecho a que estas se incluyan en la "clase laboral". Los trabajadores con contrato indefinido no socios, tienen derecho de adquisición preferente sobre las acciones de "clase laboral" cuando vayan a ser trasmitidas a personas no trabajadoras. Si los trabajadores no socios no ejercen su derecho, pueden ejercerlo los socios laborales y si estos no lo hicieran tendrán preferencia los socios generales. En defecto de lo anterior, la propia sociedad podrá adquirirla para su autocartera. Si nada pasa, hay libre transmisibilidad. Si termina el contrato de un socio laboral este tendrá que ofrecer la adquisición de sus acciones por el orden antes expuestos y si nadie ejercita el derecho de adquisición preferente, se convierte en socio general. Para no atar al socio a la sociedad in eternum, sólo se pueden meter cláusulas de prohibición de transmitir *Inter*. Vivos cuando hava derecho de separación y por unanimidad social. Pueden restringir la separación y la transmisibilidad por un período no superior a 5 años.

Es obligatorio constituir, además de las reservas legales o estatutarias, un Fondo Especial de Reserva, que se dota con el 10% del beneficio líquido. Sirve para compensar pérdidas en caso de que no haya otras reservas. Si no se dota el fondo pueden perder el carácter de laboral. La composición de los órganos de administración debe ser proporcional al ratio generales/laborales. Si no hay socios generales, se elige por mayoría. En los estatutos se puede prever como causa de disolución la pérdida de la condición de laboral.

# 4. SOCIEDADES DE GARANTÍA RECÍPROCA

Las SGR son sociedades formadas en su mayoría por PYMES (de no más de 250 trabajadores) dedicadas a conceder avales a sus socios para que puedan acceder a financiación bancaria con mejores condiciones. Están reguladas en la LSGR 1/1994 de 11 de marzo. Como entidad financiera, requiere autorización del Mº de Economía y Hacienda, la otorga la Dirección General del Tesoro y Política Financiera. Se presenta proyecto de estatutos, programa de actividades, socios, consejeros... Una vez autorizada, la constitución se realiza mediante escritura pública e inscripción en el RM (aquí adquiere



personalidad jurídica) y en el Registro Especial del Banco de España. Necesita al menos 150 socios y un capital social mínimo de 1.803.036'31 € (300 Millones de pesetas)

Hay dos tipos de socios, los partícipes (que pueden recibir aval) y los protectores. Al menos el 80% deben ser PYMES. Los órganos de gobierno son la Junta General y el Consejo de Administración. Para modificar los estatutos es necesario acuerdo de la Junta y cumplimiento de los requisitos legales además de autorización del Mº de Economía y Hacienda, previo informe del Banco de España. La fusión o escisión sólo puede ocurrir entre / en sociedades de la misma naturaleza y con previa autorización ministerial además del cumplimiento de los requisitos para la creación.

La ley prevé causas de disolución (Art. 59). Una vez se decide en Junta la disolución no se puede requerir el reembolso de las participaciones. Se nombra una comisión liquidadora presidida por un representante del Banco de España e integrada por cuatro miembros designados por la sociedad. Si el activo no basta para rembolsar a los socios, las pérdidas se reparten en proporción al valor nominal de las aportaciones. El Banco de España lleva el registro, control e inspección de estas sociedades.

## 5. LA FUNDACIÓN COMO EMPRESARIO

Sobre las fundaciones no hay nada en el libro... por si acaso os hago un resumen de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. El Art. 34 de la CE declara el derecho de fundación para fines de interés general. Una fundación es una organización sin ánimo de lucro cuyo patrimonio está dedicado a la consecución de un fin que ha de ser de interés general. Para su constitución requiere la inscripción de la escritura pública, con el contenido exigido por la ley, en el Registro de Fundaciones (ahí adquiere personalidad jurídica) así como los estatutos (tb hay un contenido mínimo. Se puede constituir una fundación como un negocio inter vivos o mortis causa y el impulsor puede ser tanto persona física o jurídica e incluso un ente público. El órgano de gobierno de la fundación, llamado Patronato, es necesario y su función es la administración diligente de los bienes de la entidad así como su representación. Para la toma de decisiones en este órgano rige el principio de mayoría. El patronato se forma por un mínimo de tres miembros. Pueden ser personas físicas o jurídicas mediante representación. Entre ellos elegirán a un presidente. Han de desempeñar su función gratuitamente. También existirá un Protectorado que velará por la correcta actuación de la fundación. Esta función será llevada a cabo por la Administración General del Estado.

El patrimonio de la fundación debe estar destinado al cumplimiento del fin



que le dio razón de ser. No obstante, la fundación podrá llevar a cabo actividades económicas encaminadas directa 0 indirectamente cumplimiento de ese fin. Asimismo podrá participar como socio en sociedades mercantiles. Para la modificación de los estatutos de la fundación habrá de ocurrir algún cambio que la justifique pues ésta deberá llevarse a cabo para el mejor cumplimiento del fin. La modificación habrá de elevarse a escritura pública e inscribirse en el registro. Del mismo modo podrán fusionarse dos o más fundaciones. Cuando una no sea capaz de lograr sus fines podrá hacerlo con otra de análoga finalidad. El protectorado podrá oponerse a la fusión por razones de legalidad. La escritura pública habrá de contener los estatutos y la identificación de los miembros de su primer patronato.

La fundación se extinguirá cuando expire el plazo por el que fue constituido, cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional, cuando sea imposible la realización del fin fundacional, cuando así resulte de la fusión, cuando concurra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los Estatutos y cuando concurra cualquier otra causa establecida en las leyes. Salvo en el supuesto de fusión, al extinguirse una fundación, se lleva a cabo la liquidación. Los bienes de la fundación liquidada tendrán que tener como destino otras entidades sin ánimo de lucro que persigan el interés general. Existe un consejo superior de fundaciones con funciones de asesoramiento y promoción.



# TEMA 18 UNIONES, AGRUPACIONES DE EMPRESARIOS Y GRUPOS DE SOCIEDADES

## 1. UNIONES DE EMPRESARIOS (O UNIONES DE EMPRESAS)

Las uniones de empresas se han manifestado como una necesidad de la economia de mercado, que impone cambios en las estructuras de las mismas con la finalidad de obtener un perfeccionamiento técnico y de mejorar su funcionamiento. La concentración entraña el peligro de producir efectos perjudiciales por medio de las restricciones de la competencia, lo que intenta evitarse por la Ley 16/1999, de defensa de la competencia. Sin embargo, lo cierto es que, por otro lado, es preciso promover en España la concentración empresarial, dada la atomización existente en muchos sectores. Esta razón de favorecer las uniones de empresas movió a nuestro legislador a dictar la Ley 196/1963, de 28 de diciembre, sobre Asociaciones y Uniones de Empresas.

Las uniones de empresas de caracterizan por estar formadas por un conjunto de empresarios que, manteniendo su independencia jurídica, están sometidos a una dirección unitaria para obtener fines económicos. Dichos empresarios deben conservar su individualidad jurídica, si bien su poder de iniciativa económica se reduce en forma más o menos considerable.

Los criterios de clasificación son muy variados:

- a) Desde un punto de vista **jurídico** es tradicional el que diferencia a las uniones de empresas según el vínculo que las une:
- <u>De naturaleza real</u>: como el que resulta de la titularidad por una sociedad de las acciones o participaciones de otra, de manera que tiene el control sobre ella, o simplemente una influencia relevante.
  - <u>De naturaleza obligacional</u>: que nace de un contrato o de un acuerdo.
- b) Atendiendo a la estructura interna de la **relación constituida** entre las empresas agrupadas:
- <u>Subordinación</u>: las empresas se hallan completamente sometidas a una dirección única. Puede existir una organización en cadena o en pirámide entre las empresas, pero aparece siempre un control o un dominio de una empresa sobre otras, que se consideran filiales. Caso límite es el que se produce cuando la totalidad del accionariado de una empresa se encuentra en manos de otra.
  - Coordinación: los empresarios se agrupan en régimen de igualdad,



sin que su respectiva autonomía se encuentre sometida a otras limitaciones que las derivadas de los acuerdos estipulados entre ellos. Estas uniones pueden actuar desprovistas de un órgano central, de forma que cada empresario actúe aisladamente ajustándose a los acuerdos ya mencionados, o por el contrario pueden acordar la creación de un órgano cuya finalidad sea dirigir y vigilar la actuación de los empresarios. Una modalidad especial de acuerdos de colaboración o cooperación entre empresas es la constitución de una empresa filial común (joint ventures).

