

# La transformación de sociedades anónimas (\*)

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCION: 1. LA REFORMA DEL CAPÍTULO VIII DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS. 2. TRANSFORMACIÓN VOLUNTARIA Y TRANSFORMACIÓN OBLIGATORIA O POR IMPERATIVO LEGAL.—II. LA TRANSFORMACION VOLUNTARIA: 1. CONSIDERACIÓN GENERAL. 2. LA TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDAD NO ANÓNIMA EN SOCIEDAD ANÓNIMA: 2.1. *La adaptación del artículo 140 LSA.* 2.2. *Fundación retardada y transformación.* 3. LA TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDAD ANÓNIMA: LA TUTELA DE LOS SOCIOS: 3.1. *Transformación de sociedad anónima en sociedad colectiva o comanditaria: el derecho de adhesión.* 3.2. *Transformación de sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada: la «vacatio».*—III. LA TRANSFORMACION OBLIGATORIA: 1. LA TRANSFORMACIÓN OBLIGATORIA ABSOLUTA: REDUCCIÓN OBLIGATORIA DEL CAPITAL SOCIAL MEDIANTE AMORTIZACIÓN DE ACCIONES Y TRANSFORMACIÓN OBLIGATORIA. 2. LA TRANSFORMACIÓN OBLIGATORIA RELATIVA: 2.1. *La transformación como consecuencia de la reducción del capital, obligatoria o no, por causa de pérdidas.* 2.2. *La transformación como alternativa al aumento obligatorio del capital social:* 2.2.1. El supuesto de hecho. 2.2.2. El plazo para la transformación. 2.2.3. El momento de la transformación. 2.2.4. Referencia a la transformación de sociedad de responsabilidad limitada.

## I. INTRODUCCION

### 1. LA REFORMA DEL CAPÍTULO VIII DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

El artículo 5.º del Proyecto de Ley de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades tiene como objeto la modificación del actual Capítulo VIII de la Ley de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951. El Capítulo amplía su denominación —«Transformación, fusión y escisión»— y su contenido como consecuencia de la incorporación al derecho interno de las Directivas 77/855/CEE y 82/891/CEE —la 3.ª y la 6.ª—, dividiéndose en tres Secciones,

---

(\*) Texto que sirvió de base a la conferencia pronunciada en Zaragoza el 24 de noviembre de 1988, en las «Jornadas sobre la Reforma de las Sociedades de Capital».

la primera de las cuales se ocupa precisamente de la transformación (artículos 133 a 141). Pero mientras que la reforma de las Secciones segunda y tercera, relativas, respectivamente, a la fusión y a la escisión, es total y completa, la de la Sección primera únicamente afecta a tres artículos de la Ley: los artículos 135, 139 y 140.

El Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas, de 1979, se ocupaba de la transformación en la Sección primera del Capítulo VIII. El régimen jurídico de la transformación contenido en este Anteproyecto (arts. 208 a 216) sólo se separaba en simples detalles del régimen de la LSA. Además de la corrección de la «errata» del artículo 139 (v. art. 214 del Anteproyecto), destacaba como innovación importante el expreso reconocimiento en el texto prelegislativo de la admisibilidad de la transformación de sociedades cooperativas o mutuas en sociedades anónimas (art. 215). Por el contrario, el Anteproyecto de Ley de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades, de 1987, no modificaba en absoluto el régimen jurídico de la LSA. La reforma de los tres indicados artículos de esa Ley fue considerada oportuna, no obstante, por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, la cual, en la versión del Anteproyecto de 19 de enero de 1988, amplió la reforma parcial a dichos artículos, de donde pasaron al Proyecto de Ley (cfr. E. BELTRÁN: «Hacia un nuevo Derecho de Sociedades Anónimas», *RDBB*, 1988, págs. 329-367, 361).

No son éstos, sin embargo, los únicos preceptos a considerar en la exposición del derecho proyectado. Al lado de ellos es imprescindible prestar atención a aquellos preceptos que configuran la transformación como alternativa para aquellas sociedades que no quieran o no puedan aumentar su capital social hasta el mínimo legal (disposición transitoria 3.<sup>a</sup>) o que, por una u otra causa, tengan que reducirlo por debajo de esa cifra.

## 2. TRANSFORMACIÓN VOLUNTARIA Y TRANSFORMACIÓN OBLIGATORIA O POR IMPERATIVO LEGAL

En efecto, el Proyecto de Ley atiende a la transformación desde una doble perspectiva: como *transformación voluntaria*, es decir, como aquel acuerdo social libre y espontáneo por cuya virtud una sociedad mercantil cambia la forma social, y como *transformación obligatoria* o por imperativo legal, por consecuencia de una determinada situación (cifra del capital social, pérdidas patrimoniales). Naturalmente, la transformación obligatoria es también voluntaria, en el sentido de que la exigencia de acuerdo adoptado por junta general de accionistas es común a ambas clases de transformaciones. La reforma no ha previsto ni transformaciones legales ni transformaciones judiciales, de oficio o a solicitud de interesado. Pero mientras en el caso de la denominada transformación voluntaria, el acuerdo de la junta general es absolutamente libre —la junta

puede adoptarlo o no adoptarlo—, sin consecuencias negativas para la sociedad, en el caso de transformación obligatoria, la falta de adopción de un acuerdo positivo —o de otro alternativo— acarrea importantes consecuencias para la sociedad o para sus administradores.

## II. LA TRANSFORMACION VOLUNTARIA

### 1. CONSIDERACIÓN GENERAL

El régimen jurídico de la transformación de sociedades anónimas (o en sociedades anónimas) se contiene —como ya se ha indicado— en la Sección 1.ª del Capítulo VII de la LSA. Las modificaciones introducidas por el Proyecto de Ley son escasas: se corrige la supuesta y famosa «errata» del artículo 139; se exige que en caso de transformación de sociedad no anónima en sociedad anónima, se redacte un informe por expertos independientes sobre el patrimonio social no dinerario (art. 140). y se suprime, en fin, el derecho de separación del accionista en caso de transformación de sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada.

El artículo 131 LSA establece que los socios que en virtud de la transformación asuman *responsabilidad limitada* por las deudas sociales, responderán *en la misma forma* de las deudas anteriores a la transformación. Por su inserción sistemática en el Capítulo VIII, este artículo trata de la transformación de una sociedad anónima en otra forma social mercantil, mientras que del supuesto inverso se ocupan los dos artículos siguientes. De ahí que el precepto contenga una disposición normativa «que no necesita expresarse»: es obvio que los accionistas que pasan a ser socios de una sociedad de responsabilidad limitada o comanditarios de una sociedad comanditaria simple o por acciones no responden personalmente de las deudas sociales anteriores a la transformación. Por tanto, la más autorizada doctrina entiende que «o es una errata o se ha querido dar una sintaxis que haga deducir la disposición normativa del sentido del precepto tomado *a contrario sensu*: los que responden ilimitadamente, responderán así también de las obligaciones precedentes a la transformación» (J. GIRÓN: *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, s. f., pero 1952, pág. 611). Con buen criterio, el Proyecto de Ley, al igual que el Anteproyecto de 1979 (art. 214), sustituye la referencia a la responsabilidad limitada de los socios por la contraria, corrigiendo así la «errata» —caso de que efectivamente lo sea— durante tantos años mantenida.

Mientras que el requisito del informe de experto independiente, en el caso de transformación de sociedad anónima en otra forma social mercantil (art. 140), pertenece a la *adaptación* del derecho español a las exigencias comunitarias, la supresión del derecho de separación del accionista, en el supuesto de transformación de anónima en limitada, pertenece al ámbito de la *reforma parcial*. Estas dos modificaciones tienen,

sin embargo, un denominador común: con ellas se intensifica simultáneamente la tutela de los socios y de los terceros.