## 2. AGRUPACIONES DE INTERÉS ECONÓMICO (AIE)

En ocasiones una sociedad tiene como función esencial agrupar a varios empresarios dedicados a actividades iguales o relacionadas con el fin de potenciar su oferta y demanda prestándoles servicios comunes (estudios, aprovisionamiento, ventas, incluso transformación de su respectiva producción). Es una "sociedad órgano" de una "unión de empresas".

Las leyes de 28 de diciembre de 1963 y 26 de mayo de 1982 regularon y fomentaron las Sociedades Anónimas de Empresas, las Agrupaciones de Empresas y las Uniones temporales de Empresas. De su regulación sólo queda vigente lo relativo a éstas últimas. Por lo tanto, si se constituye una S.A. para el fomento de la actividad de varios empresarios o profesionales no se podrán obtener los beneficios fiscales de antes. Actualmente aparecen reguladas y fomentadas las Agrupaciones de interés económico, sean europeas (AEIE) o españolas (AIE), la Unión Temporal de Empresas (UTE) y la Sociedad Agraria de Transformación (SAT).

La <u>Agrupación Europea de Interés Económico</u> (AEIE), fue regulada por el Reglamento CEE 2137/1985 de 25 de julio, como instrumento de fomento de la unión de empresarios, instituciones de investigación y profesionales liberales pertenecientes a distintos Estados miembros, delegando en parte a éstos su desarrollo y aplicación supletoria de la ley nacional e imponiendo le exención del Impuesto de Sociedades.

La <u>Agrupación Española de Interés Económica</u> (AIE), está regulada en la Ley 12/1991 de 29 de abril y, sirve de normativa supletoria de la AEIE cuando ésta se constituya con sede en España. La AIE no ha de tener ánimo de lucro, puesto que su objeto es desarrollar actividades auxiliares de las que desarrollan sus socios, que han de ser personas físicas o jurídicas que desempeñen actividades empresariales, entidades sin ánimo de lucro dedicadas a la investigación( por ejemplo, Universidades) y profesionales



liberales.

Sus socios responden de forma solidaria entre sí y subsidiariamente con respecto a la Agrupación, de las deudas de ésta. No obstante, esto no quiere decir que no pueda explotar un objeto social y obtener un beneficio social, ya que de lo contrario carecería de sentido que el Reglamento CE sobre la AIE la exima del Impuesto sobre Sociedades. Lo que ocurre es que el "beneficio social", al igual que en la cooperativa, se habrá de retornar a los socios. En cambio, la ley 12/1991 no permite a la AIE realizar las operaciones mutualizadas propias de su objeto con terceros no socios, a diferencia de la cooperativa.

La AIE se constituye mediante escritura pública y su inscripción en el Registro Mercantil, con o sin capital de explotación, con una denominación que habría de ser subjetiva (como en la sociedad colectiva) pero que en la práctica se está admitiendo que sea objetiva. Al igual que ocurre en la cooperativa y en la sociedad colectiva, la subsistencia de la agrupación de personas es esencial, por lo que no es posible la AIE unipersonal. Su organización puede contar o no con Asamblea., pero siempre con administradores, sometidos a normas similares a la S.A.

La AIE está sometida al Derecho contable general y sus socios deben llevar contabilidad separada de su actividad con aquélla.

# 3. GRUPOS DE SOCIEDADES: PROBLEMÁTICA JURÍDICA

Grupo de sociedades es el conjunto formado por dos o más sociedades sometidas a una misma "dirección unitaria". Este poder se instrumenta mediante diversos mecanismos jurídicos de dependencia, de propiedad y contractuales.

El grupo de sociedades exige la concurrencia de dos factores, denominados a veces con terminología confusa:

- El control o mera posibilidad jurídica de influir en las decisiones de la sociedad dominada o filial.
- La dirección unitaria o efectiva.

Problemas jurídicos de los grupos de sociedades:

El régimen de los grupos plantea grandes problemas, tanto en los países con



una regulación sistemática especial (Alemania, Portugal y Brasil) como en aquellos, como España, que carecen de ella.

Los <u>problemas</u> que plantean son fundamentalmente los siguientes:

- 1º) El mismo concepto legal de grupo, muy variable, según los fines que se propongan, aunque existe una tendencia unitaria hacia su definición.
- 2º) Las posibilidades legales de constitución de un grupo de sociedades: OPA, canje de valores, etc.
- 3º) ¿Deben regularse los grupos de sociedades de forma sistemática, como una institución especial, partiendo del principio de su formalización mediante un contrato de creación del grupo? La legislación española regula de forma puntual algunos problemas del grupo de sociedades, pero sería conveniente un mayor sistema.
- 4°) El régimen de protección de los acreedores y socios externos al grupo de control, tanto en la sociedad dominada como en la sociedad dominante, tiene que apoyarse fundamentalmente en la aplicación de los grandes conceptos del Derecho de sociedades.
- 5°) El régimen de organización interna, corporativa y financiera, del grupo tiene que inspirarse en las pautas de la regulación de la sociedad aislada. Por ejemplo, la separación de competencias: iniciativa empresarial de la Junta (socios) e iniciativa institucional de los administradores.
- 6°) El régimen de responsabilidad en grupo de sociedades (no "del grupo", ya que carece de personalidad jurídica) por las instituciones perjudiciales impartidas a las filiales: las perjudiciales para la sociedad filial pero beneficiosas para el grupo.
- 7°) La dificultad fundamental radica en que algunas normas parecen reconocer la legitimidad o licitud del grupo, puesto que lo mencionan y le atribuyen efectos jurídicos. Sin embargo, ¿existe un interés del grupo por encima del interés de la sociedad-isla? Ninguna norma lo reconoce, ni prevé las necesarias compensaciones a los accionistas perjudicados. El reconocimiento de la legitimidad del grupo aparece en contradicción con los art.115 y 143 LSA que permiten impugnar los acuerdos sociales contrarios al interés social.



# TEMA 19 MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES

(Ante todo, establecer algunas aclaraciones iniciales. Decir en primer lugar que este tema (como os pasará a otros muchos), no viene como tal en el libro, con lo cual hay que hacer una especie de popurrí para cuadrar las cosas con el tema. En segundo lugar decir que con el nombre de sociedades me referiré a la Sociedad Anónima y a la Sociedad de Responsabilidad Limitada, puesto que en el libro son las dos únicas en las que se incluyen todo el tema de separación de socios y demás, del resto no viene nada. Y en tercer lugar decir que en un principio he decidido no poneros los artículos completos a los que hago referencia, porque sino el tema se haría demasiado extenso. De todas formas, antes de mencionarse, siempre se explica de qué van, así que no hace falta ponerlos al completo. Intentaré asimismo hacer el tema lo más breve posible)

## 1. DISOLUCIÓN Y EXTINCIÓN DE SOCIEDADES MECANTILES

## Causas de disolución de las sociedades mercantiles

**SOCIEDAD ANÓNIMA**: La disolución aparece como el momento inicial del período extintivo de la sociedad, que produce como efecto inmediato el que la sociedad entre en período de liquidación como paso previo y necesario para proceder a su extinción, que tiene lugar con la cancelación de los asientos en el RM.

La SA se disolverá:

- a) Por acuerdo de la junta general.
- b) Por cumplimiento del término fijado en los estatutos para la duración de la sociedad.
- c) Por la conclusión de la empresa ("empresa" en este caso se refiere a fin, objetivo) que constituya su objeto o la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social o por la paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible su funcionamiento.
- d) Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio de la sociedad a una cantidad inferior a la mitad del capital social.
- e) Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal.



- f) Por la fusión o escisión total de la sociedad.
- g) Por cualquier otra causa establecida en los estatutos.