No obstante, es de lamentar que la reforma del régimen jurídico de la transformación no haya sido más amplia y ambiciosa. De entre las *reformas postpuestas* hay dos que, por su objetiva importancia, reclaman la atención del legislador.

a) La primera es relativa a la *ampliación de las posibilidades de la transformación*. No sólo falta un régimen general de la transformación —con los delicados problemas que en orden a la tutela de socios y de terceros esta ausencia normativa plantea—, como también en materia de fusión y de escisión; falta, además, una sustancial ampliación del «perímetro de la transformación». El cambio de forma sólo es posible entre sociedades de una *misma naturaleza*. La Ley de Sociedades Anónimas responde a este criterio cuando afirma que cualquier transformación de sociedad anónima en forma distinta de las mercantiles será nula (artículo 133).

Ni siquiera en el interior de la familia de las sociedades lucrativas (o directamente lucrativas) son posibles las transformaciones de sociedades civiles en mercantiles y viceversa. En el estado actual de la legislación española, tan sólo cabrá admitir la transformación de una sociedad civil en forma colectiva o comanditaria en sociedad anónima o de responsabilidad limitada; pero no siempre la inversa es posible: está prohibida expresamente la transformación de sociedad anónima, mercantil por la forma (art. 3, 1), en sociedad civil (aunque la anónima que se transforma tuviera objeto civil; arg. ex art. 133 LSA). Un autorizado sector de la doctrina considera igualmente prohibida la mal llamada «regresión» de sociedad personalista con objeto mercantil a sociedad civil (J. GIRÓN: *Derecho de sociedades*, I, Madrid, 1976, pág. 356; v., sin embargo, a nuestro juicio, con mayor acierto, M. DE LA CÁMARA: *Estudios de Derecho mercantil*, 2.ª ed., Madrid, 1978, II-2.º, págs. 228 ss.).

Frente al criterio legal restrictivo respecto de la susceptibilidad de transformación, la práctica exige admitir decididamente las posibilidades de la transformación. No sólo en relación con sociedades de la misma naturaleza —civiles y mercantiles—, sino incluso en relación con sociedades de naturaleza distinta: la transformación de sociedades lucrativas en sociedades no lucrativas o de base mutualista, y viceversa, es hoy una necesidad. Cuando las formas sociales, despojándose de elementos estructurales de épocas pasadas, caminan aceleradamente hacia la condición de simples formas neutras de organización, los límites dogmáticos procedentes de aquéllas pierden su justificación. Un adecuado régimen jurídico general en la lejana Ley General de Sociedades podría evitar los problemas específicos de estas transformaciones.

El camino de ampliación de las transformaciones posibles, iniciado por la Ley de 14 de diciembre de 1954 (art. 29.2), ha sido continuado por la vigente Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado, que expresamente admite que las entidades de seguros puedan transformarse en sociedades de *otra naturaleza jurídica o clase* autorizadas por la citada Ley (art. 28.3; v. también art. 84.5 y 6 del Reglamento de Ordenación del Seguro Privado, aprobado por el Real Decreto 1348/1985, de 1 de agosto, y art. 40.3 del Reglamento de Entidades de Previsión Social, aprobado por el Real Decreto 2615/1985, de 4 de diciembre). Así, por ejemplo, una sociedad anónima de seguros puede transformarse en una cooperativa de seguros o en una sociedad mutua, a prima fija o a prima variable, y viceversa, no obstante su diferente naturaleza, siempre que supere el margen de solvencia establecido y que cuente con la autorización del Ministerio de Economía y Hacienda, previa información pública en la que los asegurados podrán expresar, en su caso, las razones de su disconformidad (art. 27.3 y 4 de la Ley, al que se remite el art. 28.3). En esos casos, la Ley 33/1984 protege a los asegurados permitiéndoles la resolución de los contratos de seguro (cfr. F. RODRÍGUEZ ARTIGAS: «Transformación de entidades aseguradoras», en E. Verdera: *Comentario a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, I, Madrid, 1988, págs. 653-697).

Fuera de este ámbito sectorial, hay que hacer referencia a la Ley General de Cooperativas, de 19 de diciembre de 1974, que otorgaba a las constituidas con arreglo a la legislación anterior la opción entre adaptar sus Estatutos a los preceptos de esa Ley o transformarse como sociedades civiles o mercantiles (disposición transitoria 3.ª; v. también disposición transitoria 2.ª del Reglamento de 16 de noviembre de 1978), posibilidad que no contempla la vigente Ley 3/1987, de 2 de abril.

b) La segunda reforma igualmente necesaria es la relativa a los efectos de la transformación de la sociedad arrendataria sobre el contrato de arrendamiento urbano. El problema no es exclusivo de la transformación, sino común con la fusión (y la escisión). Mediante una interpretación *a contrario sensu* de un determinado precepto de la Ley de Arrendamientos Urbanos (art. 31.4) —interpretación, a lo que parece, avallada por la génesis de dicho precepto—, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sents. de 11 de julio de 1955, 24 de abril y 25 de abril de 1959, 12 de octubre de 1962, 13 de febrero de 1963, 16 de junio y 14 de octubre de 1970, 25 de octubre de 1988; v., sin embargo, S.T.S. de 30 de diciembre de 1969) entiende que, en caso de transformación voluntaria —esto es, la que no se realiza «por ministerio de la Ley» (v. art. 31.4 LAU)—, es preciso recabar el consentimiento del arrendador o, en caso contrario, dar cumplimiento riguroso y exacto a los requisitos legales del traspaso, con la consecuencia de que el arrendador puede ejercitar los derechos de tanteo y de retracto o participar en el precio del asignado al derecho de arrendamiento. De lo contrario, existirá causa legal para la resolución del contrato (art. 114.5 LAU).

Prescindiendo de la contrariedad de esta solución con el principio de la conservación de la personalidad jurídica de la sociedad transformada (art. 137.1 LSA), es lo cierto que su mantenimiento —*al menos*,

*con carácter general*— produce efectos muy negativos en la vida de las sociedades mercantiles españolas. Muchas de ellas no han acometido transformaciones objetivamente aconsejables o las han acometido con retraso por el temor de la reacción del arrendador, ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo razonable sobre la continuidad del arrendamiento. Por ello, hubiera sido deseable que el Proyecto de Ley hubiese aprovechado la ocasión para dar una solución al problema de la subsistencia de la relación arrendataria en el caso de transformación de la sociedad arrendataria.

La Ley 15/1986, de 25 de abril, de Sociedades Anónimas Laborales, contiene un precepto en el que expresamente se declara que, «en ningún caso, la adopción por *empresas preexistentes* de la forma de sociedad anónima laboral se considerará como transmisión de la relación arrendataria a los efectos de la legislación de arrendamiento» (art. 4.5). La deficiente redacción abre el interrogante de si el ámbito de la norma es la transformación de una sociedad en anónima y, además, anónima laboral, o si, por el contrario, dicho precepto sólo se refiere a la adquisición de la condición de laboral por una sociedad anónima y no por otras formas sociales. A nuestro juicio, de estas dos posibles interpretaciones, es la segunda la que resulta mejor fundada por cuanto que la Ley no admite expresamente la adquisición de la *laboralidad* por sociedades que no sean anónimas. Precisamente, a fin de disipar la duda acerca de si se trata de una nueva forma social —como en algún momento se pretendió en la larga gestación de la Ley 15/1984— o de una simple anónima especial, declara la Ley que la adquisición del carácter laboral por una sociedad anónima no se considera transformación (art. 4.3).

## 2. LA TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDAD NO ANÓNIMA EN SOCIEDAD ANÓNIMA

### 2.1. *La adaptación del artículo 140*

La única *adaptación* importante que en materia de transformación introduce el Proyecto de Ley es —según se ha señalado— la relativa a la necesidad de que cuando una sociedad colectiva, comanditaria o de responsabilidad limitada se transformen en sociedad anónima, se redacte un informe sobre el patrimonio social no dinerario por parte de expertos independientes y que dicho informe se incorpore a la escritura de transformación (art. 140.1 LSA).

El fundamento para esta modificación se encuentra en el artículo 13 de la Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976, a cuyo tenor:

«Hasta la posterior coordinación de las legislaciones nacionales, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que se den, al menos, garantías idénticas a las previstas por los artículos 2 al 12 en caso de transformación de una sociedad de otro tipo en sociedad anónima.»

Entre esas garantías destaca muy especialmente la relativa a que las aportaciones en especie o *in natura* sean objeto de un informe emitido con anterioridad a la constitución de la sociedad por uno o varios expertos independientes (art. 10). El Ministerio de Justicia, y tras él, el Gobierno, han entendido que la garantía del informe descriptivo y valorativo del experto independiente debía extenderse a la transformación, en la que, aunque, en rigor, no hay aportación, existe un patrimonio social no dinerario de una persona moral o colectiva que cambia de forma jurídica. En algunas de estas transformaciones, de una forma con responsabilidad de los socios por las deudas sociales, se pasa a una forma en la que esa responsabilidad no existe.

El Proyecto exige informe de expertos sobre el patrimonio no dinerario, pero no exige informe sobre el proyecto de transformación, a diferencia de lo que acontece en materia de fusión y escisión, ni determina si los socios tienen derecho a conocerlo con anterioridad a la junta general.

Sin embargo, por un defecto de técnica legislativa, el requisito del informe puede resultar más complejo y gravoso en caso de transformación que en caso de constitución de sociedad anónima o de aumento de capital social mediante aportaciones no dinerarias. La regla general es que tales aportaciones tienen que ser objeto de un informe «por uno o varios expertos independientes» (art. 10.1 Directiva 77/91/CEE y arts. 31.3 y 91.2 LSA). Es suficiente con que el informe sea firmado por un solo experto. Por el contrario, en caso de transformación en sociedad anónima se utiliza el plural («informe de los expertos»; artículo 140.1).

A pesar de esta distinta expresión, no debe considerarse que la voluntad legislativa sea la de exigir dos o más expertos. Al igual que en relación con el informe sobre el proyecto de fusión (art. 10 de la Directiva 77/855/CEE, de 9 de octubre de 1978, y art. 148 LSA), la exigencia se entiende cumplida con que el informe sea redactado y formulado por un experto, sin necesidad de añadir otro u otros más.

El Proyecto de Ley utiliza en otras ocasiones el plural para referirse a la autoría de estos informes sobre aportaciones no dinerarias o sobre proyectos societarios. Así, en materia de escisión (art. 149 LSA, frente a la fórmula clásica del art. 8 de la Directiva 82/891/CEE, de 17 de diciembre de 1982). Al igual que en su momento señalamos respecto del informe sobre el proyecto de escisión (v. A. Rojo: «La escisión de sociedades», en AA. VV., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, pág. 697), en caso de transformación proyectada en sociedad anónima, la determinación del número de expertos que deben describir y valorar el patrimonio no dinerario queda atribuida a la discrecionalidad de los administradores: pueden éstos solicitar el nombramiento de uno o varios.

Al no determinar a quién corresponde el nombramiento del experto o expertos, habrá que estar a la regla general: deberá ser nombrado por el Juez de Primera Instancia del domicilio social (art. 31.3 LSA) a solicitud de los administradores. A pesar de la objetividad del nombramiento judicial, esta solución puede resultar profundamente perturbadora por la escasa agilidad y eficacia de la Administración de Justicia. Sería muy aconsejable que, durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, el sistema judicial fuera sustituido por otro que, garantizando la independencia, permitiera un nombramiento rápido y sin injustificadas dilaciones. En este sentido, podría considerarse la atribución de esta competencia a los Registradores mercantiles.

En fin, además de la referida adaptación, la LSA (que mejora la redacción originaria del art. 140.2) exige que la escritura de transformación se presente a inscripción «acompañada del balance general cerrado el día anterior al del acuerdo de transformación». Se ha suprimido la aclaración de que ese balance debe estar «ajustado a las normas establecidas en el artículo 103» y que a él es preciso adjuntar una «relación valorativa del patrimonio social no dinerario efectuado con arreglo a lo prevenido en el artículo 104». La supresión de la referencia a que el balance debe confeccionarse con arreglo al esquema legal no plantea especiales problemas: la norma era demasiado obvia. Es evidente que el balance de transformación debe tener la estructura que ahora establece el artículo 103 (salvo que la sociedad pueda formular balance abreviado). La supresión de la referencia a la «relación valorativa» es igualmente acertada, al exigir la Ley informe previo de expertos independientes. Sin embargo, no aclara el Proyecto con arreglo a qué reglas de valoración debe confeccionarse el balance de transformación. De la interpretación sistemática se deduce que el balance de transformación debe confeccionarse con arreglo al principio de valor real, y no conforme a las reglas de valoración establecidas para el balance de ejercicio.

## 2.2. *Fundación retardada y transformación*

Sin embargo, la adaptación del régimen jurídico de la transformación a la Directiva 77/91/CEE no es completa. El artículo 13 de la Directiva —como ya se ha indicado— exige a los Estados miembros que, en caso de transformación en sociedad anónima, se reconozcan a los socios y a los terceros las mismas garantías que las establecidas, para el caso de fundación de una sociedad anónima, por los artículos precedentes. Entre esos artículos está precisamente el relativo a la fundación retardada (art. 11), cuya disciplina el Proyecto limita a las adquisiciones de bienes a título oneroso realizadas por la sociedad dentro de los dos primeros años *a partir de su constitución*, que son las únicas que, cuando su importe supere la décima parte del capital social, están sometidas al requisito de la aprobación por la junta general [art. 31a).1]. Se impone, pues,



extender el requisito del acuerdo de la junta a las adquisiciones que, con ese importe, sean realizadas dentro de los dos años siguientes a la transformación de la sociedad.

El Proyecto de Ley configura la fundación retardada como un supuesto de tutela del capital fundacional, y no pura y simplemente como un supuesto de tutela del capital social. Este es el planteamiento de la Directiva 77/91/CEE (art. 11), con la única excepción de la transformación (art. 12). Ya que es preciso modificar la actual redacción del correspondiente precepto, podría aprovecharse la ocasión —además de para restringir la exigencia en función de la condición subjetiva del adquirente— para aclarar que, a los efectos de determinar si se exige o no acuerdo de la junta general, el importe de las adquisiciones realizadas dentro de los dos primeros años tiene que calcularse en función del capital social existente en el momento de la adquisición, sea o no coincidente con el fundacional o con el de la escritura de transformación (cfr. M. LUTTER: *Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG*, Karlsruhe, 1964, pág. 310; C. H. BARZ, en *Aktiengesetz. Grosskommentar*, I, Berlín-Nueva York, 1973, pág. 370).

### 3. LA TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDAD ANÓNIMA:

#### LA TUTELA DE LOS SOCIOS

##### 3.1. *Transformación de sociedad anónima en sociedad colectiva o comanditaria: el derecho de adhesión*

En caso de transformación de sociedad colectiva o comanditaria, simple o por acciones, en sociedad anónima, el Proyecto de Ley conserva el derecho de separación (en sentido impropio) de los socios que no hayan votado a favor de la transformación, hubieran o no asistido a la junta (art. 135 LSA). La tendencia reductora del derecho de separación, apreciable en la supresión de este derecho en el caso de fusión, se aprecia también en materia de transformación, por cuanto que el Proyecto lo suprime en el caso de transformación de sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada.

La enmienda número 265 presentada en el Congreso de los Diputados al Proyecto de Ley por el Grupo Coalición Popular (v. *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, III Legislatura, serie A, núm. 80-6, correspondiente al 24 de junio de 1988, pág. 137) pretende la recuperación de ese derecho en el referido caso de transformación.

La transformación de sociedad anónima en colectiva y en comanditaria constituye el último reducto del llamado derecho de adhesión, es decir, un derecho de separación que se entiende ejercitado con todas sus consecuencias por la mera pasividad del socio disidente o del ausente. El hecho de que, por virtud de la transformación, los accionistas puedan

pasar a responder personal, solidaria e ilimitadamente de las deudas sociales, en cuanto colectivos de la transformada, pesó decisivamente para el mantenimiento de este sistema de tutela con su configuración actual.