La declaración del concurso no constituirá, por sí sola, causa de disolución, pero si en el procedimiento se produjera la apertura de la fase de liquidación la sociedad quedará automáticamente disuelta. Transcurrido el término fijado en los estatutos para la duración de la sociedad, ésta se disolverá de pleno derecho, a no ser que con anterioridad hubiese sido expresamente prorrogada e inscrita la prórroga en el RM (Art. 261 LSA). Cuando concurra o la tercera, cuarta, quinta o séptima causa, la disolución requerirá el acuerdo de la junta general constituida conforme el quórum ordinario del artículo 102 LSA. Una vez producida alguna de estas causas, los administradores deberán convocar junta general en dos meses para que adopte el acuerdo de disolución; pudiendo solicitar la declaración de concurso cuando nos hallemos ante la cuarta causa. Cualquier accionista podrá requerir a los administradores para que se convoque la junta si, a su juicio, existe causa legítima para la disolución, o para el concurso. En el caso de que los administradores no convocasen la junta solicitada o, una vez convocada, no se pudiese lograr el acuerdo o éste fuese contrario a la disolución, cualquier interesado podrá solicitar la disolución judicial de la sociedad. En estos dos últimos supuestos los administradores también estarán obligados a solicitar la disolución judicial en dos meses. Cuando no concurra ninguna causa especial de disolución, la junta general podrá acordar la disolución de la sociedad conforme a los requisitos establecidos en el artículo 103 LSA. El acuerdo de disolución o la resolución judicial, en su caso, se inscribirán en el RM, publicándose, además, en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación del lugar del domicilio social (Art. 263 LSA).

**SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA:** En la enumeración de las causas de disolución, la LSRL, en su artículo 104 sigue el modelo del artículo 260 LSA:

- a) El cumplimiento del término de duración de la compañía.
- b) La reducción del capital social por debajo del mínimo legal: como regla general, la sociedad no puede por decisión de la junta general reducir el capital por debajo del mínimo que recoge el artículo 4 LSRL. Ello solo es posible cuando simultáneamente se acuerde la transformación de la sociedad o el aumento de su capital hasta una cantidad igual o superior a la mencionada cifra. Mas puede suceder que la reducción venga impuesta por disposición legal, como fruto de la



separación o exclusión de socio. En tal caso, se abre un periodo anual de pendencia, transcurrido el cual la sociedad se entenderá disuelta de pleno derecho.

- c) El acuerdo de la junta general adoptado con los requisitos y la mayoría establecidos para las modificaciones estatutarias: es una causa de disolución que descansa íntegramente en la propia voluntad social. En cuanto a mayoría, parece que ha de estarse a lo previsto en los estatutos (art. 53.3), y no al legal (art. 53.2 a)).
- d) La conclusión de la empresa que constituya su objeto, la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social o la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento.
- e) La falta de ejercicio de la actividad o actividades constitutivas del objeto social durante tres años consecutivos: no aparece en la LSA, y se incorpora en la LSRL con el deseo de evitar la figura de la llamada <<sociedad durmiente>>.
- f) La generación de pérdidas a consecuencia de las cuales el patrimonio contable queda reducido a menos de la mitad del capital.
- g) Cualquier otro acontecimiento al que los estatutos otorguen el rango de causa de disolución.

Fuera de la enumeración legal han quedado algunas hipótesis. Entre ellas figura, en primer lugar, la declaración de concurso, contemplada por Art.104.2 LSRL. La propia declaración no entraña la disolución, pero sí la produce <automáticamente> la apertura de la fase de liquidación concursal que, además, sustituye a la liquidación ordinaria. La fusión de una SL con otra u otras sociedades no estando aquélla llamada a mantener su personalidad jurídica y la escisión en varias compañías de la totalidad de su patrimonio son también causas de disolución, aunque queden al margen de la enumeración legal. En orden al modo de operar, está asumida por la Ley la distinción de tres clases de causas de disolución:

- 1- Las que operan de <pleno derecho>, que producen la disolución automática. Son dos:
  - a) El cumplimiento del término antes de inscripción registral de la prórroga.



- b) Reducción del capital a cantidad inferior al mínimo legal sin que en el plazo de un año se modifique esta situación.
- 2- Las que obedecen a la sola voluntad de la propia sociedad. Es categoría integrada solamente por el acuerdo de la junta general, adoptado por las formalidades legales.
- 3- Las que nacen de acontecimientos externos, pero que precisan de su reconocimiento formal para operar la disolución: el resto de los previstos en el Art.104 LSA.

Para establecer el mecanismo de constatación y operatividad de estas causas de disolución, la Ley ha destinado el artículo 105. El procedimiento tiene los siguientes trámites:

- a) Surgida la causa de disolución, los administradores han de convocar en los dos meses siguientes bajo pena de responsabilidad solidaria por las deudas sociales, la junta general para que adopte el acuerdo de disolver la compañía. Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna de dichas causas de disolución.
- b) Si la junta no fuera convocada, si no se celebra, si no acuerda la disolución por no conseguir la mayoría (basta la ordinaria del Art. 53.1) o por no considerar la concurrencia de la causa, ni tampoco adopte acuerdos que supongan remoción de la misma, cualquier interesado puede instar la disolución de la sociedad ante el juzgado de lo mercantil del domicilio social, mediante demanda dirigida contra la propia sociedad. Esta demanda es susceptible de anotación preventiva en el RM (Art. 241 RRM).
- c) La Ley impone a los administradores la obligación de solicitar la disolución judicial de la sociedad, fijándoles plazo para hacerlo, y sancionando su incumplimiento con la responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones sociales posteriores a la aparición de la causa de disolución, circunstancia que se presume, salvo prueba en contrario.
- d) La LSRL no ha previsto un sistema de formalización mediante escritura pública de la disolución, cuando ésta no proceda de una causa de las



llamadas <<de pleno derecho>>, ni tampoco ha establecido la inscripción registral forzosa de la disolución.

## La exclusión de socios

**SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA:** La exclusión supone el apartamiento forzoso del socio, decidido por la sociedad ante el incumplimiento de sus obligaciones sociales. La LSRL, en su artículo 98, enumera tres causas de exclusión:

- a) Incumplimiento de la obligación concerniente a prestaciones accesorias.
- b) Infracción de la prohibición de competencia si se es administrador.
- c) Haber sido condenado a indemnizar a la sociedad los daños y perjuicios causados por actos contrarios a la Ley, a los estatutos, o realizados sin la debida diligencia también si se tiene la condición de administrador.

De todas formas, queda abierta la posibilidad de que la relación se amplíe por vía estatutaria. La exclusión requiere el acuerdo de la junta en votación que no podrá ser secreta, pues exige la Ley que conste en acta la identidad de los que lo adoptan (art. 99.1). Está también legalmente previsto que si, adoptado el acuerdo, la sociedad no lo cumplimenta en el plazo de un mes, cualquier socio de los que hubieran votado a favor podrá ejercer la acción de exclusión ante los tribunales. De esto se desprende que la exclusión se configura como potestad soberana de la junta, aunque, una vez acordada, nace un derecho individual de los socios que votaron a favor para que se culmine el mecanismo de desvinculación. De todas formas, hay una singularidad que ha de tenerse en cuenta: cuando la participación del socio excluido iguale o supere el 25% del capital social y salvo cuando la causa que la origina haya consistido en la condena como administrador a indemnizar daños y perjuicios, el acuerdo social debe refrendarse por resolución judicial firme, si el socio no se conforma con la decisión asamblearia. Queda por determinar quién debe promover el correspondiente juicio, aunque todo parece indicar que sea la propia sociedad. En orden a la valoración de las participaciones, su reembolso, la consiguiente reducción del capital y la responsabilidad del socio excluido por las deudas anteriores, rigen las mismas normas que en materia de separación, con alguna especialidad menor. Así, por ejemplo, podrá exigirse que el socio excluido contribuya, en la proporción correspondiente al porcentaje de participación de que es titular, al pago de los honorarios del experto, lo que se tendrá en cuenta al efectuarle la liquidación.



## La separación de socios

**SOCIEDAD ANÓNIMA:** La LSA reconoce el derecho de separación del socio de una SA en los siguientes supuestos:

- a) Sustitución del objeto social (art. 147 LSA)
- b) Traslado del domicilio social al extranjero (art. 149.2 LSA)
- c) Transformación de una SA en una sociedad colectiva o comanditaria, simple o por acciones (art. 225 LSA)

En los dos primeros casos, los accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo y los accionistas sin voto podrán ejercer el derecho de separación por escrito en el plazo de un mes a contar desde la publicación de los respectivos acuerdos en el BORME. En el tercer caso, los accionistas disidentes y los no asistentes a la junta general quedarán separados de la sociedad siempre que, en el plazo de un mes contado desde el último anuncio, no se adhieran por escrito al acuerdo de transformación. Los accionistas que hayan ejercido el derecho de separación obtendrán el reembolso de sus acciones en la forma prevista en el artículo 147 LSA. Si las acciones cotizan en Bolsa, el reembolso será el precio de cotización media del último trimestre. En caso de que no coticen en Bolsa, el valor de reembolso se fijará por acuerdo entre la sociedad y los interesados; y a falta de acuerdo, vendrá determinado por un auditor de cuentas, designado a tal efecto por el Registrador Mercantil. Los respectivos acuerdos se inscribirán en el RM, según art. 147.3 LSA.