El Proyecto de Ley unifica tanto el plazo de adhesión como el *dies a quo* para el cómputo de dicho plazo, haya o no asistido el accionista a la junta general que acordó la transformación. Tanto el disidente como el no asistente tienen un plazo de un mes para adherirse, plazo que se cuenta desde la fecha del último anuncio del acuerdo de transformación, sea el último el tercer anuncio publicado en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* (v. disposición final 1.<sup>a</sup>), sea el de la prensa no oficial (v. art. 134 LSA).

Hubiera debido aprovecharse la ocasión para modificar el régimen de publicidad del acuerdo de transformación, tomando como modelo el previsto para la fusión [art. 144.1, letra *d*)] y la escisión (art. 149.4). De un lado, habría que determinar el número de periódicos no oficiales en que publicar el anuncio —dos, en el caso de fusión—; de otro, habría que sustituir la expresión «gran circulación de la provincia» de la sede social por la de «gran circulación en la provincia». No hay razones objetivas para mantener estas pequeñas diferencias de matiz.

En cuanto al régimen del reembolso de su participación a los accionistas no adheridos al acuerdo de transformación en colectiva o en comanditaria, el Proyecto se remite a lo establecido para el caso de cambio de objeto social: los no adheridos obtendrán el reembolso de las acciones propias «al tipo que resulte de la apreciación del patrimonio líquido, según el último balance aprobado» (art. 85.4), balance que necesariamente será el de transformación (art. 136) y no el del ejercicio.

Si, a pesar de acordar transformarse, la sociedad que se transforma tuviera las acciones admitidas a cotización bursátil *en el momento de adoptar el acuerdo*, el reembolso se efectuará «al precio de cotización media del último semestre» (art. 85, 4). Para poder aplicar este criterio se exige que, durante dicho período, las acciones se hubieran cotizado, al menos, en dos sesiones.

### 3.2. *Transformación de sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada: la «vacatio»*

Fuera de la Sección relativa a la transformación, el Proyecto de Ley contiene una norma singular de tutela de los accionistas en caso de transformación de sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada. El artículo 85, sito en el Capítulo sobre modificación de los Estatutos sociales, conserva la norma por cuya virtud, cuando la modificación consista en restringir o condicionar la transmisibilidad de las acciones nominativas, los accionistas afectados que no hayan votado a favor del acuerdo, no quedan sometidos a él durante un plazo de tres meses, contados desde

la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* del extracto de la inscripción del acuerdo. Pero inmediatamente añade:

«La misma regla se aplicará en los casos de transformación de la sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada, contándose el plazo de tres meses desde la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de la escritura de transformación» (art. 85.3).

La única enmienda presentada en el Congreso de los Diputados en relación con esta norma —enmienda número 441, firmada por la Agrupación de Diputados DC (v. *BOCG*, CD, III Leg., serie A, núm. 80-6, página 187)— tiene como finalidad una mejora sistemática: se propone trasladar la norma, sin modificación alguna, al artículo 136, dentro de la Sección de la transformación.

Esta *extensión* de la solución normativa tiene como *fundamento* la *identidad de razón* entre los dos supuestos a los que aplica. Mientras que la circulación de las acciones es en principio libre, la circulación de las participaciones sociales está legalmente restringida por el derecho de adquisición preferente de los demás socios y de la sociedad (art. 20 LSRL). Cuando una anónima se transforma en limitada, el socio sufre una limitación similar que la que se produce para el accionista en el caso de introducción de una cláusula limitativa de la libre transmisibilidad de las acciones (nominativas) por modificación estatutaria. Ante esta similitud o, al menos, analogía de efectos, la tutela del accionista de sociedad anónima que se transforma en limitada se articula a través de una de las técnicas especiales previstas para la modificación.

La aplicación de la técnica de la *vacatio* al caso de transformación de anónima en limitada tiene, sin embargo, mucha mayor importancia de la que pudiera considerarse en un primer análisis. La sustitución de la tradicional técnica de tutela de accionista —el derecho de separación (en sentido impropio) o derecho de adhesión— por el sistema de la *vacatio* responde a la *idea subyacente* de la *unidad sustancial* de las formas de sociedades de capital. El reformador *intuye* que el tratamiento de la tutela del socio en caso de transformación no puede ser idéntico para todas las hipótesis de cambio de forma: si se opta en favor de las formas colectiva o comanditaria, la diversidad radical con la sociedad anónima justifica el recurso a una técnica tuitiva de particular rigor: el socio, para continuar como tal en la sociedad transformada, o vota a favor de la transformación o se adhiere al acuerdo. Pero si se opta en favor de la sociedad de responsabilidad limitada, la técnica de protección es una de las técnicas tradicionales para un determinado caso de modificación estatutaria. De este modo, se da el primer paso por el camino hacia una *única forma de sociedades de capitales*, dentro de la cual coexistirían dos o más modelos o tipos opcionales. Frente a la solución dualista —dos formas sociales de capitales: la anónima y la limitada—, el derecho del mañana parece orientarse hacia una solución unitaria: una única forma social, con pluralidad de modelos o tipos internos, aunque restringida la libertad de opción por razón del objeto social y, sobre todo, de las dimensiones de la empresa. A la voluntad electora de la forma, se añadiría la voluntad electora del tipo, sin la cual, la primera carecería de efi-

cacia. A cada uno de esos tipos se accedería desde la única forma social de capitales, *a través de una simple modificación estatutaria*, y no por transformación (cfr. H. ALBACH - CH. CORTE - R. FRIEDEWALD - M. LUTTER - W. RICHTER: *Deregulierung des Aktienrechts: Das Drei - Stufen - Modell*, Gütersloh, 1988, *passim*).

Como consecuencia de la solución legal, se introduce una excepción a la circulación restringida de las participaciones sociales.

Durante un determinado plazo, los socios que no hayan votado a favor de la transformación serán titulares de *participaciones sociales con circulación transitoriamente libre*, o más exactamente, con el régimen de circulación que tuvieran las acciones en el momento inmediatamente anterior a la transformación, aunque modificado por razón del objeto de la transmisión (que exige otorgamiento de escritura pública; v. art. 20 *in fine* LSRL).

Los *titulares* del derecho a transmitir bajo ese régimen las participaciones sociales son —como se acaba de indicar— los socios de la sociedad de responsabilidad limitada —accionistas de la anónima transformada— que no hayan votado a favor de la transformación. Dentro de esta amplia categoría figuran los socios no asistentes a la junta general; los que, asistiendo a la junta, se hubieran abstenido de tomar parte en la votación; los que, por causa independiente o no de su voluntad, no hubieran emitido voto alguno; los que hubieran emitido voto nulo, y, en fin, los que hubieran votado en contra de la transformación.

En muchas ocasiones, para el ejercicio del derecho se planteará un *problema de legitimación*: el que pretenda adquirir las participaciones sociales exigirá, como es lógico, que se acredite el que el socio no ha votado a favor del acuerdo de transformación. Por supuesto, el socio tiene derecho a obtener de la sociedad certificación no sólo de los acuerdos sociales, sino también del acta íntegra (art. 26.3 del Código de Comercio, en el caso de que prospere la enmienda núm. 294, presentada al Proyecto de Ley por el Grupo Socialista del Congreso); pero en el acta no tiene por qué recogerse el nombre de los socios votantes o de quienes no hubieran votado a favor. A fin de evitar problemas a los socios sería de desear que se reformara el Proyecto, exigiendo que en la escritura de transformación se haga constar los nombres de quienes no hayan votado a favor del acuerdo. En otro caso, hay que confiar en la buena fe y disposición del Secretario de la junta. Basta con que incluya en el acta la relación nominal de los que hubieran emitido voto favorable o de quienes no lo hubieran hecho. Si esa confianza no existe, es aconsejable preconstituir la prueba de la legitimación mediante, por ejemplo, la entrega de los títulos de las acciones, sean nominativos o al portador, a fedatario público con anterioridad al día de la junta general, manteniéndolas inmovilizadas hasta que dicha junta haya finalizado.

Por el contrario, las personas que hayan adquirido las participaciones sociales durante el período de *vacatio* quedan sometidas al régimen legal y estatutario, sin poder ellas, a su vez, transmitir libremente la totalidad o

parte de las participaciones adquiridas, aunque esta segunda transmisión tuviera lugar dentro de la *vacatio*.

El *plazo* para el ejercicio del derecho es de tres meses a contar, no desde la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de transformación, sino desde la publicación del extracto o de los datos esenciales en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* (art. 85.3). Aunque la reforma no ha previsto expresamente esa publicación de la transformación, es principio general del derecho español proyectado que *todo* asiento registral debe comunicarse al Registro Central, el cual dispondrá del referido *Boletín Oficial*, en el que se publicará necesariamente un extracto o una mención de los datos esenciales de los asientos practicados (art. 18.1).

Repárese en que el derecho español proyectado es, en este punto, mucho más avanzado que la Directiva 68/151/CEE. De un lado, porque la exigencia de la publicación se extiende a los actos de *todos los sujetos* inscritos (y no sólo a los de las sociedades anónimas, limitadas y comanditarias por acciones; cfr. art. 1 de la Directiva 68/151/CEE); de otro, porque comprende un mayor número de actos de esos sujetos (art. 18 del Código de Comercio; cfr. art. 6.4 de la Directiva 68/151/CEE).

A la hora de fijar el *dies a quo* del plazo de tres meses, el Proyecto incurre en la incorrección de referirse a la publicación de la *escritura* de transformación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*. Sin embargo, la escritura no se publica. El Reino de España ha optado por no exigir la publicación íntegra de los documentos inscritos (v. art. 18.1 del Código de Comercio, en relación con el art. 6.4 de la Directiva 68/151/CEE). Sería equivocado entender que la transformación constituye una excepción a esa regla general. Consiguientemente, hay que interpretar la norma analizada en el sentido de que el plazo se computa desde la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* de los *datos esenciales* de la inscripción relativa a la transformación.

Naturalmente, la transmisión de las participaciones sociales efectuada durante ese plazo de tres meses tiene que formalizarse necesariamente en escritura pública (art. 20 *in fine* LSRL) y ser comunicada por escrito a la sociedad transformada, sin lo cual no podrá el adquirente pretender el ejercicio de los derechos de socio (art. 22 LSRL).

En cuanto al *contenido* del derecho, es preciso distinguir un aspecto negativo y otro positivo. Desde un punto de vista negativo, el socio *puede*, si lo desea, beneficiarse de la *no sumisión* al régimen legal o estatutario de transmisión de las participaciones sociales (art. 20 LSRL), es decir, que no está obligado a comunicar la transmisión proyectada a la sociedad, comunicación que pondría en marcha el eventual ejercicio del derecho de adquisición preferente por parte de los demás socios o por parte de la sociedad. Desde un punto de vista positivo, en sustitución de ese régimen legal o estatutario de transmisión, *puede* el socio transmitir la totalidad o parte de las participaciones de su propiedad *como si* la transformación no hubiera tenido lugar, esto es, conforme a las normas legales y, en su caso, estatutarias por las que se regía la transmisión de las acciones en el

momento de la transformación, si bien, por razón del objeto que se transmite —participaciones sociales, y no acciones—, la transmisión debe formalizarse necesariamente en *escritura pública* (art. 20 *in fine* LSRL). Si las acciones eran libremente transmisibles, las participaciones del socio que no hubiera votado a favor de la transformación también lo serán durante el plazo legal. Si los Estatutos de la sociedad anónima transformada contenían cláusulas que restringían o condicionaban la libre transmisibilidad de las acciones (art. 46 LSA), las participaciones del socio titular del derecho circularán —podrán circular— conforme al régimen estatutario de transmisión de las acciones. No hay que interpretar la norma que se analiza en el sentido de que el socio que no hubiera votado a favor del acuerdo de transformación puede transmitir libremente las participaciones sociales. Lo que la reforma pretende es la *prolongación del régimen de transmisión de las acciones* existente en el momento de la transformación a las participaciones de los socios que no la hubieran consentido. El régimen de circulación de las participaciones de esos socios será —podrá ser— el régimen estatutario o, supletoriamente, legal (art. 46 LSA) vigente para las acciones en el momento de la transformación.

El socio tiene el *derecho* a beneficiarse de esta norma de tutela, pero no la obligación. Puede, si lo desea, someterse al régimen legal o estatutario de transmisión de las participaciones sociales. Así lo hará, por ejemplo, cuando, por cualquier razón, el nuevo régimen sea mejor para sus intereses que el anterior. Por lógica, cuando el contenido de la cláusula estatutaria limitativa de la transmisibilidad de las acciones, vigente para la anónima transformada, sea más restrictivo que el régimen legal o estatutario de transmisión de las participaciones sociales, se someterá voluntariamente a este último.

Durante la *vacatio*, cada una de las transmisiones que efectúe el socio son recíprocamente independientes, incluso en el caso de identidad del adquirente de las participaciones. La sumisión a uno u otro régimen de transmisión —el antiguo previsto para las acciones o el nuevo de las participaciones— se efectúa en cada caso, sin que la primera transmisión efectuada durante el plazo legal condicione el régimen jurídico aplicable a las que con posterioridad realice el socio durante dicho plazo.

No es dudoso que esta norma especial de tutela se aplica no sólo a las transmisiones *inter vivos*, voluntarias o efectuadas como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución, sino también a las transmisiones *mortis causa* de las participaciones del socio que no hubiera votado a favor del acuerdo y que, con anterioridad a la transformación o con posterioridad a ella, pero antes de que finalice la *vacatio*, hubiera fallecido. Cuando en los Estatutos o en la escritura de la sociedad de responsabilidad limitada existiera una cláusula por cuya virtud se reconociera

a los socios sobrevivientes del fallecido un derecho de adquisición preferente de las participaciones sociales del socio fallecido, los herederos de éste podrán, si lo desean, no considerarse obligados por dicha cláusula y, consiguientemente, adquirir las participaciones sociales conforme al régimen preexistente para la adquisición por sucesión hereditaria de las acciones de la anónima transformada.

La aplicación de la técnica de la *vacatio* a la transformación de anónima en limitada es la contrapartida que la reforma ofrece a los socios que no hubieran votado a favor de la transformación por la supresión, en este concreto supuesto, del derecho de adhesión. Mientras que el accionista tiene derecho de separación (en sentido impropio) si la sociedad anónima se transforma en colectiva o en comanditaria, carece de él —como ya ha habido ocasión de señalar— si la transformación es en sociedad de responsabilidad limitada (art. 135.1). Esta supresión del derecho de adhesión plantea el problema de la identificación de los socios de la sociedad de responsabilidad limitada cuando la anónima que se transforma tenga acciones al portador. En el régimen de la Ley de 17 de julio de 1951, ese problema no existía porque el socio quedaba perfectamente identificado por el voto favorable que, en rigor, tenía que constar en acta o por la posterior adhesión por escrito al acuerdo de transformación. Pero en el derecho proyectado, sólo se conocerán los nombres de los accionistas que hubieran ejercitado el derecho de asistencia (v. art. 64), pero no de quienes no hubieran asistido, por sí o por medio de representante, los cuales, sin embargo, por virtud de la transformación, cambian su condición de accionistas de una anónima por socios de una limitada. La Ley obliga a que la escritura pública de transformación exprese todas las menciones exigidas por la Ley para la constitución de la sociedad cuya forma se adopte (art. 136), entre las que necesariamente debe figurar el nombre, el domicilio y la nacionalidad de todos los socios (art. 7.1 LSRL). La sociedad, por su parte, está obligada a llevar un libro registro de socios, «en el que se inscribirán sus circunstancias personales, las participaciones sociales que cada uno de ellos posea y las variaciones que se produzcan» (art. 22 LSRL).