# **SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA:** La LSRL reconoce en su artículo 95 seis causas legales de separación:

- a) Sustitución del objeto social.
- b) Traslado del domicilio social al extranjero.
- c) Modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales.
- d) Prórroga o reactivación de la sociedad.
- e) Transformación de la compañía.



f) Creación, modificación o extinción anticipada de prestaciones accesorias, salvo que los estatutos la prohíban.

Además, los estatutos podrán establecer otras causas de separación. La modificación de estos extremos de los estatutos exige el consentimiento unánime (art. 96). El derecho de separación por causa legal compete a los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo y para su ejercicio disponen de un mes desde que se publicó en el BORME. Cuando el derecho de separación derive o no de un acuerdo social, sino de un hecho al que por disposición estatutaria se le reconozca aquel efecto, debe igualmente publicarse el correspondiente anuncio en el BORME o notificárselo a todos los socios (art. 205 RRM). Los extremos relativos a valoración y reembolso de las participaciones del socio que se separa son objeto de regulación legal conjunta con las del excluido en los artículos 100 y 101 LSRL. Sobre valoración prevalece en primer lugar la fijada de común acuerdo entre el socio y los administradores, o la que señale un tercero nombrado para determinarla. Cuando no exista acuerdo, la valoración compete al auditor de cuentas. Éste deberá emitir, en el plazo de dos meses desde su nombramiento, informe del que hará llegar por conducto notarial sendas copias a la sociedad, a los socios afectados y depositará otra en el RM. Su retribución correrá a cargo de la sociedad exclusivamente. La separación del socio, con la consiguiente anulación de sus participaciones, puede comportar la reducción del capital, que podría evitarse si durante el período de dos meses para el reembolso previsto en el artículo 101 aparece persona dispuesta a adquirir las participaciones vacantes y reponer en la sociedad el valor de las mismas. Para el caso de ser inevitable la reducción del capital, ésta se contempla en el artículo 102 LSRL. No precisa acuerdo de la junta estando facultados los administradores para formalizarla mediante la correspondiente escritura pública en la que han de expresarse las participaciones amortizadas, la identidad de los socios afectados, la causa de amortización (exclusión o separación), la fecha del reembolso y la nueva cifra del capital. De llevarse a cabo la reducción del capital, se tratará de una particular aplicación de la que tiene lugar por restitución de aportaciones, con lo que será de aplicación el régimen de responsabilidad previsto para tales casos en al artículo 80: los socios reembolsados quedan involucrados en un sistema de responsabilidad personal y solidaria, aunque por plazo y cuantía limitados.

## La liquidación y división del haber social

**SOCIEDAD ANÓNIMA**: Una vez disuelta la sociedad se abrirá en período de liquidación, salvo en los supuestos de fusión o escisión total, conservando la sociedad durante ese tiempo su personalidad jurídica y añadiendo a su



nombre la frase <en liquidación> (art. 264 LSA). Desde el momento en que la sociedad se declare en liquidación, cesará la representación de los administradores para hacer nuevos contratos y contraer nuevas obligaciones, asumiendo los liquidadores las funciones enumeradas en el artículo 272 LSA. En cuanto al nombramiento de los liquidadores, se estará a lo dispuesto en los estatutos; en su defecto, serán designados por la junta general. Su número será impar, pudiendo convertirse en liquidadores los propios administradores (art. 269 LSA). Los liquidadores deberán suscribir, en unión de los administradores, el inventario y balance inicial de liquidación al tiempo de comenzar sus funciones (art. 272 LSA). Asimismo los liquidadores harán llegar el estado de la liquidación. Terminada la misma, los liquidadores formarán el balance final, que será censurado por los interventores si hubiesen sido nombrados, sometido a la aprobación de la junta general, y publicado en el BORME y en uno de los periódicos de mayor circulación en el lugar del domicilio social. Los liquidadores determinarán la cuota del activo social resultante que deberá repartirse por cada acción, practicándose la división del haber social con arreglo a las normas que se hubiesen establecido en los estatutos o, en su defecto, a las fijadas por la junta general (art. 277 LSA). Aprobado el balance final y repartido entre los accionistas el haber social existente, los liquidadores deberán solicitar del Registrador Mercantil la cancelación de los asientos de la sociedad, y depositar en el RM los libros de comercio y documentos relativos a su tráfico, quedando extinguida la sociedad desde el mismo momento de la cancelación (arts. 278 LSA y 247 RRM). El Registrador Mercantil o, en su caso, los liquidadores, conservarán los libros y documentos durante el plazo de seis años, a contar desde la fecha del asiento de cancelación de la sociedad (art.247.5 RRM).

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: Una vez disuelta, la sociedad entra en un período de liquidación, durante el cual continuarán aplicándose las normas previstas en la LSRL, de su artículo 109. Para la consecución del objetivo indicado es clave la figura del liquidador o liquidadores, sobre quienes recae la gestión, dirección y control de los negocios sociales; la representación de la sociedad en juicio y fuera de él y la administración, disposición y distribución del patrimonio social. Respecto a su nombramiento: iniciada la liquidación, las personas que por entonces tuvieran la condición de administradores pasan a ser liquidadores, aunque estatutariamente se puede establecer otra cosa. La duración del cargo es indefinida (art.111.1), pero la junta puede separarlos del mismo en cualquier momento. También ha de tenerse en cuenta que, transcurridos tres años desde la apertura de la liquidación sin que los nombrados hayan finalizado las operaciones liquidatorias, puede el juzgado, a solicitud de cualquier interesado y luego de oír a los nombrados, designar otros liquidadores que



culminen el proceso con la necesaria celeridad. Esta designación judicial se efectúa con independencia de la actitud adoptada por ésta respecto a la conducta de los nombrados por los mecanismos normales. Hay no obstante un derecho a favor de socios y de cualquier interesado a la rápida liquidación de la sociedad, de modo que si no se satisface en plazo razonable se puede solicitar su tutela judicial por el procedimiento indicado.

Las operaciones de liquidación se inician con la formulación por los liquidadores en los tres meses siguientes a su nombramiento de un inventario y referido al día en que la sociedad se hubiera disuelto (art.115.1). A partir de esta documentación, deben los liquidadores reflejar en contabilidad las operaciones que vayan realizando, que serán las pendientes y las nuevas que sean necesarias para la liquidación. Si ésta se prolongase por plazo superior al de aprobación de cuentas, los liquidadores presentarán a la junta, dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, un estado anual de cuentas y un informe pormenorizado sobre la situación patrimonial y la marcha de la liquidación. Los liquidadores someterán a la junta general un <br/>balance final, un informe completo sobre dichas operaciones y proyecto de división entre los socios del activo resultante> (art.118.1). El acuerdo aprobatorio de este balance es susceptible de impugnación por los socios. Pero una vez aprobado, procede la distribución entre los socios del activo remanente, que debe realizarse en proporción a la cuota de capital que cada uno represente.

Por otra parte, la LSRL configura una serie de situaciones que suponen la alteración del proceso liquidatorio, que son:

- a) Reactivación de la sociedad disuelta: se recoge en el artículo 106 LSRL, y se fijan los siguientes requisitos:
  - 1- Que haya desaparecido la causa de disolución.
  - 2- Que el patrimonio neto contable no sea inferior al capital social.
  - 3- Que no haya comenzado el reparto de cuota de liquidación.
  - 4- Que el acuerdo se adopte con los requisitos y mayorías previstos para las modificaciones estatutarias.
  - 5- Que se atiendan posibles oposiciones de los acreedores en los términos que señala el artículo 166 LSA.