Sería muy aconsejable que la Ley —o, al menos, el futuro Reglamento de Registro Mercantil— contuviera alguna norma en relación con este problema de la falta de identificación; pero, en todo caso, a nuestro juicio, el hecho de que no se conozcan los nombres de todos los socios no puede impedir que se otorgue la correspondiente escritura de transformación. En ella, sin embargo, deberá expresarse la parte del capital social de la limitada que pertenezca *ad incertas personas* y el número de participaciones adjudicadas a quienes en su momento acrediten la condición de socios. A medida que esa identificación se vaya produciendo, los administradores de la sociedad, además de efectuar la oportuna inscripción en el libro registro de socios, deberían otorgar escritura pública de concreción o especificación de la adjudicación, que se inscribiría en el Registro Mercantil.

### III. LA TRANSFORMACION OBLIGATORIA

Al lado de la transformación voluntaria, es preciso prestar atención a los casos de transformación obligatoria o por imperativo legal, que el Proyecto configura con un doble criterio: un primer grupo de casos son

los de transformación obligatoria *absoluta*; un segundo grupo está constituido por los supuestos de transformación obligatoria *relativa*. La diferencia entre unos y otros radica en que mientras cuando la obligación de transformar es absoluta, la sociedad no puede sustraerse al cumplimiento de esta obligación legal salvo que *previamente* aumente el capital social, cuando es relativa tiene la opción entre cambiar de forma y aumentar el capital social en la medida necesaria. En el primer grupo de casos, el aumento debe ser anterior, pues de lo contrario no queda más remedio que cambiar de forma; en el supuesto de transformación obligatoria relativa, el aumento puede ser simultáneo a la reducción.

El Proyecto parece partir de la regla de que la obligación es absoluta [arg. ex art. 101d).5], configurando como excepciones los casos de obligación relativa.

No se aprecia, sin embargo, suficiente fundamento para esta solución, que probablemente es más la consecuencia de la defectuosa formulación normativa que decisión de política legislativa. Por estas razones, y para evitar dificultades y disfunciones, sería prudente admitir que, siempre que la reducción del capital social sea obligatoria, el acuerdo puede adoptarse bajo la condición suspensiva de (la ejecución de) un acuerdo simultáneo de aumento del capital social, al menos, hasta la cifra máxima legal, generalizando así la solución dada para un supuesto concreto y determinado.

1. LA TRANSFORMACIÓN OBLIGATORIA ABSOLUTA:  
REDUCCIÓN OBLIGATORIA DEL CAPITAL SOCIAL MEDIANTE  
AMORTIZACIÓN DE ACCIONES Y TRANSFORMACIÓN OBLIGATORIA

Cuando una sociedad anónima esté obligada legalmente a amortizar acciones y las acciones a amortizar reduzcan el capital por debajo de la cifra mínima, la sociedad debe inmediatamente adoptar el acuerdo de transformación.

a) Así sucede, en primer lugar, en los supuestos de amortización obligatoria de las acciones propias.

En el derecho proyectado, la obligación de reducir el capital social existe tanto en los casos de falta de enajenación en el plazo máximo de un año de las acciones adquiridas en contravención de cualquiera de los requisitos relativos al acuerdo previo de la junta general, al límite del 10 por 100 y a la dotación de la reserva por acciones propias [art. 47 h).2], como en los casos de falta de enajenación en el plazo máximo de tres años de las acciones adquiridas sin necesidad de observar tales requisitos en alguno de los supuestos excepcionales taxativamente enumerados en el proyecto [art. 47i).2]. El mero transcurso de los plazos legales sin enajenación de las acciones propias hace nacer la obligación de redu-



cir el capital social mediante la amortización de las acciones [arts. 47h). 2 y 47i).2, en relación con el art. 100.2]. Los administradores están obligados a convocar junta general para que ésta acuerde la reducción antes que finalicen dichos plazos, ya que una vez vencidos cualquier interesado puede solicitar del Juez del domicilio social la reducción del capital social. Si no hay reducción por acuerdo de la junta general, puede haber reducción por resolución judicial [arts. 47h).2 y 47i).2].

El Anteproyecto redactado por la Comisión General de Codificación no preveía la posibilidad de reducción del capital social por resolución judicial si la sociedad incumplía la obligación de amortizar las acciones propias. Presentada, además, una importante diferencia con el texto del Gobierno: eran los administradores los que debían proceder a la reducción del capital social, sin necesidad de acuerdo de la junta general [art. 47m)]. La crítica a que fue sometida esta excepción a la competencia de la junta general y la propuesta de tener en cuenta la solución dada al problema por el artículo 2.357.4 del *Codice Civile* italiano (v. J. C. PAZ-ARES: «Negocios sobre las propias acciones», en AA. VV., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, cit., págs. 473-632, 547-548), explican que en el Proyecto de Ley se atribuyera esa competencia a la junta y que se admitiera la reducción del capital social por la autoridad judicial. Sin embargo, entre el derecho italiano y el español proyectado existe una importante diferencia: ambos imponen a los administradores la obligación de solicitar del Juez la reducción del capital social mediante amortización de las acciones propias cuando la sociedad omitiera la adopción de las medidas legalmente previstas. Pero separándose de su modelo, el Proyecto amplía la legitimación a «cualquier interesado».

Pues bien, cuando la reducción del capital social tenga que realizarse hasta una cifra inferior al mínimo legal, debe adoptarse simultáneamente el acuerdo de transformación. Si la reducción del capital es obligatoria, también lo es la transformación siempre que se descienda por debajo de esa cifra.

El problema se plantea cuando la reducción se decreta por el Juez. En tal hipótesis es claro que la autoridad judicial no puede, por su solo ministerio, acordar la transformación de la sociedad, ni tampoco declararla disuelta, ya que, de una parte, ninguna norma ha previsto transformaciones por resolución judicial y, de otra, la reducción del capital social por debajo del mínimo legal no se ha configurado como causa legal de disolución. El conflicto es manifiesto: el Juez no puede abstenerse de decretar la reducción del capital social, pero esa resolución judicial probablemente no será inscribible en el Registro Mercantil, ya que, de lo contrario, se estaría abriendo la puerta a sociedades con capital inferior al legal. El fraude se realizaría fácilmente mediante el simple expediente de adquirir acciones propias, solicitando los administradores, en su momento, de la autoridad judicial la reducción del capital social.

b) Así sucede también, en segundo lugar, en los casos de amortiza-

ción obligatoria de las acciones de los accionistas que hubieran ejercitado el derecho de separación, sea por cambio del objeto social (art. 85.4), sea por cualquier otra causa señalada en la Ley o en los Estatutos sociales (art. 13.7.º).

Sin embargo, el reembolso de las acciones de los accionistas que ejerciten el derecho de separación no tiene por qué realizarse necesariamente a través de la oportuna reducción del capital social y la correlativa amortización de las acciones. El acuerdo de la junta general que comporte la posibilidad de separación por parte de accionistas puede ser simultáneo a la autorización de adquisición de las acciones por parte de la propia sociedad, en las condiciones fijadas por la Ley [art. 47h).1]. Si se cuenta con esa autorización, la sociedad dispone del plazo de un año para enajenar las acciones adquiridas, y sólo está obligada a amortizarlas si transcurrido ese plazo, la enajenación no ha tenido lugar [art. 47h).2].

Cuando la sociedad opta por la inmediata reducción del capital por debajo de la cifra mínima del capital social, bien por considerarlo más conveniente a sus intereses, bien por no estar en condiciones de adquirir las acciones de quienes se separan [v.gr.: al no poder dotar la reserva especial; v. art. 47h).1-3.º], la reducción debe ir acompañada de la transformación.

c) El último supuesto de reducción y transformación obligatorias simultáneas es el de amortización de las acciones del socio moroso, al no poder efectuarse la enajenación de las mismas [art. 47e).3], cuando la reducción del capital tenga que realizarse hasta situarlo en una cifra inferior a los diez millones.

Conviene advertir que el Proyecto de Ley utiliza, en ocasiones, como términos sinónimos, la *anulación* de acciones [v., por ejemplo, artículos 47e).3 y 47h).2] y la *amortización* [v. arts. 47i).2; 100.2; 101.3 y 101 c).3]. Sería aconsejable reservar el término *anulación* para el fenómeno de la sustitución documental o de títulos [v. art. 47a)], y utilizar el término *amortización* para la supresión de las partes ideales de valor, a las que se conecta la titularidad de los derechos integrantes de la condición de socio.