La reactivación es causa legal de separación de los socios. El RRM, en su art. 242 hace extensivo este supuesto a las SA. Es de resalta que en este caso, es



necesaria la comunicación personal a los socios a efectos del posible ejercicio del derecho de separación.

b) Cesión global del activo y del pasivo: se recoge en el artículo 117 LSRL. No debe confundirse con la transmisión de la totalidad de las participaciones, pues esta última supone la permanencia de la sociedad. Requiere el acuerdo de la junta general, con los requisitos y mayoría prevista para las modificaciones estatutarias, en la que se fijen las condiciones de la cesión. Debe entenderse asimismo comprendido el otorgamiento de escritura pública. El acuerdo debe publicarse en el BORME y en un diario de gran circulación en el lugar del domicilio social, con indicación del cesionario, y llamamiento expreso a la oposición de los acreedores, tanto los de la sociedad como los del cesionario. Los acreedores, durante el mes siguiente, pueden solicitar información sobre la cesión, y sobre todo, oponerse a ella.

Una vez pagadas o consignadas las cuotas de liquidación, los liquidadores han de otorgar escritura de extinción con las menciones que se indican en el art. 121 LSRL. La escritura será objeto de inscripción en el RM, y ello significa la total cancelación de los asientos concernientes a la sociedad extinta (art. 247 RRM). En cuanto a las deudas a cargo de la sociedad, los socios serán solidariamente responsables hasta el límite de sus adjudicaciones, sin perjuicio de la responsabilidad de los liquidadores por su conducta dolosa o negligente.

## Transformación de las sociedades mercantiles

SOCIEDAD ANÓNIMA: La transformación consiste en el cambio de un tipo social a otro de los reconocidos por la Ley sin que se produzca una alteración en la personalidad jurídica de la sociedad transformada, que continúa subsistiendo bajo la nueva forma social adoptada (artículo 228 LSA). Las Sociedades Anónimas podrán transformarse en sociedades colectivas, comanditarias simples o comanditarias por acciones, o de responsabilidad limitada (artículo 223 LSA). Asimismo, la LSA prevé el supuesto inverso en el artículo 231. Cualquier transformación de una Sociedad Anónima en un tipo distinto de los especificados en la Ley se reputará nula. El acuerdo de transformación se adoptará por la junta general de accionistas, con los requisitos y formalidades del artículo 103 (art. 224.1 LSA). El acuerdo se publicará tres veces en el BORME y en los periódicos de gran circulación en la provincia en que la sociedad tenga su domicilio (art. 224.2 LSA).

En el supuesto de transformación de una Sociedad Anónima en otra colectiva o comanditaria simple o por acciones, los accionistas que no hayan votado a



favor del acuerdo tendrán el derecho de separación. Por lo demás, en los casos de transformación de una Sociedad Anónima en una Sociedad de Responsabilidad Limitada se facilita a los accionistas que no hayan votado a favor su salida de la sociedad mediante la transmisión de sus participaciones en la sociedad transformada sin sujeción al procedimiento establecido en la sección segunda del capítulo IV de la LSRL, durante tres meses, contados desde la publicación en el BORME del extracto de inscripción del acuerdo de transformación (art. 226 LSA).

La transformación se hará constar en escritura pública, que se inscribirá en el RM y que contendrá las menciones exigidas por la Ley para la constitución de la sociedad cuya forma se adopte, y el balance general cerrado el día anterior al del acuerdo, la relación de los accionistas que hayan hecho uso del derecho de separación y el capital que representen, así como el balance final cerrado el día anterior al del otorgamiento de la escritura (art. 227 LSA). El acuerdo de transformación no podrá modificar las participaciones de los socios en el capital de la sociedad. A cambio de las acciones que desaparezcan, los antiguos accionistas tendrán derecho a que se les asignen acciones proporcionales al valor nominal de las acciones poseídas. Tampoco podrán sufrir reducción de los derechos. Los socios que asuman responsabilidad ilimitada responderán, en la misma forma, de las deudas anteriores a la transformación (art. 232 LSA).

# **SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA:** La LSRL contempla el fenómeno de la transformación en una doble dirección:

- a) La SL que adopta otro tipo (arts. 87 a 91 LSRL).
- b) La de otro tipo que se transforma en SL (arts. 92 y 93 LSRL).

De la lectura de los preceptos, la primera conclusión que se extrae es el carácter ampliamente permisivo de la norma en cuestión. En general, una SL puede adoptar cualquiera de las formas sociales tipificadas en nuestro Ordenamiento. La transformación en sociedad civil, no obstante, exige que el objeto social no sea mercantil (art. 87.2). La que tenga como resultado la conversión en cooperativa precisa el cumplimiento de las normas específicas de este tipo de entidades, que se entiende realizado cuando logra la inscripción en el Registro de Cooperativas (regulados estos dos últimos puntos en art. 222 RRM)

a) TRANSFORMACIÓN DE LA SL EN OTRO TIPO SOCIAL: exige acuerdo de la junta general, adoptado por la mayoría reforzada del artículo 53.2c). Los socios disconformes gozan del derecho de separación con la consiguiente liquidación de su cuota. El acuerdo



incluirá la aprobación de un balance cerrado a la víspera de su adopción y especificará las cuotas o acciones que corresponden a las participaciones sociales que han de extinguirse, respetando la distribución proporcional del capital entre los socios (art. 88). Este acuerdo se elevará a escritura pública con los requisitos exigidos por los artículos 89 LSRL y 219, 221 y 222 RRM. Si la transformación fuera en colectiva o comanditaria, la escritura ha de otorgarse, además de en nombre de la sociedad, por los socios que pasen a responder personalmente de las deudas sociales y será objeto de inscripción registral y de publicación en el BORME. Una vez consumada la transformación, la ley destaca dos aspectos fundamentales:

- 1- La transformación no altera la personalidad jurídica de la sociedad que la sufre.
- 2- Los socios que en virtud de la transformación asuman responsabilidad personal por las deudas sociales posteriores, responderán de igual modo por las anteriores a la transformación.
- b) TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDAD DE OTRO TIPO EN SL: se regula en el artículo 92 LSRL y en los artículos 217, 218 y 220 RRM. Su régimen reposa sobre cuatro características fundamentales:
  - 1- No supone alteración a la personalidad jurídica.
  - 2- Ha de constar en escritura pública que contenga las menciones necesarias para la de constitución de una sociedad limitada, entre ellas la manifestación de los otorgantes responsabilizándose de la cobertura del capital por el patrimonio neto.
  - 3- Se ha de inscribir en el RM acompañada de balance cerrado a la víspera del acuerdo de transformación y publicarse en el BORME.
  - 4- Salvo expreso consentimiento de sus respectivos titulares, subsistirá la responsabilidad personal de los socios, asumida



según el tipo que se abandona, respecto a las deudas sociales anteriores a la transformación. Esta responsabilidad cesa a los cinco años desde la publicación de la transformación en el BORME.

Cuando la entidad de origen sea cooperativa, se han de atender estos cuatro puntos, pero también otros pormenores:

- 1- Se ha de acompañar certificación del correspondiente Registro de Cooperativas.
- 2- A los Fondos y Reservas constituidos por la cooperativa que, con arreglo a su legislación específica no sean repartibles entre los socios, se les dará el destino previsto para el caso de disolución de aquélla.
- 3- Si la legislación aplicable reconociera el derecho de separación de los cooperativistas, la escritura contendrá la relación de los que lo han usado.

## Fusión y escisión de las sociedades mercantiles

**SOCIEDAD ANÓNIMA:** La fusión es un procedimiento en virtud del cual dos o más sociedades, previa extinción sin liquidación de algunas o de todas ellas, confunden sus patrimonios y agrupan a sus respectivos socios en una sola sociedad. La LSA contempla tanto la fusión de dos o más sociedades en una SA nueva, que se conoce como *fusión por constitución o por creación de una nueva sociedade*; como la fusión resultante de la absorción de una o más sociedades por otra SA ya existente, que se denomina *fusión por absorción* (art. 233 LSA) La fusión, en cualquier caso, presenta los siguientes caracteres esenciales:

- a) Extinción sin liquidación de todas o algunas de las sociedades intervinientes.
- b) Transmisión en bloque de los patrimonios de las sociedades extinguidas a la sociedad absorbente o de nueva creación, que se convierte en sucesora universal de las anteriores en todos sus bienes, derechos y obligaciones.



c) Concentración en dicha sociedad de los socios de las sociedades extinguidas mediante la atribución a éstos de acciones emitidas por aquélla en canje de sus antiguas acciones, cuotas o participaciones en las sociedades extinguidas.

Los administradores de las sociedades que se fusionan habrán de redactar y suscribir un proyecto de fusión, que contendrá las menciones del artículo 235 LSA (art. 234 LSA). Dicho provecto habrá de ser objeto de un informe emitido por los administradores (art. 237 LSA), y otro por uno o varios expertos independientes, que informarán sobre el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen (art. 236 LSA). El acuerdo de fusión habrá de ser adoptado por la junta general de cada una de las sociedades que participen en la fusión, según lo dispuesto por los artículos 144 y 148 LSA. La convocatoria de la junta deberá publicarse con una antelación mínima de un mes sobre la fecha fijada para su celebración. Al mismo tiempo, deberán ponerse a disposición de los accionistas, los obligacionistas y titulares de derechos especiales distintos de las acciones, así como de los representantes de los trabajadores, los documentos concernientes a la fusión (art. 240 LSA). Cuando la fusión se realice mediante la creación de una nueva sociedad, el acuerdo de fusión deberá incluir las menciones legalmente exigidas para la constitución de aquélla (art. 240.4 LSA). En caso de que la sociedad resultante fuese colectiva o comanditaria, la fusión requerirá el consentimiento de todos los accionistas que pasen a responder ilimitadamente de las deudas sociales. El acuerdo se publicará tres veces en el BORME y en dos periódicos de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga sus domicilios sociales (art. 242 LSA). La fusión no podrá ser realizada antes de un mes desde la fecha del último anuncio. Durante ese plazo los acreedores de cada una de las sociedades que se fusionen podrán oponerse a la fusión en los términos previstos en el artículo 166 LSA. Los obligacionistas podrán ejercer el derecho de oposición en los mismos términos que los restantes acreedores, siempre que la fusión no hubiere sido aprobada por la asamblea de obligacionistas (art. 243 LSA).

Las sociedades que se fusionan harán constar el acuerdo de fusión aprobado por sus respectivas juntas en escritura pública, que habrá de contener el balance de fusión de las sociedades que se extinguen (art. 244 LSA). La eficacia de la fusión queda supeditada a la inscripción en el RM de la nueva sociedad, o en su caso, a la inscripción de la absorción (art. 245 LSA). Por su parte, se entiende por escisión:

a) La extinción de una SA, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se traspasa en bloque a una sociedad



- de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente. Es lo que se denomina como *escisión propia*.
- b) La segregación de una o varias partes del patrimonio de una SA sin extinguirse, traspasando en bloque lo segregado a una o varias sociedades de nueva creación ya existentes (art. 252.1 LSA). Es la conocida como escisión impropia o segregación.

La LSA solo contempla la escisión de SA, aun cuando las sociedades beneficiarias de la escisión podrían ser sociedades mercantiles de cualquier tipo. En cualquier caso, solo podrá acordarse la escisión si las acciones de la sociedad que se escinde se encuentras íntegramente desembolsadas (art. 252.3 LSA). El procedimiento aparece regulado de manera muy incompleta en la LSA, destacando solo las especialidades que presenta frente a la fusión y remitiendo al régimen jurídico de aquélla en todo lo no previsto para la escisión. El proyecto de escisión incluirá:

- a) La designación y el reparto precisos de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a cada una de las sociedades beneficiarias.
- b) El reparto entre los accionistas de la sociedad escindida de las acciones o participaciones que les correspondan en el capital de las sociedades beneficiarias, así como el criterio en que se funda ese reparto, según art. 255 LSA.

Respecto al régimen de responsabilidad por las deudas sociales, en defecto de cumplimiento por una sociedad beneficiaria de una obligación asumida por ella en virtud de la escisión, responderán solidariamente del cumplimiento de la misma las restantes sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas, y si la sociedad escindida no ha dejado de existir, la propia sociedad escindida responderá por la totalidad de la obligación (art.259)

**SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA:** La LSRL remite a la LSA en todo en cuanto le sean aplicables las normas referidas a este apartado. Sin perjuicio de ello, hallamos en el régimen de la fusión y escisión disposiciones complementarias, unas explicables y otras incongruentes; y omisiones, unas subsanables y otras imperdonables. Como complementarias tenemos:



- a) No existe la obligación de someter el proyecto de fusión o escisión al informe de expertos independientes previsto en el artículo 236 LSA.
- b) La apertura del proceso liquidatorio no será obstáculo para participar en un proyecto de fusión o escisión si no ha comenzado el reparto de patrimonio entre los socios.

En cuanto al quórum favorable a la fusión se aplica el artículo 53.2c), que hace expresa mención a la figura.



#### TEMA 20 LA SOCIEDAD COLECTIVA

## 1. INTRODUCCIÓN

# a) Evolución histórica y función económica

El origen de la sociedad colectiva se sitúa **en la Edad Media**, en el seno de las familias de mercaderes. Se considera fruto de una evolución que va desde las frecuentes comunidades formadas por los hijos hacia comunidades de trabajo que se dedican al ejercicio del comercio en las que intervienen ya personas extrañas a la familia pero vinculadas siempre entre sí por una relación de confianza por lo que destaca, desde entonces, el carácter personalista (*intuitu personae*) de la sociedad. Aunque históricamente, este tipo social sirvió para reunir importantes capitales y participaciones en grandes empresas familiares, en la actualidad se utiliza cada vez menos, pues se recurre a otras formas sociales más apropiadas para el tráfico moderno que, además, proporcionan el beneficio de la no responsabilidad de los socios por las deudas sociales. En cualquier caso, es importante el régimen de la sociedad colectiva si admitimos la función que desempeña como sociedad general, a tener en cuenta en supuestos de atipicidad o de irregularidad y, sobre todo, su aplicación por remisión (art.16 LSA).

# b) Notas características y concepto

La sociedad colectiva es una **sociedad mercantil personalista** en cuanto constituye una comunidad de trabajo en el sentido de que los socios son gestores natos, pues todos, salvo disposición contraria de los Estatutos, tienen facultad de concurrir a la dirección o manejo de los negocios comunes (art.129 del C. de c.: "Si la administración de las compañías colectivas no se hubiere limitado por un acto especial a alguno de los socios, todos tendrán la facultad de concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes, y los socios presentes se pondrán de acuerdo para todo contrato u obligación que interese a la sociedad"). La sociedad gira bajo un nombre colectivo o razón social formada por todos, algunos o un socio y tiene autonomía patrimonial de manera que responde de sus deudas con su propio patrimonio sin perjuicio de la **responsabilidad subsidiaria** de los socios, quienes, por su parte, responden de manera personal, ilimitada y solidaria entre ellos. Su carácter personalista se manifiesta también en el régimen de la transmisión de las partes sociales (art.143 del C. de c.: "Ningún socio podrá transmitir a otra persona el interés que tenga en la compañía, ni sustituirla en su lugar para que desempeñe los oficios que a él le tocaren en la administración social, sin que preceda el consentimiento de los socios") y en que, salvo pacto, la muerte



del socio colectivo opera como causa de disolución de la sociedad (art.222.1 C. de c).

## 2. LA CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD

# a) Requisitos de forma y publicidad. Contenido de la escritura

Es necesario que el contrato cumpla las condiciones esenciales, lo que basta para su validez y eficacia a efectos internos. Además, tiene que elevarse a escritura pública e inscribirse en el RM. Con la inscripción, la sociedad colectiva, como todas las sociedades mercantiles, adquiere la personalidad jurídica. La escritura de la sociedad tiene que contener las menciones mínimas que exigen el art.125 del C. de c y el art.209 del RRM. Algunas son: la razón social; la duración que puede ser indefinida pero, si no lo es, el cumplimiento del término opera como causa de disolución; y, exigidas por el Reglamento, el domicilio, el objeto que habrá de ser mercantil para que la sociedad también lo sea, y la fecha de comienzo de las operaciones. Otras menciones se refieren a los socios: a los gestores o a los socios en general. No hay limitación en el número de socios, ni hay obstáculos para que puedan ser socios las personas jurídicas. También han de expresarse el capital que cada socio aporte y las cantidades que, en su caso, se asignen a los socios gestores. En la escritura se podrán también considerar los demás pactos lícitos y condiciones especiales que los socios quieran establecer. Entre ellos cabe hacer referencia al régimen específico de participación en los beneficios, a disposiciones en relación con los socios industriales, al pacto de continuación con los herederos, y a las reglas para la liquidación y división.