## 2. LA TRANSFORMACIÓN OBLIGATORIA RELATIVA

### 2.1. *La transformación como consecuencia de la reducción del capital, obligatoria o no, por causa de pérdidas*

El Proyecto de Ley contiene la prohibición de reducir el capital social por debajo del mínimo legal. Ni siquiera cabe desconocer ese mínimo en caso de pérdidas. Aún más: ni siquiera cuando, por razón de la importancia de las pérdidas, la reducción es obligatoria. En tales supuestos, para armonizar la prohibición de reducir con la obligación de hacerlo, la so-

ciudad tiene que adoptar otro acuerdo simultáneo: bien el aumento del capital social, bien la transformación:

«Sólo podrá acordarse la reducción del capital social por debajo de la cifra mínima establecida en el artículo 4, para restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio disminuido por consecuencia de pérdidas, siempre que se acuerde simultáneamente el aumento de capital, mediante nuevas aportaciones, hasta una cifra igual o superior al mínimo legal. Esta norma no se aplicará si se acuerda la transformación de la sociedad» [art. 101d).5].

En el Proyecto de Ley, el tratamiento jurídico de la reducción del capital social por debajo de la cifra mínima por causa de pérdidas presenta un gravísimo defecto. Se admite «siempre que *se acuerde simultáneamente* el aumento del capital social» [v. art. 101d).5 y 6]. Sin embargo, no debería bastar con ese simultáneo acuerdo: el aumento puede ser suscrito y desembolsado, y puede no serlo o ser la suscripción incompleta o insuficiente (v. art. 98). Una cosa es el acuerdo de aumento y otra la *ejecución* de ese acuerdo. Con la redacción actual, puede burlarse fácilmente la finalidad de la norma, con el simple acuerdo simultáneo de aumentar el capital, aunque ni uno solo de los accionistas suscriba luego las acciones y las desembolse, al menos, en una cuarta parte. Sería deseable, por consiguiente, que se modificara el Proyecto en este punto a fin de *condicionar suspensivamente* la eficacia del acuerdo de reducción por debajo de la cifra mínima *a la ejecución* de ese otro acuerdo simultáneo de aumento, limitando la competencia de la junta general para la fijación del plazo de suscripción y desembolso de las acciones. Si la ejecución no tiene lugar dentro de un período determinado fijado por la Ley, la sociedad quedaría obligada a una inmediata transformación (o a disolverse).

En tales casos, si no se acuerda la transformación, existiendo cualquier clase de desequilibrio entre capital y patrimonio, el acuerdo de reducción es nulo si no va acompañado del simultáneo aumento. Los acuerdos de reducción y de aumento tienen que adoptarse simultáneamente y acceder también de forma simultánea al Registro Mercantil.

Si se adoptan simultáneamente los acuerdos de reducción y de transformación, la ejecución será o no instantánea según que la reducción tenga carácter obligatorio o sea meramente voluntaria. Si es obligatoria, los acreedores no tienen derecho de oposición [art. 101c).1] y, en consecuencia, no será preciso observar el plazo de un mes para el ejercicio de ese derecho [art. 101b).2]. Si la reducción es voluntaria, entonces será preciso respetar ese plazo, y si hay oposición, prestar garantía a satisfacción de los acreedores que se hubieran opuesto a la reducción.

En caso de reducción por pérdidas y simultánea transformación de la sociedad, es indudable que los acreedores gozan del derecho de oponerse, salvo que las pérdidas hayan disminuido el patrimonio por debajo de las dos terceras partes del capital social [art. 101c).1]. Pero a través de un sencillo expediente, absolutamente legal, se puede evitar que lo ejerzan cuando la reducción sea meramente voluntaria. En efecto, en ese caso, la reducción no tiene por qué ser simultánea a la transformación;

puede ser posterior: la sociedad anónima se transforma, por ejemplo, en sociedad de responsabilidad limitada y, una vez publicada la transformación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, reduce el capital social. Los acreedores sociales no pueden oponerse a la transformación, ni tampoco pueden hacerlo a la posterior reducción del capital de la limitada cuando son las pérdidas la causa de dicha reducción (art. 19 LSRL).

## 2.2. *La transformación como alternativa al aumento obligatorio del capital social*

2.2.1. *El supuesto de hecho.*—Como consecuencia del establecimiento de un capital mínimo de diez millones de pesetas (art. 4 LSA, en la redacción dada por el art. 3 del Proyecto de Ley) ha debido prestar atención el Proyecto a aquellas sociedades anónimas que, a la fecha de entrada en vigor de la futura Ley, tengan un capital inferior. Así, después de establecer un plazo de tres años, a contar desde la publicación de la Ley, para la adecuación estatutaria (disposición transitoria 2.<sup>a</sup>.1), ofrece a aquellas sociedades una concreta opción:

«Las sociedades que tengan un capital inferior a diez millones de pesetas deberán, en el plazo señalado en la disposición anterior, haber aumentado efectivamente su capital, al menos, hasta esa cifra o transformarse en sociedad colectiva, comanditaria o de responsabilidad limitada (...)» (disposición transitoria 3.<sup>a</sup>.1).

Los términos de la opción son claros: o aumento o transformación. La sociedad es libre para elegir una u otra solución. La transformación no es una alternativa secundaria, sino principal, situada al mismo nivel que el acuerdo de aumento.

El aumento no exige un desembolso inmediato de diez millones de pesetas. Bajo el término de «aumento efectivo» se refiere la disposición a que el capital suscrito alcance esa cifra mínima, aunque se encuentre desembolsado sólo en una cuarta parte (arts. 10 y 89.2 LSA). Si la sociedad no acuerda el aumento del capital social o si, adoptado el acuerdo, no llega a efectuarse éste antes que transcurra el plazo legal o si no llegan a suscribirse las nuevas acciones en la medida necesaria (v. art. 98 LSA), la transformación es la única alternativa.

El Anteproyecto de Ley redactado por la Comisión General de Codificación había previsto como alternativa al aumento únicamente la transformación de la anónima con capital inferior a diez millones de pesetas en sociedad de responsabilidad limitada. El Proyecto, por el contrario, procede a la *ampliación de las posibilidades de transformación*. La sociedad puede elegir cualquiera de las demás formas mercantiles: no sólo cabe la transformación en limitada, sino también la transformación en sociedad colectiva o en sociedad comanditaria simple. Dos son, sin embargo, los *límites* de esta reelección de forma social: uno, por razón de la cifra del capital social, y otro, por razón de la forma misma. El primero es el relativo a la prohibición de transformarse en sociedades de

responsabilidad limitada aquellas anónimas cuyo capital no alcance la cifra de quinientas mil pesetas, que es el capital mínimo que el proyecto exige para las limitadas (art. 3 LSRL, en la redacción dada por el art. 7 del Proyecto), salvo que, previamente al acuerdo de transformación, se acuerde aumentar el capital de la anónima hasta esa cifra o hasta cifra superior y se suscriban y desembolsen todas las acciones, al menos, por valor de quinientas mil pesetas. El segundo límite hace referencia a la prohibición de transformación de anónima en comanditaria por acciones. Para ambas rige el mismo principio: no son admisibles anónimas o comanditarias por acciones con capital inferior a diez millones de pesetas (arg. ex art. 152 del Código de Comercio, en la redacción dada por el art. 10 del Proyecto). Sólo puede transformarse en comanditaria por acciones aquella sociedad anónima cuyo capital supere el mínimo común.

2.2.2. *El plazo para la transformación.*—La sociedad anónima con capital inferior al mínimo legal está obligada a aumentarlo o a transformarse en el plazo de tres años, a contar desde la publicación (íntegra) de la Ley en el *Boletín Oficial del Estado* (disposición transitoria 3.<sup>a</sup>.1 en relación con la disposición transitoria 2.<sup>a</sup>.1). De lo contrario, los administradores pasarán a responder personal, solidaria e ilimitadamente de las deudas sociales (disposición transitoria 3.<sup>a</sup>.3).