## b) Examen especial de la razón social

Una de las notas características de la sociedad colectiva es que gira bajo un nombre colectivo, razón social o firma. El **art.126 del C. de c.** establece reglas rigurosas sobre el modo de formar la razón social al exigir que en ella aparezcan todos los nombres de los socios o bien el de algunos o el de uno solo añadiéndosele en estos dos últimos casos las palabras "*y compañía*" y, para proteger la veracidad del nombre colectivo, al prohibir la inclusión en él de quien no pertenezca a la compañía y sancionar la transgresión con la responsabilidad solidaria por las deudas de la sociedad. Más que la corrección del nombre, lo importante es su carácter colectivo y la responsabilidad frente a terceros de quien aparece como socio sin serlo.



# 3. RELACIONES JURÍDICAS INTERNAS: ADMINISTRACIÓN Y POSICIÓN DE SOCIO

# a) Aportaciones sociales

No hay un precepto que declare la obligación de los socios de aportar a la sociedad colectiva. Se deduce de los arts.116, 125.4 y 139 del C. de c. Además, hay normas generales, como las contenidas en los arts.170, 171 y 218, que sí se refieren a dicha obligación.

Vale cualquier colaboración que contribuya a la consecución del fin social: dinero, cosas, servicios, conocimientos, nombres, etc. Se suele distinguir entre aportaciones de bienes y aportaciones de "industria" o trabajo. Cabe incluso la sociedad colectiva en la que sólo se aporte industria. La aportación debe realizarse dentro del plazo convenido (art.171 Código de Com). Al incumplimiento se le aplican los arts.170, 171, 218 y 219 del C.de c., que prevén la ejecución sobre los bienes del socio o la rescisión del contrato, además del devengo de intereses más indemnización de daños en caso de retraso. El art.172 C. de c. regula la valoración de las aportaciones.

# b) Ganancias y pérdidas

Los socios tienen derecho a participar en los beneficios. En cuanto al reparto de los mismos, el art.140 establece la **regla de la proporcionalidad** añadiendo que al socio industrial le corresponde lo mismo que al "capitalista" de menor participación. No hay una norma que impida el reparto del beneficio cuando el patrimonio sea inferior al capital social, a diferencia de lo establecido para las sociedades capitalistas. En cuanto a las pérdidas, el art.141 establece también la regla de la proporcionalidad pero excluye de las mismas al socio industrial. Toda esta materia es dispositiva. Se regirá en primer lugar por lo que se establezca en el contrato con el límite del art.1691 CC que prohíbe las cláusulas leoninas que, de existir, no invalidarán el contrato y se tendrán por no puestas. Tema distinto es el de la posibilidad prevista en los arts.125.6 y 139 del C. de c de que se asigne a los socios gestores una cantidad para sus gastos particulares.

## c) Resarcimiento de gastos e indemnización de perjuicios

El art.142 establece la **obligación**, a cargo de la sociedad, **de abonar a los socios los gastos efectuados e indemnizarles de los perjuicios** sufridos siempre que, de un lado, estén inmediata y directamente relacionados con los negocios que aquélla pusiera a su cargo y que, de otro, no sean debidos



a su culpa, a caso fortuito o a otra causa independiente de los negocios.

## d) Prohibición de concurrencia

Manifestación concreta del carácter personalista de la sociedad y del consecuente deber de fidelidad de los socios, es la **obligación negativa que éstos tienen de no hacer competencia a aquélla.** El Código establece la prohibición distinguiendo 2 supuestos:

- Si la sociedad no tiene género de comercio determinado, el socio necesita su autorización para cualquier "operación por cuenta propia" pero la sociedad no podrá negarla si no acredita que le puede ocasionar perjuicio (art.136.1).
- Si la sociedad tiene un género de comercio determinado, el socio puede hacer lícitamente toda operación mercantil que no pertenezca a ese género (art.137).

El art.136.2 establece como sanción que el beneficio obtenido con la actuación competidora sea para la sociedad y el perjuicio para los socios. Por su parte, el socio industrial no se puede ocupar de ninguna clase de negociaciones salvo autorización expresa de la compañía (art.138). Todo este régimen es también de carácter dispositivo y se aplicará si no hay pacto distinto.

#### e) Gestión de la sociedad

## 1) Gestión y representación

Como suelen concurrir en las mismas personas las facultades de gestión y las de representación, conviene ahora diferenciarlas. Aunque hay preceptos como los arts.125 y 132 del C. de c. que parecen confundirlas, otros como los arts.128, 139 y 130 permiten una clara distinción que la mayoría de los autores se ocupa de formular señalando que la gestión corresponde al aspecto interno de la sociedad y la representación al externo, que el contenido de las facultades de gestión es elástico, mientras que el ámbito de la representación es rígido e ilimitable y que, finalmente, la gestión es cuestión de deber y la representación, de poder.

## 2) Los administradores. Diversos supuestos

No es frecuente omitir en la escritura el nombre de los socios a quienes se confía la administración de la sociedad (arts.125 del C. de c. y 209.9 del RRM), pero la posibilidad la prevé el art.129. En tal caso, todos los socios tienen la



facultad de concurrir a la dirección y manejo de los negocios sociales (principio de gestión colectiva). Los socios tienen que "ponerse de acuerdo". Se sigue, pues, el **régimen de mancomunidad y no de mayoría**. Pero el art.129 sólo se refiere a los socios "presentes". Por tanto, no hace falta que concurran todos, y cabe incluso que uno solo realice actos de gestión, pero, asimismo, cualquiera puede oponerse ejercitando un derecho de veto, en concordancia con los arts.1695.1 CC y 130 del C. de c. No obstante, cabe considerar que es una materia disponible por la escritura social. En el supuesto de que en la escritura se designen gestores, éstos ven reforzada su posición. Los demás no tienen el derecho de veto, no pueden entorpecer sus gestiones (arts.131 y 218.2). El art.132 prevé el supuesto de la facultad de administración conferida como condición expresa del contrato, en cuyo caso no se podrá privar de esa facultad a quien la obtuvo, pero se arbitra un mecanismo de defensa, frente a su uso inadecuado, consistente en la posibilidad de nombrar un coadministrador o de promover la rescisión judicial del contrato. Este régimen se aplica tanto si existe un solo administrador como si hay varios. La administración puede conferirse a varios socios con carácter solidario o mancomunado. Habrá que estar a lo dispuesto en la escritura social, sin olvidar, en la medida en que sean aplicables, las reglas ya estudiadas contenidas en los arts.129 y 130. Finalmente, es posible que un socio sea sustituido en sus funciones de administración por personas que no lo sean o que se deleguen tales funciones, siempre que proceda el consentimiento de los socios (art.143).

## 3) Obligaciones y responsabilidad de los gestores

Los gestores están obligados a desempeñar las funciones que les corresponden de acuerdo con las facultades que les confiere la escritura social. Sus **obligaciones** son las **del mandatario o comisionista** (arts.254 y siguientes del C. de c). En cuanto a la responsabilidad, parece que se adopta un criterio más benigno que el del art.1104 CC (culpa leve en abstracto) y que el que rige en materia de mandato o comisión (art.1276 CC y 256.2 del C. de c.). En efecto, el art.144, aunque se refiere a socios, parece pensado para los socios administradores y los hace responsables en caso de malicia, abuso de facultades o negligencia grave (culpa lata).

## f) Los acuerdos sociales

En el caso de que existan socios gestores y socios no gestores, hay competencias atribuidas al conjunto de socios. Así, las de control a que se refiere el art.133 o, en general, las que derivan de la obligación de rendir cuentas que tienen los administradores, sin olvidar todo lo que hace referencia



a las vicisitudes que afectan a contrato social y, en general, los casos que requieran el consentimiento de los socios. El ejercicio de las funciones que corresponden al conjunto de socios se realiza normalmente mediante acuerdos. Aunque los arts.229 y 232 del C. de c. hagan referencia a la Junta de socios, no parece que ésta sea imprescindible, siendo suficiente cualquier forma de manifestación inequívoca de la voluntad de aquéllos. La regla aplicable a la adopción de acuerdos es, en principio, la de la unanimidad, pero es materia disponible.

# g) El derecho de información

El art.133 concede a todos los socios el <u>derecho a examinar el estado de la administración y de la contabilidad</u>. Es un derecho que se concede individualmente con gran amplitud. Es personal, intransmisible y los Estatutos no lo pueden limitar. Parece que debe admitirse la posibilidad de acudir a peritos para el examen de la contabilidad (STS de 5 de marzo de 1987).

# 4. RELACIONES JURÍDICAS EXTERNAS: REPRESENTACIÓN Y RESPONSABILIDAD

# a) Representación

La sociedad, que gira bajo una razón social, se relaciona con terceros a través de la actuación de los socios representantes, que son los autorizados para "usar la firma social". Sobre la base del art.128 C. de c. se sostiene el principio de que **no todo socio, por el hecho de serlo, es representante**. Así, a falta de pacto, todos los socios son administradores, pero sólo son representantes los debidamente autorizados. Si no tienen autorización, no obligan a la sociedad. No faltan opiniones distintas a favor de que los socios, por el hecho de serlo, son representantes y que la autorización exigida por el art.128 se entiende dada por el art.129 si en la escritura no se ha establecido otra cosa. El ámbito del poder de representación tiene un contenido rígido que alcanza al menos a los actos comprendidos en el objeto social. Habrá de considerarse ilimitado si la sociedad no tiene género de comercio determinado.

# b) Abuso de la firma social

Hay abuso de la firma social cuando la "usan" socios no autorizados. En este caso la sociedad no queda obligada y la responsabilidad civil o penal recae sobre sus autores (art.128). También hay abuso —art.144:"abuso de



facultades"- cuando usa la firma el socio autorizado pero en interés propio. Los negocios así concluidos son eficaces y obligan a la sociedad pero están prohibidos por el art.135 que establece como sanción las siguientes consecuencias: los beneficios obtenidos son para la sociedad; puede haber lugar a la rescisión del contrato de sociedad respecto de los infractores; hay obligación de reintegrar los fondos utilizados y de indemnizar daños y perjuicios.

# c) Responsabilidad

El principal rasgo característico de la sociedad colectiva es que de las deudas sociales responden tanto la sociedad como los socios. Primero responde la sociedad con su patrimonio. Los socios gozan del beneficio de excusión –al que pueden renunciar- al tenor de lo dispuesto en el art.237. Por eso el patrimonio de la sociedad ha de ser debidamente protegido. La sociedad no responde de las deudas personales de los socios (art.134). La responsabilidad de los socios es, por tanto, subsidiaria, de 2º grado. Una vez entra en juego, se trata de una responsabilidad personal, ilimitada y solidaria. El acreedor, hecha excusión de los bienes de la sociedad, puede ir contra cualquier socio, quien responde de todos sus bienes y no sólo de lo que se obligó a aportar.



## LECCIÓN 21 LA SOCIEDAD COMANDITARIA SIMPLE

## 1. INTRODUCCIÓN

## Evolución histórica

Para algunos, la sociedad comanditaria tiene su origen en la colectiva cuando, junto a los socios colectivos, existen otros que limitan su responsabilidad (socios comanditarios) o cuando los herederos de los socios colectivos se convierten en comanditarios. Es más extendida la tesis que sitúa el origen de la sociedad comanditaria en la antigua "commenda" medieval que consistía en la participación de un "capitalista", que aportaba bienes o dinero, en la especulación de un comerciante. La sociedad comanditaria también guarda conexión con otras figuras como la comisión o el depósito. Una variedad de la comanditaria es la comanditaria por acciones que en el año 1989 fue objeto de una regulación específica con la reforma del Código de Comercio operada por la ley 19/1989. Tal regulación alteró profundamente el carácter de la sociedad comanditaria por acciones al concebirla como un tipo social claramente "capitalista" aproximado a la sociedad anónima.

## Sentido económico

El sentido económico de la sociedad comanditaria radica en la posibilidad de participar en el negocio de otro con la ventaja de la limitación de responsabilidad. En la práctica ha perdido interés frente aquellas sociedades en las que todos los socios cuentan con esa ventaja. No obstante puede seguir siendo una forma jurídica apropiada para la pequeña y mediana empresa. Su atractivo tal vez crezca como consecuencia del mayor rigor a que están sometidas las sociedades anónimas, limitadas y comanditarias por acciones. El inconveniente de la responsabilidad ilimitada de los socios colectivos se puede salvar indirectamente si esos socios son, a su vez, sociedades anónimas o limitadas.

#### Carácter

La sociedad comanditaria se configura hoy como una modalidad de la colectiva a la que se le añade un "injerto capitalista". En consecuencia, el carácter de la sociedad es el mismo que en la sociedad colectiva con la diferencia de que junto a los socios colectivos hay unos socios comanditarios excluidos de la gestión y con responsabilidad limitada, lo que no impide que esta sociedad se conciba como predominantemente personalista.



# 2. RELACIONES JURÍDICAS INTERNAS. RÉGIMEN DE LOS SOCIOS COMANDITARIOS

Los socios colectivos de la sociedad comanditaria tienen el mismo régimen que en la sociedad colectiva en virtud de la remisión efectuada por el Art.148 Código de Comercio. Ahora vamos a ver la figura del socio comanditario:

- 1º) La aportación del comanditario, que no pone en la sociedad nada más que su capital, es esencial en la sociedad comanditaria (Art.122.2 C. de Comercio y 210.2 Registro Mercantil). Cumple la doble función de integrar capital productivo y de proteger a los acreedores. Por eso la doctrina separa los aspectos externos e internos y distingue, cosa que no hace el Código, entre aportación y suma de responsabilidad. La primera es una obligación interna que afecta a los intereses de los socios sometida a normas de Derecho dispositivo. La segunda indica el límite de la responsabilidad frente a terceros. Normalmente, ambas suelen coincidir. Por eso cuando el RRM exige que la aportación del socio comanditario conste en el contrato y se inscriba es porque parte de la base de que la medida de la aportación es al mismo tiempo suma de responsabilidad. En consecuencia, si fueran distintas, es la suma de responsabilidad la que se tendría que publicar porque es la que interesa a terceros.
- **2º)** En cuanto a la participación en ganancias y pérdidas del comanditario, no hay precepto expreso, por lo que salvo pacto se aplican las reglas de la colectiva, salvo que en las pérdidas sólo participan hasta el límite de su obligación de aportar.
- 3°) Los socios comanditarios no tienen prohibido hacer competencia a la



sociedad, aunque sí están sujetos a un deber general de fidelidad.

- **4º)** La gestión de la sociedad comanditaria corresponde exclusivamente a los socios colectivos (los comanditarios lo tienen prohibido por el Art.148 C.Comercio). El fundamento de ésta prohibición se encuentra en la limitación de la responsabilidad de los socios comanditarios y en la protección de los terceros. Sin embargo aunque ésta prohibición es rigurosa no es absoluta, ya que dichos socios pueden participar por ejemplo en actos que no tengan trascendencia para terceros, o aquellos que se refieran a la modificación del contrato, etc. La violación de la prohibición tiene como consecuencia la posibilidad de que se rescinda parcialmente el contrato social (Art.218 C.Comercio) y la indemnización de daños y perjuicios en los daños del 144 C.Comercio al que remite el 149 C.Comercio. Otra consecuencia, según la doctrina, es la responsabilidad ilimitada del socio comanditario respecto de los negocios realizados contrariando la prohibición.
- **5º)** El derecho de información del socio comanditario tiene un contenido más reducido que el del socio colectivo. El Art.150 C. Comercio establece la obligación de comunicar a los socios comanditarios el balance y los documentos y antecedentes necesarios para comprobarlo y juzgar las operaciones.

# 3. RELACIONES JURÍDICAS EXTERNAS

La representación de la sociedad corresponde a los socios colectivos:

Responsabilidad de los socios colectivos: Igual que en la sociedad colectiva (148.1 C.Comercio)

Responsabilidad de los socios comanditarios: Responsabilidad limitada a los fondos que pusieren o se obligaren a poner en la sociedad el socio comanditario que no haya cumplido totalmente su obligación de aportar apoyándose en el tenor literal del artículo 148 C.Comercio pero parece que no es suficiente lo dispuesto en dicho artículo para admitir fehacientemente la existencia de tal acción directa. Por tanto acción directa sólo cabe contra socios colectivos y no comanditarios. Régimen de responsabilidad distinto para socios comanditarios si:

<u>Incluyó su nombre o consiente su inclusión en la razón social:</u> lo cual supone que tendría la misma responsabilidad que un socio gestor aunque seguiría siendo comanditario.

No lo incluyó o no consintió su inclusión en la razón



social: sólo responsabilidad como socio comanditario

# 4. TRANSMISIONES DE LAS PARTES SOCIALES

Son aplicables las mismas reglas que para el caso de las sociedades colectivas. Por tanto, el socio necesita el consentimiento de los demás para transmitir a otra persona el interés que tenga en la compañía. La transmisión de las partes del socio implica una modificación de la escritura que debe inscribirse en el Registro.