Se entiende cumplido el mandato legal cuando, dentro del plazo legal, se ha inscrito la escritura de transformación en el Registro Mercantil de la provincia de la sede social. No basta con la adopción del acuerdo, ni con el otorgamiento de la escritura pública correspondiente. Aunque la transformación no produce efectos frente a terceros (de buena fe) hasta la publicación de los datos esenciales de la inscripción en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* (art. 22.1 del Código de Comercio, en la redacción dada por el art. 1 del Proyecto), a los efectos de evitar la responsabilidad personal de los administradores por las deudas sociales es suficiente con la inscripción (arg. ex disposición transitoria 3.<sup>a</sup>.3 en relación con la disposición transitoria 2.<sup>a</sup>).

2.2.3. *El momento de la transformación.*—Atendiendo al momento en que la transformación tenga lugar, tres son las hipótesis a considerar:

a) Transformación anterior a la entrada en vigor de la Ley, pero posterior a la entrada en vigor de la disposición transitoria 3.<sup>a</sup> Como es sabido, la Ley de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades no entrará en vigor íntegramente en una misma fecha: a la regla general se han añadido algunas excepciones. La regla general es la entrada en vigor del 1.º de enero del año siguiente a aquel en que la Ley se promulgue (disposición final 3.<sup>a</sup>.1). De entre esas excepciones, interesa ahora referirse a la constituida por las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> —referentes a la obligación de adaptación de los Estatutos sociales y, en relación con las sociedades con capital inferior a diez millones de pesetas, a la obligación

de aumentar el capital social o transformarse—, las cuales entrarán en vigor con anterioridad: para el cumplimiento de esas obligaciones, se concede un plazo de tres años, que se cuenta —como antes se indicó— desde la publicación de la Ley en el *Boletín Oficial del Estado* (v. disposición transitoria 2.<sup>a</sup>). De ahí que sea perfectamente posible efectuar el cambio de forma antes de la vigencia de las modificaciones que en el régimen jurídico de la transformación se proyectan introducir. De elegir ese momento para la transformación, incluso en el caso de transformación de anónimas en sociedades de responsabilidad limitada, el accionista conserva el derecho de adhesión o de separación (en sentido impropio) y, correlativamente, no goza de la *vacatio* de tres meses para transmitir las participaciones sociales con el mismo régimen de las acciones en el momento de la transformación. A algunas sociedades —a aquellas en las que existan socios poco interesados por la vida social y que, sin embargo, no quieran transmitir sus acciones— les convendrá aprovechar los últimos meses de vigencia del derecho de adhesión en ese supuesto de transformación a fin de que, como consecuencia de la falta de conocimientos o de diligencia de esos socios, se pueda proceder al reembolso de sus participaciones sociales y, en definitiva, a la separación de los mismos de la entidad que se transforma. No hace falta advertir que tales transformaciones, al igual que las realizadas con posterioridad a la entrada en vigor general y antes del transcurso del plazo de tres años, están exentas de tributos y exacciones de todas clases (disposición transitoria 4.<sup>a</sup>.1) y se beneficiarán de una reducción en los derechos a percibir por Notarios y Registradores como consecuencia de la aplicación de los respectivos aranceles (disposición transitoria 4.<sup>a</sup>.2).

b) Transformación posterior, tanto a la entrada en vigor de la Ley como de la disposición transitoria 3.<sup>a</sup>. A estos cambios de forma serán de aplicación los nuevos preceptos en materia de transformación. Si la anónima se transforma en limitada, no existirá derecho de adhesión (artículo 135.1 LSA).

No exige la Ley que se realicen simultáneamente la adaptación de los Estatutos sociales (disposición transitoria 2.<sup>a</sup>) y el aumento del capital social o la transformación (disposición transitoria 3.<sup>a</sup>). Simplemente establece el plazo máximo para llevarlas a cabo. Es perfectamente posible, por consiguiente, que se realice inicialmente la adaptación y que se espere para más adelante, aunque siempre dentro del plazo de tres años, para aumentar el capital social o para la transformación. Aunque no coincidan, ambos actos jurídicos gozan de exención tributaria y de reducción de aranceles (disposición transitoria 4.<sup>a</sup>).

c) Transformación posterior al plazo legal de adaptación. Al igual que en el caso anterior, el régimen de la transformación será obviamente el modificado. Ahora bien, estas transformaciones tardías no estarán exen-

tas del pago de tributos y exacciones fiscales ni gozarán de la reducción de aranceles notariales y registrales (v. disposición transitoria 4.<sup>a</sup>). Además de esta técnica de disuasión para evitar el retraso, la Ley utiliza otra de mucha mayor eficacia: los administradores y, en su caso, liquidadores responderán personal y solidariamente (entre sí y con la sociedad) de las deudas sociales (disposición transitoria 3.<sup>a</sup>3).

No aclara la Ley de qué deudas sociales responden administradores y liquidadores. A nuestro juicio, sería oportuno que en la tramitación parlamentaria se introdujera en el Proyecto la precisión de que esa responsabilidad sólo se extiende a las deudas contraídas por la sociedad *una vez finalizado el período de tres años para el aumento o la transformación*, y no de las contraídas con anterioridad. De lo contrario, al no distinguir la norma legal, el ámbito objetivo de la responsabilidad será el general: los administradores responderán de *todas las deudas sociales*, cualquiera que sea la fecha en que se hubieran contraído. En todo caso, el aumento del capital social o la transformación tardíos no son causa de extinción de esa responsabilidad legal por las deudas de la sociedad. Naturalmente, a partir del aumento o de la transformación, por las nuevas deudas que se contraigan los administradores y liquidadores no responden.

En el Proyecto de Ley, la transformación tardía es posible *sine die*. De prosperar la enmienda del Grupo Socialista del Congreso (enmienda número 351), el aumento o la transformación tardíos sólo serían posibles hasta el 31 de diciembre de 1995, fecha en la que, de no encontrarse inscrita la íntegra ejecución de alguno de esos dos acuerdos, la sociedad quedará disuelta de pleno derecho, cancelando inmediatamente de oficio el Registrador los asientos correspondientes a la sociedad disuelta. Esta solución parece fundarse en la conveniencia de «limpiar» el Registro del elevadísimo número de sociedades inscritas que de hecho han dejado de existir. De ser ésa la finalidad de la norma, no sólo debería conectarse al incumplimiento de la obligación de aumento o de transformación, sino también al incumplimiento de la obligación de adaptación estatutaria. En todo caso, si alguna de las sociedades canceladas estuviera realmente viva y continuase actuando en el tráfico, se trataría de una *sociedad devenida irregular* por cancelación de oficio, sin que la irregularidad pudiera sanarse. No es fácil determinar el régimen jurídico interno y externo aplicable a esa clase de sociedades, cuyo patrimonio, en rigor, tendría que liquidarse conforme a las reglas establecidas para la colectiva en cuanto sociedad general del tráfico.

2.2.4. *Referencia a la transformación de sociedad de responsabilidad limitada.*—Al igual que las sociedades anónimas, las sociedades de responsabilidad limitada cuyo capital no alcance la cifra de 500.000 pesetas deben proceder a la oportuna adecuación. Sin embargo, sorprendentemente, el Proyecto de Ley sólo se refiere al aumento del capital social, silenciando la posibilidad alternativa de transformarse en sociedades colectivas o comanditarias simples (v. disposición transitoria 3.<sup>a</sup>1 *in fine*). El silencio —cuya causa es probablemente el olvido— no significa que esa transformación no sea posible. Lo que sucede es que, al no haber sido prevista, es dudoso que goce de exención tributaria y de la deducción de aranceles.

Aunque no con la técnica adecuada, en la enmienda número 351 del Grupo Socialista del Congreso, se contempla expresamente la alternativa de la transformación (disposición transitoria 5.<sup>a</sup> *in fine*; v. *BOCG, CD*, III Leg., serie A, núm. 80-6, pág. 165).

ANGEL ROJO

Catedrático de Derecho Mercantil  
Abogado